

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1989 Vol. 1

1er cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 3-140

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 3-140

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

R. *v.* Amway Corp. **21**

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence — Compellability — Right of person charged with an offence not be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not s. 11(c) applicable — If so, whether or not legislation justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

Evidence — Compellability — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not respondent a witness and therefore not compellable pursuant to s. 4(1) of Canada Evidence Act — Whether or not rules of common law and equity prevent respondent's being examined on discovery in forfeiture proceedings — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(1), 5 — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.

R. *v.* Duguay **93**

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Infringement of accused's right against arbitrary detention — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Court of Appeal upholding trial judge's decision

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

SOMMAIRE

R. *c.* Amway Corp. **21**

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Preuve — Contraignabilité — Droit de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — Demande visant à faire subir un interrogatoire préalable à l'un des dirigeants de la société — L'article 11c) est-il applicable? — Dans l'affirmative, la mesure législative est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

Preuve — Contraignabilité — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — L'intimée est-elle un témoin et donc non contraignable conformément à l'art. 4(1) de la Loi sur la preuve au Canada? — Les règles de *common law* et d'*equity* empêchent-elles l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures visant l'exécution d'une confiscation? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(1), 5 — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

R. *c.* Duguay **93**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à la protection contre la détention arbitraire — Acquittement des accusés à la suite de

Suite à la page suivante

to exclude evidence — Supreme Court of Canada should not, in the absence of error or unreasonable findings, review the findings made by the courts below under s. 24(2) and substitute its opinion for that of the Court of Appeal — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450.

Courts — Jurisdiction — Power of appellate court to review a decision to exclude evidence — Trial judge's decision to exclude evidence under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms upheld by the Court of Appeal — Supreme Court of Canada should not, in the absence of error or unreasonable findings, review the findings made by the courts below under s. 24(2) and substitute its opinion for that of the Court of Appeal.

R. *v.* Genest **59**

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Weapons found following search at the accused's house — Search warrant defective — Use of excessive force in carrying out the search — Accused's right against unreasonable searches infringed — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — Whether trial judge properly excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the Charter — Whether Crown's appeal involved a question of law alone.

Evidence — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Weapons found following search at the accused's house — Search warrant defective — Use of excessive force in carrying out the search — Accused's right against unreasonable searches infringed — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

R. *v.* Hayes **44**

Criminal law — Miscarriage of justice — Conviction appealed — Transcript of evidence — Gaps in transcript of trial — One gap involving portion of charge to jury — Whether or not want of complete transcript amounting to miscarriage of justice warranting new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 609(2), 613(1)(a)(iii).

Criminal law — Evidence — Accomplices — Uncorroborated evidence of accomplice — Charge to jury — Circumstances in which trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting such evidence.

R. *v.* Ross **3**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of right to counsel — Accused unable to contact their respective lawyers in the middle of the night — Accused subsequently identified in a line-up — Whether accused given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel — Whether accused's right to counsel

Continued on next page

l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge du procès d'écarter la preuve maintenue par la Cour d'appel — La Cour suprême du Canada ne devrait pas, en l'absence d'erreur ou de conclusion déraisonnable, réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2) et substituer son opinion à celle de la Cour d'appel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450.

Tribunaux — Compétence — Pouvoir d'une cour d'appel de réviser une décision portant exclusion d'éléments de preuve — Décision du juge du procès d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés maintenue par la Cour d'appel — La Cour suprême du Canada ne devrait pas, en l'absence d'erreur ou de conclusion déraisonnable, réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2) et substituer son opinion à celle de la Cour d'appel.

R. *c.* Genest **59**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé — Mandat de perquisition entaché de vices — Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Est-ce à bon droit que le juge du procès a exclu la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Le pourvoi du ministère public soulève-t-il une question de droit seulement?

Preuve — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé — Mandat de perquisition entaché de vices — Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. *c.* Hayes **44**

Droit criminel — Erreur judiciaire — Appel de la déclaration de culpabilité — Transcription de la preuve — Lacunes dans la transcription du procès — Passage manquant dans l'exposé au jury — L'absence de transcription complète constitue-t-elle une erreur judiciaire donnant ouverture à un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 609(2), 613(1)a)(iii).

Droit criminel — Preuve — Complices — Témoignage non corroboré d'un complice — Exposé au jury — Circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

infringed — Whether accused waived right to counsel by refusing to call another lawyer or by participating in the line-up — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Ross 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusés informés de leur droit à l'assistance d'un avocat — Incapacité des accusés de communiquer avec leurs avocats respectifs au milieu de la nuit — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — Les accusés ont-ils eu une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat? — Ont-ils renoncé à leur droit à l'assistance d'un avocat en refusant d'appeler un autre avocat ou en participant à la séance d'identification? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 1989

1er volume, 1989

Brent Mark Leclair and Rodney James Ross *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ROSS

File No.: 19176.

1988: January 27; 1989: January 19.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of right to counsel — Accused unable to contact their respective lawyers in the middle of the night — Accused subsequently identified in a line-up — Whether accused given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel — Whether accused's right to counsel infringed — Whether accused waived right to counsel by refusing to call another lawyer or by participating in the line-up — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Appellants L and R were charged with breaking and entering and with theft. Upon their arrest in the middle of the night, they were informed of their right to counsel without delay. They tried to phone their respective counsel but received no answer. The police then asked L

* Estey J. took no part in the judgment.

Brent Mark Leclair et Rodney James Ross *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ROSS

N° du greffe: 19176.

1988: 27 janvier; 1989: 19 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusés informés de leur droit à l'assistance d'un avocat — Incapacité des accusés de communiquer avec leurs avocats respectifs au milieu de la nuit — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — Les accusés ont-ils eu une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat? — Ont-ils renoncé à leur droit à l'assistance d'un avocat en refusant d'appeler un autre avocat ou en participant à la séance d'identification? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Les appelants L et R ont été accusés d'introduction par effraction et de vol. Au moment de leur arrestation, au milieu de la nuit, ils ont été informés de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Ils ont essayé de téléphoner à leurs avocats respectifs mais

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

if he wanted to call another lawyer and he said "no". Shortly after, the appellants were identified in a line-up. Neither of the appellants was advised that they were under no obligation to participate in the line-up. At trial, appellants' counsel asked that the line-up evidence be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as having been obtained in a manner that infringed their right under s. 10(*b*) of the *Charter* and because the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. On a *voir dire*, the trial judge dismissed the application. The appellants were subsequently found guilty and the Court of Appeal dismissed their appeal from conviction. This appeal is to determine whether the appellants were given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel; and, if not, whether the line-up evidence obtained under the particular circumstances of this case should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

Held (McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Beetz, Lamer, Wilson and La Forest JJ.: Section 10(*b*) of the *Charter* imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights: first, the police must give the detainee who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay; second, the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. Both of these aspects of appellants' right to counsel were infringed here. It was highly unlikely that they would be able to contact their counsel outside the normal office hours and there was no urgency or other compelling reason justifying proceeding with the line-up so precipitously. Once a detainee has asserted his right to counsel, the police cannot, in any way, compel the detainee to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right.

The fact that L did not want to call another lawyer cannot be viewed as a waiver of his right to retain counsel. He merely asserted his right to counsel and to counsel of his choice. Accused or detained persons have

n'ont reçu aucune réponse. Les policiers ont alors demandé à L s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Peu après les appelants ont été identifiés au cours d'une séance d'identification. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas tenu de participer à la séance d'identification. Au procès, les avocats des appelants ont demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui porte atteinte au droit que leur reconnaît l'al. 10*b*) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Après un voir-dire, le juge du procès a rejeté la demande. Les appelants ont par la suite été reconnus coupables et la Cour d'appel a rejeté leur appel de cette déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à établir si on a accordé aux appelants une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et, dans la négative, si la preuve d'identification recueillie dans les circonstances particulières de cette affaire aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Beetz, Lamer, Wilson et La Forest: L'alinéa 10*b*) de la *Charte* impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; en second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, ces deux aspects du droit des appelants à l'assistance d'un avocat ont été violés. Il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat en dehors des heures normales de bureau et aucune urgence ni aucune autre raison impérieuse ne justifiait la tenue aussi précipitée de la séance d'identification. Dès qu'un détenu a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès.

Le refus de L d'appeler un autre avocat ne peut être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à l'avocat

a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available in a reasonable delay that the detainee or the accused should be expected to call another lawyer. Once L asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if he had waived his right to counsel. Appellants' participation in the line-up cannot by itself amount to a waiver of the right to counsel.

In this case, the admission of the line-up evidence would bring the administration of justice into disrepute and should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. However, the accused is participating in the construction of credible inculpating evidence when he participates in a line-up. Obviously, evidence of a line-up held without the accused is irrelevant to the Crown's case. The accused, therefore, does not participate in the creation of "real evidence" of identity, but does participate in the creation of credible line-up evidence. The use of such evidence goes to the fairness of the trial process. The nature of the *Charter* violation is also relevant given the seriousness of the breach of rights. The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented holding the line-up later in the day. This was not a case of a good faith error in police conduct which resulted in an inadvertent denial of the right to counsel.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The admission of the evidence of the identification line-up would not bring the administration of justice into disrepute. The fairness of the trial was not affected by the admission of the evidence. The identity of the appellants existed prior to the violation of the *Charter*, as did the perceptions of the witnesses to the crime. Such evidence comes into existence when an accused is seen committing the crime. The evidence cannot be considered as "emanating" from the appellants simply

de son choix. L'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce le droit d'appeler un autre avocat. L ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme s'il avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. La participation des appelants à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. Cependant, quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une «preuve matérielle» d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. L'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès. La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné la gravité de l'atteinte aux droits. Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir une séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas un cas d'erreur de bonne foi dans la conduite des policiers qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. L'identité des appelants existait avant la violation de la *Charte*, tout comme les perceptions des témoins du crime. Une telle preuve existe dès qu'un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme «émanant» des appelants simplement parce qu'elle peut par la

because it may later be used to establish the credibility of identification evidence. Evidence that could not have been obtained but for the participation of the appellants will not automatically render the trial process unfair.

Section 24(2) of the *Charter* does not automatically provide for the exclusion of evidence when it has been obtained following a breach of a *Charter* right. Evidence will only be excluded when: "it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". Such an assessment must be made on a case by case basis. In this case, given the strength of the Crown's case and given that the line-up was carried out in a fair manner, it is difficult to see how the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to**: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(*b*), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 453.4 [ad. c. 2 (2nd Supp.), s. 5].
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered December 21, 1984 dismissing appellants' appeal from their convictions on a charge of breaking and entering and of theft. Appeal allowed and a new trial ordered, McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Clayton C. Ruby and *Melvyn Green*, for the appellant Leclair.

Michael Code, for the appellant Ross.

Brian J. Gover, for the respondent.

suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation des appelants ne rend pas automatiquement un procès inéquitable.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne prévoit pas l'exclusion automatique d'une preuve obtenue à la suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Les éléments de preuve ne seront écartés que «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une telle évaluation dépendra des faits de chaque cas. En l'espèce, étant donné la force du dossier du ministère public et vu que la séance d'identification a été tenue d'une manière équitable, il est difficile d'admettre que l'utilisation de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés**: *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

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

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10*b*), 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 453.4 [aj. chap. 2 (2e supp.), art. 5].
Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 21 décembre 1984 qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Clayton C. Ruby et *Melvyn Green*, pour l'appelant Leclair.

Michael Code, pour l'appelant Ross.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

The judgment of Beetz, Lamer, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The appellants were convicted by a jury in Sault Ste. Marie of breaking and entering and of theft. Their appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. They come to this Court by leave and they appeal on many grounds. As I am of the view that they should succeed in obtaining a new trial on one of those grounds, I need not fully examine the other grounds and furthermore I will limit my narration of the facts to those essential to that ground of appeal.

The Facts

A break and enter occurred on July 18, 1983 into a dwelling-house in Sault Ste. Marie. The owners were not home at the time. A boarder was, but he was asleep and did not witness anything. However, two houses up the street there was a group including four young people, one of whom heard the sound of breaking glass. Upon noticing two figures at the home broken into, she yelled and the three others chased the perpetrators. It was around 10:00 p.m. The perpetrators were not caught and they escaped in various directions.

About 2½ hours later the police stopped a vehicle on a nearby street. Inside the car were four persons including the two appellants. When asked their names, the appellants gave false identities which they shortly thereafter corrected. Nothing was found after a search was conducted of the car and the occupants. The three boys, one aged 16 and two aged 17, were arrested and charged with break and enter.

All three were advised of their right to counsel. The appellants each tried to phone their respective counsel but received no answer. It was now around 2:00 a.m. The appellant Leclair was asked if he wanted to call another lawyer and he said "no". He was placed in a police cell. The appellant Ross was also taken to the cells. The police officer's notes did not indicate that the appellant Ross was asked if he wanted to call other counsel.

Version française du jugement des juges Beetz, Lamer, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE LAMER—Un jury de Sault-Sainte-Marie a reconnu les appelants coupables d'introduction par effraction et de vol. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté leur appel. Ils ont obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour et fait valoir de nombreux moyens. Comme je suis d'avis qu'ils doivent avoir gain de cause sur un de ces moyens et obtenir ainsi la tenue d'un nouveau procès, je n'examinerai pas en détail les autres moyens et je limiterai ma narration des faits à ceux qui sont essentiels pour ce moyen.

Les faits

Il y a eu introduction par effraction dans une maison d'habitation de Sault-Sainte-Marie le 18 juillet 1983. Les propriétaires étaient absents à ce moment-là. Un pensionnaire y était mais ne s'est rendu compte de rien car il dormait. Cependant, à deux maisons de là se trouvait un groupe de quatre jeunes personnes dont une a entendu le bruit d'une vitre qui se brise. Remarquant deux silhouettes dans la maison en question, elle a crié et les trois autres se sont lancés à la poursuite des malfaiteurs. Il était environ 22 h. Les malfaiteurs n'ont pas été rattrapés, chacun s'étant enfui dans une direction différente.

Environ deux heures et demie plus tard, dans une rue avoisinante, la police a intercepté une voiture dans laquelle se trouvaient quatre personnes dont les deux appelants. Quand on leur a demandé leur nom, les appelants ont donné de fausses identités, ce qu'ils ont corrigé peu après. Une fouille de la voiture et de ses occupants n'a donné aucun résultat. Les trois garçons, un de 16 ans et deux de 17, ont été arrêtés et accusés d'introduction par effraction.

Les trois ont été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat. Les appelants ont tenté de téléphoner à leurs avocats respectifs, mais n'ont reçu aucune réponse. Il était environ 2 h du matin. On a demandé à l'appelant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Il a été mis en cellule, de même que l'appelant Ross. Les notes des agents de police ne disent pas qu'on a demandé à l'appelant Ross s'il voulait appeler un autre avocat.

In the middle of the night, the officers went to a nearby pinball arcade and found 7 people, of similar age to the accused, who could participate in a line-up. The four young witnesses were then taken to the police station and the line-up was held at 3:00 a.m. Neither of the appellants was advised that they were under no obligation to participate. At trial the appellant Ross asked that the line-up evidence be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it was obtained in a manner that infringed or denied his right under s. 10(*b*) of the *Charter* and because the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The appellant Leclair initially joined Ross in this *Charter* application but it would appear, from a reading of the record, that he abandoned the application. This case was argued in the Court of Appeal and in this Court as if Leclair had not abandoned the application, and the respondent Crown has not raised the matter. I therefore intend to deal with this appeal as if both Leclair and Ross pressed the matter to its conclusion.

The Judgments

Senior judge Vannini held a *voir dire* and came to the conclusion that the accused Ross had been informed of and given an opportunity to exercise his right to counsel prior to the line-up, and found no violation of Ross's right to counsel. He also found that:

> Because neither a suspect, nor an accused can be compelled to participate in a police line-up, *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [[1976] 1 S.C.R. 763], it can be said to be the right of a suspect or of an accused to refuse to participate in a line-up.
>
> However, it does not follow from this that there is a duty upon the police to inform them of this right, nor does the failure to do so bring the administration of justice into disrepute.

The gist of the Court of Appeal's reasons in relation to the *Charter* issue are to be found in the following paragraph:

> The trial judge held that their rights had not been infringed upon and, in any event, he would not have

Au milieu de la nuit, les agents se sont rendus dans une salle de jeux électroniques du voisinage où ils ont trouvé sept personnes de l'âge des accusés qui pouvaient participer à une séance d'identification. Les quatre jeunes témoins ont été amenés au poste de police et la séance d'identification a eu lieu à 3 h du matin. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas tenu d'y participer. Au procès, l'appelant Ross a demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui viole ou nie le droit que lui reconnaît l'al. 10*b*) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appelant Leclair s'est d'abord joint à Ross dans sa demande fondée sur la *Charte* mais il semble, d'après le dossier, qu'il ait abandonné sa demande. Cette affaire a été plaidée en Cour d'appel et en cette Cour comme si Leclair n'avait pas abandonné la demande et le ministère public intimé n'a pas soulevé la question. J'agirai donc comme si et Leclair et Ross avaient maintenu leur demande jusqu'à la fin.

Les jugements

Après un voir-dire, le juge principal Vannini est arrivé à la conclusion que l'accusé Ross avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, droit qu'on lui avait donné la possibilité d'exercer avant la séance d'identification, et qu'il n'y avait pas eu violation du droit de Ross à l'assistance d'un avocat. Il a également conclu que:

> [TRADUCTION] Comme ni un suspect ni un accusé ne peut être forcé à participer à une séance d'identification, *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [[1976] 1 R.C.S. 763], on peut dire qu'un suspect ou un accusé a le droit de refuser d'y participer.
>
> Cela ne veut pas dire toutefois que la police a l'obligation de l'informer de ce droit, ni que l'omission de le faire déconsidère l'administration de la justice.

La substance des motifs de la Cour d'appel quant au litige relatif à la *Charte* se trouve dans le paragraphe suivant:

> [TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que leurs droits n'avaient pas été violés et, de toute façon, il

excluded the evidence. He was satisfied that to admit the evidence, even assuming that there had been a breach of the appellants' rights, would not bring the administration of justice into disrepute. There was no suggestion of bad faith on the part of the officers, and from a view of the line-up we think the line-up was eminently fair. Even assuming without deciding that there had been a breach of their rights, we would not interfere with the judge's determination that the evidence with respect to the line-up should have been admitted.

The Issue

The issue in this case is whether the Ontario Court of Appeal erred in law in holding that the evidence of the identification line-up ought not to have been excluded pursuant to s. 24(2) and s. 10(*b*) of the *Charter*. A determination of this issue requires us to address the following questions:

1. Were the appellants given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel?
2. If not, was the line-up evidence obtained under the particular circumstances of this case to be excluded under s. 24(2)?

The Legislation

The following provisions of the *Charter* are relevant to this appeal:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(*a*) . . .

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

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

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

n'aurait pas écarté la preuve. Il était convaincu que l'utilisation de la preuve, même en présumant qu'il y avait eu violation des droits des appelants, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, après examen de la séance d'identification, nous pensons qu'elle s'est déroulée de façon éminemment juste. Même en supposant, sans l'affirmer, qu'il y a eu violation de leurs droits, nous ne modifierions pas la décision du juge que la preuve relative à la séance d'identification devait être admise.

Question en litige

La question en litige ici est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) et de l'al. 10*b*) de la *Charte*. Pour trancher cette question nous devons examiner les questions suivantes:

1. A-t-on donné aux appelants une possibilité raisonnable et réelle de recourir à l'assistance d'un avocat?
2. Dans la négative, la preuve fondée sur la séance d'identification doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2), compte tenu des circonstances particulières de l'espèce?

Les textes législatifs

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte*:

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

a) . . .

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

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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

Analysis

1) *A Reasonable and Effective Opportunity to Retain and Instruct Counsel*

The appellants were obviously detained and that they had the right to retain and instruct counsel is not in dispute. Moreover, the police complied initially with s. 10(*b*) and advised Ross and Leclair of their right to retain and instruct counsel without delay. As this Court held in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, s. 10(*b*) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights. The first is that the police must give the accused or detained person who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The second is that the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. I am of the view that in this case the police fulfilled neither duty.

The First Duty: Affording a Reasonable Opportunity

Having been informed of their right to counsel and having clearly indicated their desire to assert that right, both appellants were permitted to telephone lawyers of their choice but were unable to make contact with them. This is hardly surprising since the calls were made at approximately 2:00 a.m. In the circumstances, it was highly unlikely that they would be able to contact their counsel before normal office opening hours.

At this juncture, I would underline the fact that the appellant Leclair was asked if he wanted to call another lawyer and his answer was "no". The Crown's submission was that by giving this answer Leclair waived his right to counsel. I do not agree. Leclair had clearly indicated that he wished to contact his lawyer. The mere fact that he did not want to call another lawyer cannot fairly be viewed as a waiver of his right to retain counsel. Quite the contrary, he merely asserted his right to counsel and to counsel of his choice. Although an accused or detained person has the right to choose

Analyse

1) *Une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.*

Les appelants étaient manifestement détenus et il n'est pas contesté qu'ils avaient le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, les policiers se sont tout d'abord conformés à l'al. 10*b*) et ont informé Ross et Leclair de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, l'al. 10*b*) impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner à l'accusé ou au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Je suis d'avis qu'en l'espèce les policiers n'ont rempli aucune de ces obligations.

La première obligation: accorder une possibilité raisonnable

Ayant été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat et ayant clairement indiqué leur désir de faire valoir ce droit, les deux appelants ont été autorisés à téléphoner à des avocats de leur choix mais ils n'ont pas pu les rejoindre. Cela n'est guère surprenant puisque ces appels ont été faits vers 2 h du matin. Dans les circonstances, il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat avant l'heure d'ouverture des bureaux.

Je voudrais souligner ici qu'on a demandé à l'appelant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et qu'il a répondu que non. Le ministère public prétend que, par cette réponse, Leclair a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Je ne suis pas d'accord. Leclair avait clairement indiqué qu'il désirait communiquer avec son avocat. Le simple refus d'appeler un autre avocat ne peut honnêtement être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Bien au contraire, il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à

counsel, it must be noted that, as this Court said in *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, a detainee must be reasonably diligent in the exercise of these rights and if he is not, the correlative duties imposed on the police and set out in *Manninen* are suspended. Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one's counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

Moreover, once the appellant asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if Leclair had waived his right to counsel. As a majority of this court held in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95:

> Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(*b*) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver " . . . is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (emphasis in original).

Since the evidence reveals that Leclair asserted his right to counsel, the burden of establishing an

l'avocat de son choix. Notons que comme l'a dit cette Cour dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, un prévenu ou un détenu, bien qu'il ait le droit de choisir un avocat, doit faire preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, sinon les obligations corollaires qui, selon l'arrêt *Manninen*, sont imposées aux policiers, sont suspendues. La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

De plus, l'appelant ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme si Leclair avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 et 395:

> Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure» (souligné dans l'original).

Comme la preuve révèle que Leclair a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, il appartient

unequivocal waiver is on the Crown. Here, the Crown has failed to discharge the onus.

In the case of the appellant Ross, there is no evidence that the police even asked whether he wanted to call another lawyer. Once Ross had tried and failed to reach his lawyer, it would appear that the police assumed their obligation to provide a reasonable opportunity to retain counsel was at an end. One can reasonably infer that they also misconstrued the nature of their obligation as concerned the appellant Leclair. Obviously, there was no urgency or other reason justifying that the police proceed forthwith and it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel. This therefore leads us to consider the second duty.

The Second Duty: Refraining from Taking Further Steps

Having seen that the appellants got no answer to their phone calls, the police officers placed them in police cells and a few minutes later, the appellants were told to participate in a line-up, which they did.

The police were mistaken to follow such a procedure. As this Court held in *Manninen*, the police have, at least, a duty to cease questioning or otherwise attempting to elicit evidence from the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. In my view, the right to counsel also means that, once an accused or detained person has asserted that right, the police cannot, in any way, compel the detainee or accused person to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right. In the case at bar, it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel before the line-up was held. Nor can it be said that there was any urgency or

au ministère public d'établir qu'il y a clairement renoncé. En l'espèce, le ministère public ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Pour ce qui est de l'appelant Ross, il n'y a aucune preuve que les policiers lui aient jamais demandé s'il voulait appeler un autre avocat. Après que Ross eut essayé sans succès de rejoindre son avocat, il semble que les policiers aient présumé que leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'arrêtait là. On peut raisonnablement déduire qu'ils ont également mal interprété la nature de leur obligation à l'égard de l'appelant Leclair. De toute évidence, aucune urgence ni aucune autre raison ne justifiait les policiers à agir immédiatement et on ne peut dire que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cela nous amène donc à l'examen de la seconde obligation.

La seconde obligation: s'abstenir de prendre d'autres mesures

Ayant constaté que les appelants n'obtenaient aucune réponse à leurs appels téléphoniques, les policiers les ont mis en cellule et, quelques minutes plus tard, leur ont dit de participer à une séance d'identification, ce qu'ils ont fait.

Les policiers ont commis une erreur en procédant ainsi. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *Manninen*, les policiers ont, au moins, une obligation de cesser d'interroger le détenu ou de tenter autrement de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat signifie également à mon avis que, dès qu'un accusé ou un détenu a fait valoir ce droit, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. On ne peut dire en l'espèce que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant la séance d'identification. On ne peut pas dire non plus qu'il y avait quelque urgence ou quelque autre raison impérieuse justi-

other compelling reason which justified proceeding with the line-up so precipitously.

The Crown urged upon us that it was necessary to hold the line-up immediately, while the memories of the witnesses were fresh and undisturbed. I cannot accept this submission. While it may be desirable to hold a line-up as soon as possible, this concern must generally yield to the right of the suspect to retain counsel, which right must, of course, be exercised with reasonable diligence. Here, the line-up was held with utmost, indeed highly unusual dispatch. There is nothing to suggest that the line-up could not have been held a few hours later, after the appellants had again attempted to contact their lawyers during normal business hours.

The respondent also submitted that there was no violation of the right to counsel because the appellants did not have the right to have their lawyers present during the line-up. This submission is without merit. Even if the appellants could not have their lawyers present during the line-up, this does not imply that counsel is of no assistance to a suspect. Identification evidence obtained through a line-up is usually strong evidence susceptible of influencing trial deliberations. The question as to whether a suspect has a positive right to refuse to participate in a line-up has not been decided in our law and was not raised in the courts below or by counsel before this Court. It would thus be inappropriate to resolve this question here. However, it is clear that there is no legal obligation to participate in a line-up. There is certainly no statutory obligation to participate in a line-up equivalent to s. 453.4 of the *Criminal Code* which, together with the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, obliges an accused person to appear before a police officer for the purposes of fingerprinting. Nor have the courts ever imposed an obligation to participate in a line-up. Since there is no such legal obligation, it is clear that counsel has an important role in advising a client about participating voluntarily in a line-up. In *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, this Court confiant la tenue aussi précipitée de la séance d'identification.

Le ministère public a fait valoir devant nous qu'il était nécessaire de tenir la séance d'identification immédiatement, tandis que les événements étaient encore frais et clairs à la mémoire des témoins. Je ne peux accepter cet argument. Bien qu'il puisse être souhaitable de tenir rapidement une séance d'identification, cette préoccupation doit généralement céder le pas au droit du suspect d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, droit qui doit évidemment être exercé avec une diligence raisonnable. En l'espèce, la séance d'identification a été tenue avec une promptitude extrême et même tout à fait inhabituelle. Rien ne nous permet de penser qu'elle n'aurait pas pu avoir lieu quelques heures plus tard, après que les appelants auraient de nouveau tenté de rejoindre leurs avocats pendant les heures normales de bureau.

L'intimée a également prétendu qu'il n'y a pas eu violation du droit à l'assistance d'un avocat parce que les appelants n'avaient pas droit à la présence de leurs avocats au cours de la séance d'identification. Cette prétention n'est pas fondée. Même si leurs avocats ne pouvaient pas être présents au cours de la séance d'identification, cela ne signifie pas qu'un avocat n'est d'aucune utilité à un suspect. La preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification est ordinairement un élément de preuve solide susceptible d'influencer les délibérations du procès. La question de savoir si un suspect a le droit effectif de refuser de participer à une séance d'identification n'a pas été tranchée dans notre droit et n'a pas été soulevée devant les cours d'instance inférieure ni devant cette Cour. Il ne conviendrait donc pas de trancher cette question ici. Cependant, il est clair qu'il n'y a aucune obligation juridique de participer à une séance d'identification. Il n'y a certainement dans la loi aucune obligation de participer à une séance d'identification qui équivaille à l'art. 453.4 du *Code criminel* qui, conjugué à la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, oblige un accusé à comparaître devant un agent de police pour la prise d'empreintes digitales. Les tribunaux n'ont jamais imposé non plus d'obligation de participer à une séance d'identification.

sidered the case of an accused who refused to participate in a line-up. The police subsequently had a witness confront the accused directly and the witness made a positive identification. Evidence that the accused refused to participate in the line-up was admitted to meet the contention that the police failed to conduct a proper line-up. This case illustrates that while an accused or detained person has no obligation to participate in a line-up, failure to do so can have legal consequences respecting the evidence that might be admitted at trial. In the case at bar, had the appellants been allowed access to their lawyers, they could have been advised that they were under no statutory obligation to participate in the line-up, although failure to do so might have certain prejudicial consequences. They could have been advised, for example, not to participate unless they were given a photograph of the line-up, or not to participate if the others in the line-up were obviously older than themselves. In short, they could have been told how a well-run line-up is conducted, even though there is no statutory framework governing the line-up process. It was this advice, not the presence of their lawyers at the line-up, of which the appellants were deprived.

Furthermore, that the accused did not refuse to participate in the line-up cannot by itself amount to a waiver of the right to counsel. The very purpose of the right to counsel is to ensure that those who are accused or detained be advised of their legal rights and how to exercise them when dealing with the authorities. It would contradict this purpose to conclude that a detained or accused person has waived the right to counsel simply by submitting, before being instructed by counsel, to precisely those attempts to secure the detainee's participation from which the police should refrain. Here, the appellants were unable to make an informed decision about participating in the line-

Puisque cette obligation juridique n'existe pas, il est évident que l'avocat joue un rôle important quand il donne des conseils à un client sur la participation volontaire à une séance d'identification. Dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, cette Cour a examiné le cas d'un accusé qui avait refusé de participer à une séance d'identification. La police avait plus tard confronté un témoin directement avec l'accusé et le témoin l'avait identifié positivement. On a admis la preuve que l'accusé avait refusé de participer à la séance d'identification pour répondre à la prétention que la police n'avait pas tenu de séance d'identification appropriée. Cette affaire montre que, bien qu'un accusé ou un détenu ne soit pas obligé de participer à une séance d'identification, le refus de le faire peut avoir des conséquences sur la preuve qui peut être admise au procès. Dans la présente espèce, si les appelants avaient pu rejoindre leurs avocats, ils auraient pu apprendre que la loi ne les obligeait pas à participer à la séance d'identification mais que le refus de le faire pouvait avoir certaines conséquences préjudiciables. Les avocats auraient pu, par exemple, leur conseiller de ne pas participer sans obtenir d'abord une photo des personnes choisies pour la séance d'identification ou de ne pas participer si ces autres personnes étaient manifestement plus âgées qu'eux. Bref, même s'il n'existe aucun cadre législatif la régissant, on aurait pu leur dire comment se passe une séance d'identification bien menée. C'est de ces conseils, non de la présence de leurs avocats à la séance d'identification, que les appelants ont été privés.

En outre, l'acceptation des accusés de participer à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Le but même du droit à l'assistance d'un avocat est d'assurer que les personnes accusées ou détenues reçoivent des conseils sur leurs droits et la manière de les exercer quand elles traitent avec les autorités. Ce serait aller à l'encontre de ce but que de conclure qu'un détenu ou un accusé a renoncé au droit à l'assistance d'un avocat simplement parce que, avant d'avoir bénéficié des conseils d'un avocat, il s'est soumis aux tentatives d'obtenir la participation du détenu, tentatives dont la police devrait s'abstenir. En l'es-

up because they were ignorant of their legal position, not having been advised by their lawyers. Nor did the police even give them the choice as to whether they should participate. In the circumstances, therefore, to conclude that the appellants had waived their rights by participating in the line-up would render the right to counsel nugatory.

2) *The Exclusion of Evidence Under s. 24(2)*

This Court recently decided in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, that for the purposes of s. 24(2), evidence was "obtained in a manner that infringed or denied ... rights" guaranteed by the *Charter* if the violation of one of those rights precedes the discovery of evidence, and if that discovery of evidence was not too remote from the violation. In this case the violation of the right to counsel was immediately prior to the discovery of evidence through the line-up. There is no question of remoteness; in fact there was even a direct link between the violation of the right to counsel and the evidence obtained. As such, what remains to be determined is whether the line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Evidence must be excluded under s. 24(2) if, having regard to all the circumstances, it is established that it would (in the sense that it could) bring the administration of justice into disrepute to admit the evidence.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, a majority of this Court found it useful to identify three groups of factors which must be balanced by the Court in determining whether the admission of the evidence into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. The first category of factors relates to the fairness of the trial process, the second relates to the seriousness of the *Charter* violation and the third relates to the effect of excluding the evidence and, more particularly, to the question as to whether the reputation of the system will be better served by the admission or the exclusion of the evidence.

pèce, les appelants étaient incapables de prendre une décision éclairée quant à la participation à la séance d'identification parce que, n'ayant pas reçu de conseils de leurs avocats, ils ne connaissaient pas leur situation juridique. Et les policiers ne leur ont même pas laissé le choix de participer ou non. Dans les circonstances donc, conclure que les appelants ont renoncé à leurs droits en participant à la séance d'identification rendrait futile le droit à l'assistance d'un avocat.

2) *L'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2)*

Cette Cour a décidé récemment dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, que pour les fins du par. 24(2) les éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits» garantis par la *Charte* si la violation d'un de ces droits est antérieure à la découverte des éléments de preuve et si cette découverte n'est pas trop éloignée de la violation. Ici, la violation du droit à l'assistance d'un avocat a eu lieu immédiatement avant la découverte des éléments de preuve au moyen de la séance d'identification. Il n'est pas question de lien éloigné; en fait, il y a même un lien direct entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat et les éléments de preuve obtenus. Il reste donc à déterminer si la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les éléments de preuve doivent être écartés en vertu du par. 24(2) s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer (dans le sens qu'elle pourrait déconsidérer) l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, cette Cour à la majorité a estimé utile d'identifier trois groupes de facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La première catégorie de facteurs a trait à l'équité du procès, la seconde à la gravité de la violation de la *Charte* et la troisième à l'effet de l'exclusion de la preuve, plus particulièrement à la question de savoir s'il est préférable, pour la réputation du système, d'utiliser ou d'écarter la preuve.

In this case, there can be no doubt as to the importance of the line-up evidence. As the majority of this Court held in *Collins*, among the factors relevant to determining the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial is the nature of the evidence obtained as a result of the violation. Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. A person's identity is pre-existing "real evidence" inasmuch as a person's physical characteristics exist irrespective of any *Charter* violation or of any steps taken by the police.

However, the identification evidence obtained through a line-up is not simply pre-existing "real evidence" in this sense. The purpose of a line-up is two-fold. First, a line-up is designed to identify the detainee as the author of the crime. But second, and most important to the discussion here, the procedure of a line-up is designed to reinforce the credibility of identification evidence. In this sense the object of the line-up is to construct evidence that the accused was picked out from among a similar group of people, by a witness who was not prompted in any way to make that choice, and to settle the memory of the witness for the purpose of the trial. When participating in a line-up, the accused is participating in the construction of credible inculpating evidence. Obviously, this piece of evidence could not be obtained without the accused's participation in its construction since the evidence of a line-up held without the presence of

En l'espèce, l'importance de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification ne peut pas faire de doute. Comme cette Cour à la majorité l'a conclu dans l'arrêt *Collins*, la nature de la preuve obtenue par suite de la violation fait partie des facteurs pertinents qui servent à déterminer l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. L'identité d'une personne est une «preuve matérielle» préexistante vu que les caractéristiques physiques d'une personne existent indépendamment de toute violation de la *Charte* ou de toute mesure prise par la police.

Cependant, la preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification n'est pas simplement une «preuve matérielle» préexistante dans ce sens. La séance d'identification a un double but. Premièrement, elle est destinée à identifier le détenu comme étant l'auteur du crime. Mais deuxièmement, ce qui est plus important aux fins de la présente analyse, la procédure d'une séance d'identification est conçue pour renforcer la crédibilité de la preuve d'identification. En ce sens, l'objet de la séance d'identification est de constituer la preuve que l'accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables, par un témoin qui n'a été incité d'aucune manière à faire ce choix, et de fixer la mémoire du témoin aux fins du procès. Quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, cet élément de preuve ne pourrait être obtenu sans la participa-

the accused is irrelevant to the Crown's case. Thus, while the accused does not participate in the creation of "real evidence" of identity, the accused does participate in the creation of credible line-up evidence. An accused who is told to participate in a line-up before having had a reasonable opportunity to communicate with counsel is conscripted against himself since he is used as a means for creating evidence for the purposes of the trial. Line-up evidence is evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial. In my view, the use of such evidence goes to the fairness of the trial process.

tion de l'accusé puisque la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une «preuve matérielle» d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. Un accusé à qui on dit de participer à une séance d'identification avant qu'il ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat est conscrit contre lui-même puisqu'il est utilisé comme un moyen de créer une preuve aux fins du procès. Une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification n'aurait pu l'être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès. À mon avis, l'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès.

The nature of the *Charter* violation is also relevant given that we are confronted with a serious breach of rights. The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented them from holding the line-up later in the day. Nor is this a case of a good faith error in police conduct resulting in an inadvertent denial of the right to counsel. The police cannot be excused for misconstruing and misinterpreting the scope of their duty to provide a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. Nor is this a case, for example, in which a longstanding precedent favoring the police procedure in question has been overturned or in which a novel constitutional principle has first been introduced. The scope of the right to counsel in the circumstances of this case is clear and well-settled.

La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné que nous sommes en présence d'une atteinte grave aux droits. Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir la séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas non plus un cas d'erreur de bonne foi qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat. On ne peut excuser les policiers d'avoir mal interprété l'étendue de leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il ne s'agit pas non plus d'un cas, par exemple, dans lequel on a écarté un précédent bien établi appuyant la procédure adoptée par les policiers ou dans lequel est introduit pour la première fois un nouveau principe constitutionnel. La portée du droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce est claire et bien établie.

Furthermore, in this case, the appellants were young, 16 and 17 years old, and we can reasonably presume that they were not aware of their rights. Nor did the police inform them that they were not obliged to participate in the line-up. While the police were under no duty to give this information, had they done so this would have been a relevant

En outre, en l'espèce, les appelants étaient jeunes, 16 et 17 ans, et nous pouvons raisonnablement présumer qu'ils ne connaissaient pas leurs droits. De plus, les policiers ne les ont pas informés qu'ils n'étaient pas obligés de participer à la séance d'identification. Les policiers n'avaient aucune obligation de donner ce renseignement, mais s'ils l'avaient fait, cela aurait constitué un facteur pertinent à apprécier en vertu du par. 24(2), bien que

factor to be weighted under s. 24(2), though probably not a determinative one in this case.

I am therefore of the opinion that, having regard to all the circumstances, the appellants have established that the admission of the line-up evidence into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the evidence should have been excluded and a new trial should be ordered.

I would accordingly allow the appeal and order a new trial.

The reasons of McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The question that arises in this case is whether identification evidence obtained when the police placed the appellants in a line-up should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although apprised of their right to counsel immediately upon arrest, and given an opportunity to call counsel, I agree with Justice Lamer that the appellants were not given a reasonable opportunity to exercise this right. As my colleague points out, at approximately 2:00 a.m. it was unlikely that appellants could easily reach their counsel. I also agree that the facts do not support the conclusion that the appellants waived their right to counsel.

I am sympathetic to the Crown's concern that in many instances a line-up may be an urgent necessity in order to take advantage of the fresh memories of witnesses to a crime. One must also not lose sight of the fact that the purpose of a line-up is not necessarily inculpatory, but may also be exculpatory. In the case at bar no urgency or real fear of loss of evidence by the lapse of time has been demonstrated. In my view, there is a need for a flexible approach to the admission or exclusion of evidence. On the facts of this case I am unable to agree with my colleague that the admission of the evidence of the identification line-up would "bring

ce facteur n'eût probablement pas été concluant en l'espèce.

Je suis donc d'avis que, eu égard à l'ensemble des circonstances, les appelants ont établi que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, la preuve aurait dû être écartée et la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—La question que soulève cette affaire consiste à déterminer si la preuve obtenue lorsque la police a fait participé les appelants à une séance d'identification devrait être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Malgré que les appelants aient été informés de leur droit à un avocat dès leur arrestation, et qu'ils aient eu l'occasion de téléphoner à leur avocat, je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer qu'on n'a pas donné aux appelants une occasion raisonnable d'exercer ce droit. Comme le souligne mon collègue, vers 2 h du matin il était peu probable que les appelants puissent communiquer avec leur avocat. Je suis aussi d'accord que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que les appelants ont renoncé à leur droit à l'avocat.

Je comprends que la Couronne puisse s'inquiéter du fait qu'il est souvent urgent de procéder à une séance d'identification alors que les événements sont encore frais à la mémoire des témoins. Il ne faut pas non plus perdre de vue que la séance d'identification n'a pas uniquement pour but de confirmer la culpabilité du suspect mais a aussi la possibilité de l'innocenter. Dans le présent cas, on n'a pas établi qu'il y avait urgence ou qu'un délai susciterait une crainte véritable d'être privé d'une preuve. J'estime qu'une approche flexible est nécessaire en matière d'admission ou d'exclusion de preuve. Compte tenu des faits de l'espèce, il ne m'est pas possible de souscrire à la conclusion de mon collègue que l'admission de la preuve obtenue lors de la séance d'identification, est «susceptible

the administration of justice into disrepute". This is the only test of s. 24(2) of the *Charter*.

The criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and discussed more recently in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, aid in determining what amounts to bringing the administration of justice into disrepute. An examination of the fairness of the trial process is required. I share the view of the Court of Appeal that: "There was no suggestion of bad faith on the part of the officers, and ... the line-up was eminently fair". I do not see how the admission of this evidence affected the fairness of the trial, particularly since I do not share my colleague Justice Lamer's view that this identification evidence "emanates" from the accused in the same way that a confession does. In *Collins*, *supra*, Lamer J. explains that the admission of evidence "emanating" from the accused is made problematic because it "did not exist prior to the violation and strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination" (p. 284). I do not see how this is the case with line-up evidence. The identity of the accused existed prior to the violation, as did the perceptions of the witnesses to the crime. In my view, such evidence comes into existence when an accused is seen committing the crime. The evidence cannot be considered as "emanating" from the accused simply because it may later be used to establish the credibility of identification evidence. Evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused will not automatically render the trial process unfair. While this might be so in some cases, it will not necessarily be so in all cases.

It must be stressed that s. 24(2) does not automatically provide for the exclusion of evidence when it has been obtained following a breach of a *Charter* right. This is made clear by the Chief Justice in *Simmons*, *supra*. The evidence will only be excluded when: "it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it

de déconsidérer l'administration de la justice», seul test exigé par le par. 24(2) de la *Charte*.

Les critères mentionnés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et discutés plus récemment dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, sont utiles pour déterminer ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il est nécessaire de considérer l'équité du procès. Je partage l'avis de la Cour d'appel: [TRADUCTION] «Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, [...] la séance d'identification [...] s'est déroulée de façon éminemment juste.» Je ne peux pas voir comment l'admission de cette preuve pourrait priver les appelants d'un procès équitable, d'autant plus que je ne partage pas l'avis de mon collègue Lamer que cette preuve d'identification «émane» de l'accusé de la même façon qu'une confession. Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer explique que l'admission d'une preuve qui «émane» de l'accusé fait problème parce que «ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation» et leur utilisation «constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (p. 284). Je vois difficilement que tel soit le cas lorsqu'il s'agit d'une preuve obtenue à l'occasion d'une séance d'identification. L'identité d'un accusé existe antérieurement à la violation, tout comme les perceptions des témoins d'un crime. Une telle preuve, à mon avis, existe à partir du moment même où un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme «émanant» de l'accusé simplement parce qu'elle peut par la suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation de l'accusé ne rend pas automatiquement le procès inique. Si ce peut être le cas dans certaines instances, il n'en sera pas nécessairement ainsi dans tous les cas.

Il faut souligner que le par. 24(2) ne prévoit pas l'exclusion automatique de la preuve obtenue d'une manière qui enfreint un droit garanti par la *Charte*. Ceci me paraît clairement ressortir des motifs du Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité. Les éléments de preuve seront exclus uniquement lorsqu'il sera «établi, eu égard aux cir-

in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute." Such an assessment must be made on a case by case basis. On the facts of the present case, I fail to see how such disrepute could occur. I share the opinion of Howland C.J. of the Court of Appeal of Ontario:

> The case for the Crown, in the absence of any evidence impugning the identification, was quite overwhelming, and, in our view, there was no miscarriage of justice by reason of the admission of the impugned evidence. We are satisfied that the verdict would have inevitably been the same if this evidence had not been admitted.
>
> Given the strength of the Crown's case, and given that the line-up itself was carried out in a manner which was "eminently fair", it is difficult to see how the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

As for the other grounds of appeal, in my view they have no merit and I adopt the reasons of the Court of Appeal in that regard.

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed and new trial ordered, MCINTYRE *and* L'HEUREUX-DUBÉ JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

constances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.» Une telle évaluation dépendra des faits de chaque cas. Les circonstances de la présente affaire ne me paraissent pas avoir eu un tel effet sur l'administration de la justice. Je partage l'opinion du juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario:

> [TRADUCTION] En l'absence de la preuve d'identification attaquée, la preuve offerte par la Couronne était accablante, et nous sommes d'avis qu'il n'est résulté aucun déni de justice de l'admission des éléments de preuve en question. Nous sommes convaincus que le verdict aurait nécessairement été le même si cette preuve n'avait pas été admise.
>
> Considérant le poids de la preuve de la Couronne et compte tenu du fait que la séance d'identification s'est déroulée de façon «éminemment juste», il est difficile d'admettre que l'admission de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

En ce qui concerne les autres moyens d'appel, je suis d'avis qu'ils n'ont aucun mérite et j'adopte à cet égard l'opinion de la Cour d'appel.

Pour ces raisons, je rejetterais l'appel.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges MCINTYRE *et* L'HEUREUX-DUBÉ *sont dissidents.*

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Amway Corporation *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* AMWAY CORP.

File No.: 20232.

1988: October 5; 1989: January 19.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence — Compellability — Right of person charged with an offence not be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not s. 11(c) applicable — If so, whether or not legislation justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

Evidence — Compellability — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not respondent a witness and therefore not compellable pursuant to s. 4(1) of Canada Evidence Act — Whether or not rules of common law and equity prevent respondent's being examined on discovery in forfeiture proceedings — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(1), 5 — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.

Respondent was convicted under the *Criminal Code* of making false declarations with respect to goods imported into Canada to avoid duty and paid a fine. Appellant, prior to this conviction, commenced an action in Federal Court alleging that the respondent and Amway of Canada Limited incurred a forfeiture pursuant to the ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, by making untrue declarations and passing false invoices, and alternatively under s. 192 by undervaluing the goods. Appellant further claimed that the respondent and Amway of Canada Limited were liable for duties

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Amway Corporation *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* AMWAY CORP.

N° du greffe: 20232.

1988: 5 octobre; 1989: 19 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Preuve — Contraignabilité — Droit de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — Demande visant à faire subir un interrogatoire préalable à l'un des dirigeants de la société — L'article 11c) est-il applicable? — Dans l'affirmative, la mesure législative est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

Preuve — Contraignabilité — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — L'intimée est-elle un témoin et donc non contraignable conformément à l'art. 4(1) de la Loi sur la preuve au Canada? — Les règles de common law et d'equity empêchent-elles l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures visant l'exécution d'une confiscation? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(1), 5 — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

L'intimée a été déclarée coupable en vertu du *Code criminel* d'avoir fait de fausses déclarations au sujet de marchandises importées au Canada pour éviter de payer des droits et elle a acquitté une amende. Avant que l'intimée soit ainsi déclarée coupable, l'appelante a intenté une action en Cour fédérale dans laquelle elle alléguait que l'intimée et Amway du Canada Limitée encouraient la confiscation de leurs marchandises conformément aux art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, pour avoir fait de fausses déclarations et avoir produit de fausses factures, et subsidiairement, en vertu

and taxes payable on the imported goods pursuant to s. 102 of the Act.

Upon completion of the pleadings in this action and following the examination for discovery of appellant's nominee, appellant brought an application in the Federal Court Trial Division requesting an order pursuant to Rule 465(1) of the *Federal Court Rules* that respondent produce one of its officers for examination for discovery. The Federal Court of Appeal reversed the Trial Division's decision to grant the application. The issue here was whether the respondent may be ordered to produce an officer for examination for discovery pursuant to Rule 465(1). In addition, two constitutional questions were stated for consideration: whether Rule 465 infringed s. 11(*c*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by requiring a corporate defendant to be examined for discovery in an action brought pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, and if so, whether such examination was justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed; the first constitutional question should be answered in the negative.

Any right of respondent to resist an order for discovery of its officer must be determined by reference to its rights at common law and not under s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*. At common law an accused was neither competent nor compellable as a witness. Section 4(1) only addresses competence and the common law rule with respect to the non-compellability of an accused person at the instance of the Crown was left intact.

The common law privileges against self-incrimination were assumed, without deciding, not to have been subsumed in the *Charter* provisions.

A defendant in actions for forfeitures and penalties enjoyed three rights at common law: (1) to resist an order for discovery in forfeiture actions; (2) to resist an order for discovery in penalty actions; (3) to remain silent in the face of any question put to the defendant on discovery or at trial which tended to incriminate the defendant or subject the defendant to a forfeiture or penalty. There may also have been a right, comparable to that of an accused in a criminal proceeding not to be

de l'art. 192 pour les avoir sous-évaluées. L'appelante a soutenu en outre que l'intimée et Amway du Canada Limitée étaient tenues de payer des droits et des taxes sur les marchandises importées, conformément à l'art. 102 de la Loi.

Une fois les actes de procédure de cette action déposés et après l'interrogatoire préalable de la personne désignée de l'appelante, cette dernière a présenté, devant la Division de première instance de la Cour fédérale, conformément à la règle 465(1) des *Règles de la Cour fédérale*, une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance qui avait fait droit à la requête. La question en l'espèce est de savoir s'il peut être ordonné à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable, conformément à la règle 465(1). De plus, deux questions constitutionnelles ont été formulées: la règle 465 porte-t-elle atteinte à l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle oblige une société défenderesse à subir un interrogatoire préalable dans une action intentée en vertu des art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes* et, dans l'affirmative, cet interrogatoire est-il justifié en vertu de l'article premier?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Le droit de l'intimée de refuser d'obtempérer à l'ordonnance d'interroger au préalable l'un de ses dirigeants doit être établi en fonction de ses droits en *common law* et non en application du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. En *common law*, un accusé n'était ni habile à témoigner ni un témoin contraignable. Le paragraphe 4(1) ne porte que sur l'habilité et la règle de *common law* est demeurée intacte en ce qui concerne l'impossibilité de contraindre une personne accusée à témoigner à la demande de la poursuite.

La Cour a tenu pour acquis, toutefois le décider, que les privilèges de *common law* de ne pas s'incriminer n'ont pas été subsumés dans les dispositions de la *Charte*.

Un défendeur dans une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation bénéficie de trois droits en *common law*: (1) il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en exécution d'une confiscation; (2) il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en recouvrement d'une amende; (3) il peut garder le silence à l'égard de toute question qui lui est posée à l'interrogatoire préalable ou

compelled at trial to testify at the instance of the party seeking to enforce the penalty or forfeiture, but that right did not extend to officers or employees of a corporation.

The broad discovery provisions of Rule 465 of the *Federal Court Rules* and of s. 5 of the *Canada Evidence Act* ended the existence of these rules. The enforcement of the first two rules against discovery in actions for forfeitures and penalties is out of keeping with the practice in our courts, reflected in Rule 465, to widen all avenues of discovery. Any policy against actions for forfeiture is now contained in various statutory provisions empowering the Court to grant relief from forfeiture and penalties. The third rule, the privilege of a witness against self-incrimination, was replaced by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

A corporation *per se* cannot be a witness and therefore cannot come within s. 11(*c*) of the *Charter*. There is only one witness under examination, the officer testifying for the corporation, not the corporation itself. The mere fact that rules of evidence permit greater latitude in the source of the information given by the witness does not transform the source into a witness. It would strain the interpretation of s. 11(*c*) if an artificial entity were held to be a witness. Section 11(*c*) was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Its language is not adequate to overrule the cases denying corporations the common law right against compellability at trial at the instance of the Crown. It was not necessary to consider whether a corporation was a person and it was assumed that the proceedings in question amounted to being charged with an offence.

It was unnecessary to deal with whether the claim should be characterized as being one for duties and taxes.

The place of examination ought to have been fixed after affording the parties an opportunity to make representation and file any additional material required.

au procès et qui vise à l'incriminer ou à l'assujettir au paiement d'une amende ou à l'exécution d'une confiscation. Il a pu également exister un droit comparable à celui que possède un accusé dans des procédures criminelles de ne pas être contraint à témoigner au procès à la demande de la partie qui cherche à obtenir le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation, mais ce droit n'était pas accordé aux dirigeants ou aux employés d'une société.

Les dispositions générales de la règle 465 des *Règles de la Cour fédérale* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* concernant l'interrogatoire préalable ont mis fin à l'existence de ces règles. L'application des deux premières règles interdisant l'interrogatoire préalable dans les actions en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende n'est pas conforme à la pratique de nos tribunaux, reflétée à la règle 465, qui consiste à élargir tous les moyens de procéder à la tenue d'un interrogatoire préalable. Toute politique interdisant les actions en exécution d'une confiscation se trouve maintenant dans diverses dispositions législatives qui permettent au tribunal d'accorder un redressement contre la confiscation et les amendes. Quant à la troisième règle, savoir le privilège d'un témoin de ne pas s'incriminer, elle a été remplacée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Une société en soi ne peut être un témoin et ne peut donc être visée par l'al. 11*c*) de la *Charte*. Il n'y a qu'un seul témoin qui subit l'interrogatoire et c'est le dirigeant qui témoigne au nom de la société et non la société elle-même. Le simple fait que les règles de preuve permettent une plus grande latitude concernant la source des renseignements que le témoin communique n'a pas pour effet de transformer cette source en témoin. Ce serait forcer l'interprétation de l'al. 11*c*) que de conclure qu'une entité artificielle est un témoin. L'alinéa 11*c*) vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Sa formulation ne permet pas de rejeter les décisions où on a refusé aux sociétés le droit de *common law* de ne pas être contraintes de témoigner à la demande de la poursuite au procès. Il n'est pas nécessaire de décider si une société est une personne et on a tenu pour acquis que, dans la poursuite intentée en l'espèce, l'intimée était inculpée.

Il n'est pas nécessaire de traiter de la question de savoir si la demande devrait être qualifiée de demande visant le paiement de droits et de taxes.

On aurait dû fixer le lieu de l'interrogatoire préalable après avoir accordé aux parties la possibilité de formuler des observations et de déposer tout autre document

In the absence of agreement as to the place of examination, this aspect of the matter should be remitted to the judge hearing the application to fix the place of examination in accordance with Rule 465(12).

Cases Cited

Considered: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204; *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366; *R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412; *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343; *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383; *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308; *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97; *Rasins v. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 F.C. 729.

Statutes and Regulations Cited

Act to Restrict the Importation and Employment of Aliens, S.C. 1896-97, c. 11.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 4(1), 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*c*), 13.
Civil Evidence Act 1968 (U.K.), 1968, c. 64, ss. 14(1), 16(1)(*a*).
Constitution Act, 1982.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 111.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1)(*a*).
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.
Evidence Act, R.S.B.C. 1948, c. 113, s. 5.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46(1).
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, s. 465(1), (7), (12).

supplémentaire requis. En l'absence d'une entente quant au lieu de l'interrogatoire préalable, cet aspect de l'affaire devrait être renvoyé au juge saisi de la demande pour qu'elle détermine le lieu de cet interrogatoire conformément à la règle 465(12).

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204; *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366; *R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412; *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343; *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383; *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308; *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97; *Rasins c. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 C.F. 729.

Lois et règlements cités

Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains, S.C. 1896-97, chap. 11.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*c*), 13.
Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, chap. 64, art. 14(1), 16(1)*a*).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1)*a*).
Evidence Act, R.S.B.C. 1948, chap. 113, art. 5.
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, chap. 11, art. 111.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 46(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 2, 4(1), 5.
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 32.
Trade Practices Act 1974, (Australia) 1974, No. 51.
Witness Declaratory Act (U.K.), 46 Geo. III, c. 37.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.
United Kingdom. Law Reform Committee. Sixteenth Report. *Privilege in Civil Proceedings*. London: H.M.S.O., 1967.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 133, 34 D.L.R. (4th) 190, allowing an appeal from a judgment of Reed J., [1987] 1 F.C. 3, [1986] 2 C.T.C. 148, 21 C.R.R. 238. Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the negative.

Edward Sojonky, *Q.C.*, and *Michail F. Ciavaglia*, for the appellant.

John Brown, *Q.C.*, *Neil Finkelstein* and *Jeff Galway*, for the respondent.

No one appearing for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this case is whether the respondent may be ordered to produce an officer for examination for discovery pursuant to Rule 465(1) of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663. The Trial Division of the Federal Court had so ordered. The Federal Court of Appeal reversed this decision. Her Majesty the Queen appeals to this Court from that reversal.

The action in which an examination is sought arose out of the following circumstances. The respondent was convicted on November 10, 1983, under s. 338(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, of making false declarations with respect to certain goods imported into Canada and thereby avoiding the payment of duty

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, chap. 663, art. 465(1), (7), (12).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.
Trade Practices Act 1974, (Australie) 1974, nº 51.
Witness Declaratory Act (R.-U.), 46 Geo. III, chap. 37.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.
United Kingdom. Law Reform Committee. Sixteenth Report. *Privilege in Civil Proceedings*. London: H.M.S.O., 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 133, 34 D.L.R. (4th) 190, qui a accueilli un appel de la décision du juge Reed, [1987] 1 C.F. 3, [1986] 2 C.T.C. 148, 21 C.R.R. 238. Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Edward Sojonky, *c.r.*, et *Michail F. Ciavaglia*, pour l'appelante.

John Brown, *c.r.*, *Neil Finkelstein* et *Jeff Galway*, pour l'intimée.

Personne n'a comparu au nom de l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question en l'espèce est de savoir s'il peut être ordonné à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable, conformément à la règle 465(1) des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, chap. 663. La Division de première instance de la Cour fédérale a rendu une ordonnance en ce sens. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision. Sa Majesté la Reine se pourvoit devant cette Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

L'action au sujet de laquelle un interrogatoire est demandé découle des circonstances suivantes. Le 10 novembre 1983, l'intimée a été déclarée coupable, en vertu de l'al. 338(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et ses modifications, d'avoir fait de fausses déclarations au sujet de certaines marchandises importées au Canada et

on those goods. It was ordered to pay and did pay a fine in the amount of $20,000,000.

On January 4, 1980, prior to the conviction under the *Criminal Code*, the appellant commenced, in the Federal Court of Canada, an action alleging that the respondent, together with Amway of Canada Limited, had provided false documentation when importing goods into Canada and had failed to set out the true market value of those goods. The appellant charged that in making untrue declarations and passing false invoices, the companies incurred a forfeiture pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, as amended. The appellant alleged in the alternative that the respondent undervalued the goods and thereby incurred a forfeiture pursuant to s. 192 of the Act. In addition to these "deemed forfeitures", the appellant further claimed that the respondent and Amway of Canada Limited were liable for duties and taxes payable on the imported goods pursuant to s. 102 of the Act.

Upon completion of the pleadings in this action and following the examination for discovery of the nominee of the appellant, the appellant brought an application in the Federal Court Trial Division requesting an order that the respondent produce for examination for discovery one of its officers. The application was opposed on two main grounds: (1) that at common law a court would not require a defendant to submit to discovery in an action to enforce a penalty or forfeiture, and (2) that the respondent was not required to produce any person to be examined for discovery in view of s. 11(*c*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the respondent's first ground, Reed J., in the Trial Division, examined the historical development of the privilege against self-incrimination in actions for forfeitures and penalties. She concluded that the practice of extending immunity from

d'avoir ainsi évité de payer des droits sur ces marchandises. On a ordonné à l'intimée de payer une amende de 20 000 000 $, qu'elle a acquittée.

Le 4 janvier 1980, avant que l'intimée soit déclarée coupable en application du *Code criminel*, l'appelante a intenté une action en Cour fédérale du Canada dans laquelle elle alléguait que l'intimée et Amway du Canada Limitée avaient produit de faux documents au moment d'importer des marchandises au Canada et qu'elles n'avaient pas indiqué la valeur marchande réelle de ces marchandises. L'appelante a allégué qu'en faisant de fausses déclarations et en produisant de fausses factures, les sociétés encouraient la confiscation de leurs marchandises conformément aux art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40 et ses modifications. L'appelante a allégué subsidiairement que l'intimée avait sous-évalué les marchandises qui étaient donc susceptibles de confiscation conformément à l'art. 192 de la Loi. En plus de ces «confiscations présumées», l'appelante a allégué que l'intimée et Amway du Canada Limitée étaient tenues de payer des droits et des taxes sur les marchandises importées, conformément à l'art. 102 de la Loi.

Une fois les actes de procédure de cette action déposés et après l'interrogatoire préalable de la personne désignée de l'appelante, cette dernière a présenté, devant la Division de première instance de la Cour fédérale, une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. L'intimée s'y est opposée en invoquant deux moyens principaux: (1) en *common law*, un tribunal ne saurait ordonner à un défendeur de se soumettre à un interrogatoire préalable lorsque l'action porte sur le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation et (2) l'intimée n'était pas obligée de faire témoigner quelqu'un à l'interrogatoire préalable compte tenu de l'al. 11*c*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Quant au premier moyen soulevé par l'intimée, le juge Reed de la Division de première instance a examiné l'évolution historique du privilège de ne pas s'incriminer dans les cas de confiscations et d'amendes. Elle a conclu que la pratique qui con-

examinations for discovery and the right not to answer questions as a witness were both abrogated in Canada by the enactment of the *Canada Evidence Act*, S.C. 1893, c. 31. This change is now found in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended. With respect to the second ground, Reed J. concluded that s. 11(*c*) of the *Charter* applies to a "deemed forfeiture" proceeding in the Federal Court because of the action's "penal" nature. Applying the criteria in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Her Ladyship concluded that Rule 465 is a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. In the result, she ordered that upon an appointment being served upon its solicitors, the respondent produce the requested officers for examination for discovery.

In the Federal Court of Appeal, Mahoney J., speaking for the court, held that by virtue of s. 2 of the *Canada Evidence Act*, that Act applied to the proceedings, and that s. 4(1) of the Act protected the respondent from being compelled to produce an officer for an examination for discovery. His Lordship pointed out that this argument was apparently not made before Reed J. and accordingly was not addressed. Mahoney J. agreed with the application of s. 11(*c*) as found by Reed J., but disagreed that Rule 465 could constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. His Lordship reasoned that an incompetent or non-compellable witness could not be made competent or compellable by a rule of practice. If Rule 465 purported to achieve this result it would be *ultra vires* the rule-making authority of s. 46(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, which precludes passage of a rule which is inconsistent with the *Canada Evidence Act*. His Lordship also held that, in the circumstances, Reed J. had improperly delegated to the examiner the responsibility of selecting the place at which the examination for discovery was to be conducted.

siste à accorder l'immunité contre les interrogatoires préalables et le droit de ne pas répondre aux questions en qualité de témoin ont tous les deux été abolis par l'adoption de l'*Acte de la preuve en Canada*, S.C. 1893, chap. 31. Ce changement se retrouve maintenant à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 et ses modifications. Quant au deuxième moyen, le juge Reed a conclu que l'al. 11*c*) de la *Charte* s'applique à une procédure relative à une «confiscation présumée» en Cour fédérale en raison de la nature «pénale» de l'action. Appliquant le critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge a conclu que la règle 465 constituait une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*. En définitive, elle a ordonné que, suite à une convocation signifiée à ses procureurs, l'intimée fasse témoigner à l'interrogatoire préalable les dirigeants requis.

En Cour d'appel fédérale, le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que l'art. 2 de la *Loi sur la preuve au Canada* rendait cette loi applicable aux procédures et qu'en vertu du par. 4(1) de la Loi l'intimée ne pouvait être contrainte à faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. Il a souligné que le juge Reed n'avait apparemment pas été saisie de cet argument et qu'elle n'en avait donc pas traité. Le juge Mahoney s'est dit d'accord avec l'application de l'al. 11*c*) retenue par le juge Reed, mais il n'était pas d'avis que la règle 465 pouvait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Selon le raisonnement du juge Mahoney, une règle de pratique ne pouvait avoir pour effet de rendre habile à témoigner une personne qui ne le serait pas ni de rendre contraignable un témoin non contraignable. Si la règle 465 visait ce résultat, elle outrepasserait le pouvoir de réglementation conféré par le par. 46(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, qui empêche l'adoption d'une règle incompatible avec la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge Mahoney a également conclu que, dans les circonstances, le juge Reed avait eu tort de déléguer à l'examinateur la responsabilité de choisir le lieu de l'interrogatoire préalable.

In this Court, the respondent supported the judgment of the Federal Court of Appeal on the following grounds:

1. The respondent is a person charged with an offence and a witness within the meaning of s. 4(1) of the *Canada Evidence Act* and cannot therefore be compelled to produce an officer to attend on the examination for discovery and answer questions.

2. A rule of common law and equity prevents the respondent from being examined on discovery in penal proceedings to enforce a forfeiture.

3. Rule 465 cannot apply to compel an officer of the respondent to testify because a requirement that an officer testify would constitute a rule of substantive law and not of practice and procedure. Section 252 of the *Customs Act* which provides for the application of the usual practice and procedure of the court in civil cases in any suit for the recovery of any penalty or forfeiture, could not render such a requirement applicable.

4. The respondent is protected by s. 11(*c*) and s. 7 of the *Charter* from being compelled to be a witness in these proceedings.

5. This action is for forfeiture only and not for debt or a claim for duties and taxes under s. 102.

6. In the circumstances, Reed J. improperly delegated to the Examiner the court's power to fix the place of examination.

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on June 16, 1988:

1. Does Federal Court Rule 465 infringe on the right granted by s. 11(*c*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it requires a corporate defendant to be examined for discovery in an action brought pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40?

Devant cette Cour, l'intimée a appuyé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en invoquant les moyens suivants:

1. L'intimée est une personne accusée d'une infraction ainsi qu'un témoin au sens du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et ne peut donc être contrainte à présenter un dirigeant pour répondre aux questions de l'interrogatoire préalable.

2. Une règle de *common law* et d'*equity* empêche l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures pénales visant l'exécution d'une confiscation.

3. La règle 465 ne peut s'appliquer pour contraindre un dirigeant de l'intimée à témoigner parce que cette obligation constituerait une règle de fond et non une règle de pratique et de procédure. L'article 252 de la *Loi sur les douanes* qui prévoit l'application des règles de pratique et de procédure ordinaires de la cour dans les causes civiles et dans toute poursuite pour le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation ne pourrait rendre cette obligation applicable.

4. L'alinéa 11*c*) et l'art. 7 de la *Charte* accordent à l'intimée le droit de ne pas être contrainte de témoigner contre elle-même dans ces procédures.

5. Il s'agit d'une action qui ne porte que sur la confiscation et non sur une dette ou une demande de paiement de droits ou de taxes en application de l'art. 102.

6. Dans les circonstances, le juge Reed a eu tort de déléguer à l'examinateur le pouvoir de déterminer le lieu de l'interrogatoire préalable.

Le 16 juin 1988, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La règle 465 des *Règles de la Cour fédérale* porte-t-elle atteinte au droit garanti par l'al. 11*c*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle oblige une société défenderesse à subir un interrogatoire préalable dans une action intentée en vertu des art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is requiring a corporate defendant to be so examined justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Ground 1: Section 4(1) of the *Canada Evidence Act*

To succeed, the respondent's first submission requires an affirmative answer to both of the following propositions:

(a) Amway Corporation is a person charged with an offence within the meaning of s. 4(1);

(b) Section 4(1) prohibits compelling an officer of Amway to attend on an examination for discovery.

Section 4(1) provides:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

If the respondent is a person charged within the meaning of s. 4(1) it must be further established that, by its terms, s. 4(1) prohibits the respondent from being compelled to attend on the examination for discovery. It is apparent from the words of the section that it addresses only one of the two components of the rights and obligations of a witness: that is, competence. It does not purport to deal with compellability. At common law an accused was neither competent nor compellable as a witness. By virtue of s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*, first introduced in 1893 and amended by S.C. 1906, c. 10, s. 1, the common law was altered to make an accused a competent witness for the defence. These amendments left intact the common law with respect to the non-compellability of an accused person at the instance of the Crown. The history of these changes in the law of evidence is reviewed by Cartwright J. in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, at pp. 471-73. The effect of the amendments was stated more explicitly in *R. v. J. J. Beamish*

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'obligation pour une société défenderesse de subir un tel interrogatoire est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Premier moyen: Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Pour que l'intimée ait gain de cause relativement à son premier moyen, les deux propositions suivantes doivent recevoir une réponse affirmative:

a) Amway Corporation est une personne accusée d'infraction au sens du par. 4(1);

b) Le paragraphe 4(1) interdit de contraindre un dirigeant d'Amway à subir un interrogatoire préalable.

Voici le texte du par. 4(1):

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf dispositions contraires du présent article, la femme ou le mari, selon le cas, de la personne accusée, sont habiles à rendre témoignage pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec quelque autre personne.

Si l'intimée est une personne accusée au sens du par. 4(1), il faut établir en outre que, de par ses termes, le par. 4(1) interdit de contraindre l'intimée à subir un interrogatoire préalable. Il ressort des termes du paragraphe que celui-ci ne porte que sur l'un des deux aspects des droits et des obligations d'un témoin, savoir l'habilité. Il n'a pas pour objet de traiter de la contraignabilité. En *common law*, un accusé n'était ni habile à témoigner ni un témoin contraignable. En vertu du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, adopté pour la première fois en 1893 et modifié par S.C. 1906, chap. 10, art. 1, la *common law* a été modifiée de manière à faire d'un accusé un témoin habile à témoigner pour la défense. Ces modifications ont laissé la *common law* intacte en ce qui concerne l'impossibilité de contraindre une personne accusée à témoigner à la demande de la poursuite. Le juge Cartwright examine l'historique de ces modifications du droit de la preuve dans l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, aux pp. 471 à 473. L'arrêt *R. v. J. J.*

Construction Co., [1967] 1 C.C.C. 301, at p. 340: "The privilege of an accused against self-incrimination is an ancient common law right which has not been altered by the *Canada Evidence Act*". In *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), the learned author states, at p. 194:

> The general rule is that the accused is not a competent witness for the prosecution in any criminal case. The rule is the result of the common law which, so far as this point is concerned, has not been modified by the *Criminal Evidence Act 1898*, because that statute confers competence on the accused only as a witness for the defence.

Accordingly, any right of the respondent to resist an order for discovery of its officer must be determined by reference to its rights at common law and not under s. 4(1). The effect of these rights is addressed under the respondent's second submission.

Ground 2: Common Law Rights to Resist Discovery and Against Self-Incrimination

I am prepared to assume without deciding that the common law privileges against self-incrimination were not subsumed in the *Charter* provisions — an issue which is more squarely raised before this Court in *Thompson Newspapers v. The Director of Investigation and Research, Stelco Inc. v. The Attorney General of Canada* and *McKinlay Transport Limited v. The Queen*, (argued November 1 and 2, 1988).

In examining the rights of a defendant at common law in actions to enforce a forfeiture or penalty, it is necessary to bear in mind three separate and distinct concepts with respect to the defendant as a witness: competence, compellability and the privilege of a witness to refuse to answer questions tending to incriminate. These concepts and their historical background are reviewed in *Cross on Evidence*, *supra*, at pp. 187-90. The critical distinction between compellability and the privilege of a witness is well understood in the setting of a criminal trial. An accused charged

Beamish Construction Co., [1967] 1 C.C.C. 301, à la p. 340 explicite davantage l'effet de ces modifications: [TRADUCTION] «Le privilège de ne pas s'incriminer que possède un accusé est un vieux droit de *common law* que n'a pas modifié la *Loi sur la preuve au Canada*». Dans l'ouvrage *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), l'auteur affirme à la p. 194:

> [TRADUCTION] La règle générale porte que l'accusé n'est pas un témoin habile à témoigner pour la poursuite dans une affaire criminelle. Cette règle provient de la *common law* qui, à cet égard, n'a pas été modifiée par l'*Acte de la preuve en Canada, 1898*, parce que cette loi ne rend l'accusé habile à témoigner que pour le compte de la défense.

Par conséquent, le droit de l'intimée de refuser d'obtempérer à l'ordonnance d'interroger au préalable l'un de ses dirigeants doit être établi en fonction de ses droits en *common law* et non en application du par. 4(1). L'effet de ces droits est abordé dans l'examen du deuxième moyen de l'intimée.

Deuxième moyen: Les droits de *common law* de refuser de subir un interrogatoire préalable et de ne pas s'incriminer

Je suis prêt à tenir pour acquis, sans toutefois le décider, que les privilèges de *common law* de ne pas s'incriminer n'ont pas été subsumés dans les dispositions de la *Charte*; cette question est posée plus directement à cette Cour dans les affaires *Thompson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches, Stelco Inc. c. Procureur général du Canada* et *McKinlay Transport Limited c. La Reine* (entendues les 1er et 2 novembre 1988).

En examinant les droits que la *common law* reconnaît à un défendeur dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation, il est nécessaire d'avoir à l'esprit trois notions séparées et distinctes en ce qui concerne le défendeur en qualité de témoin: l'habilité, la contraignabilité et le privilège d'un témoin de refuser de répondre aux questions qui tendent à l'incriminer. Ces notions et leurs origines historiques sont examinées dans *Cross on Evidence*, précité, aux pp. 187 à 190. On saisit bien, dans le contexte d'un procès criminel, la distinction cruciale entre la

with an offence under the *Criminal Code* is not compellable to enter the witness box but once that person does, he or she is not excused from answering questions which may tend to incriminate. The accused has only the rights of any other witness: namely, to object to answer such questions and to obtain the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* (see *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 473). With the advent of the *Charter* the accused can avail himself or herself of the wider protection afforded by s. 13 of the *Charter* (see McIntyre J. in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.)

Upon examining the authorities, it is apparent that a defendant in actions for forfeitures and penalties enjoyed three rights at common law:

1. to resist an order for discovery in forfeiture actions;

2. to resist an order for discovery in penalty actions;

3. to remain silent in the face of any question put to the defendant on discovery or at trial which tended to incriminate the defendant or subject the defendant to a forfeiture or penalty.

In addition, there may well have been a right comparable to that of an accused in a criminal proceeding not to be compelled at trial to testify at the instance of the party seeking to enforce the penalty or forfeiture (see *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366). In relation to corporations, however, any right not to be compelled to testify at trial was altered in Canada by *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204, and *R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679. These cases determined that officers and employees, including an officer who is a directing mind, are compellable witnesses at the

contraignabilité et le privilège d'un témoin. Le prévenu accusé d'une infraction au *Code criminel* ne peut être contraint de se présenter à la barre, mais s'il s'y présente, il ne peut refuser de répondre aux questions qui peuvent tendre à l'incriminer. Le prévenu ne possède que les droits reconnus à tout autre témoin: il peut notamment refuser de répondre à ces questions et bénéficier de la protection accordée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 473). Depuis l'avènement de la *Charte*, l'accusé peut invoquer la protection plus large qu'offre l'art. 13 de la *Charte* (voir le juge McIntyre dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377.)

Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence examinées qu'un défendeur dans une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation bénéficie de trois droits en *common law*:

1. il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en exécution d'une confiscation;

2. il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en recouvrement d'une amende;

3. il peut garder le silence à l'égard de toute question qui lui est posée à l'interrogatoire préalable ou au procès et qui vise à l'incriminer ou à l'assujettir au paiement d'une amende ou à l'exécution d'une confiscation.

En outre, il a bien pu exister un droit comparable à celui que possède un accusé dans des procédures criminelles de ne pas être contraint à témoigner au procès à la demande de la partie qui cherche à obtenir le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation (voir l'arrêt *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366). Toutefois, les arrêts suivants sont venus modifier tout droit que pouvaient avoir les sociétés de ne pas se voir contraintes à témoigner dans un procès au Canada: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204, et *R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679. Ces arrêts ont

instance of the Crown where the corporation is accused of a criminal offence. Since a corporation can only testify through officers and employees, any right not to be compelled at trial was effectively removed. The principle of these cases applies *a fortiori* to a claim for forfeitures and penalties.

établi que les dirigeants et les employés d'une société, y compris celui ou celle qui en est l'âme dirigeante, sont des témoins contraignables à la demande de la poursuite si la société est accusée d'une infraction criminelle. Puisqu'une société ne peut témoigner que par l'intermédiaire de ses dirigeants et employés, tout droit de ne pas être contraint à témoigner au procès a réellement été supprimé. Le principe de ces arrêts s'applique à fortiori à une requête en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation.

These three rights, enumerated above, were often subsumed under the general term "privilege against self-incrimination"; however, the rationale upon which they were based, as well as their character and operation, differed. The first two rights were rules of procedure adopted by the courts of common law and equity. A defendant could defeat an application for discovery by invoking the rule against discoveries in actions to enforce a forfeiture or penalty. In turn the reason for the rule differed in forfeiture actions and in penalty actions.

Ces trois droits qui viennent d'être énumérés ont souvent été subsumés sous l'expression générale «privilège de ne pas s'incriminer»; cependant, leur raison d'être ainsi que leur nature et leur application différaient. Les deux premiers droits étaient des règles de procédure adoptées par les tribunaux de *common law* et d'*equity*. Un défendeur pouvait obtenir le rejet d'une demande d'interrogatoire préalable en invoquant la règle interdisant la tenue de ces interrogatoires dans des actions en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende. Par ailleurs le fondement de la règle était différent selon qu'il s'agissait d'une action en exécution d'une confiscation ou d'une action en recouvrement d'une amende.

The character and operation of these three common law rights is examined in the Australian case of *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609. In that case, the High Court of Australia considered whether a statutory provision (the *Trade Practices Act 1974*, (Australia) 1974, No. 51) which required documents and information to be furnished to the Commission on Trade Practices was subject to these rights and privileges. The court held that these rights and privileges could not survive the general and comprehensive language of the statute.

La nature et l'application de ces trois droits de *common law* sont examinées dans la décision australienne *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609. Dans cette affaire, la Haute Cour d'Australie a examiné si une mesure législative (la *Trade Practices Act 1974*, (Australie) 1974, nº 51) qui exigeait que les documents et renseignements requis soient fournis à la Commission on Trade Practices était assujettie à ces droits et privilèges. La cour a conclu que ces droits et privilèges ne pouvaient subsister devant la formulation générale de la Loi.

With respect actions for forfeiture and to the privilege against self-exposure to forfeiture, Murphy J. stated, at p. 621:

Privilege against self-exposure to forfeiture: In England, this probably arose out of the special regard for land rights originally secured by feudal tenures and later by entailing and other devices. The privilege against

En ce qui concerne les actions en exécution d'une confiscation et le privilège de ne pas s'exposer à une confiscation, le juge Murphy affirme, à la p. 621:

[TRADUCTION] *Privilège de ne pas s'exposer à une confiscation:* En Angleterre, ce privilège découle probablement de l'attention particulière accordée aux droits sur les biens-fonds garantis à l'origine par les tenures

forfeiture seems to have been confined to forfeitures of realty, particularly leases. The recognition of such a privilege in modern Australia is, in my opinion, not justified.

The respondent in its factum (paragraph 106) took the position that this action was exclusively an action for forfeiture pursuant to the *Customs Act*. Accepting this characterization, the common law rule against discoveries would not apply as it was limited to forfeitures of real estate or an interest in real estate. I am, however, prepared to assume that this terminology was used to distinguish the claim from a claim for debt and that the action is more appropriately characterized as a penal action to enforce a forfeiture. With respect to actions for penalty and the privilege against self-exposure to penalties, Murphy J. said, at p. 621:

> *Privilege against self-exposure to penalties:* The origin of this privilege seems to have been judicial hostility to common informers' suits for penalties; the courts would not assist any informer in any way by their procedures (see *Earl of Mexborough v Whitwood Urban District Council* [1897] 2 QB 111 at 114-5). Any general privilege against self-exposure to civil actions for penalties, especially a privilege available outside judicial proceedings, is difficult to justify.

It is an absurd state of the law if a witness, in a civil or criminal trial, can lawfully refuse to answer because the answer may tend to expose him or her to some ecclesiastical censure, or to forfeiture of a lease, or to a civil action for penalties, but may not refuse if the exposure is to some other civil loss, such as an action for damages, even punitive damages. In so far as such absurdity has been introduced or maintained by judicial decision (see *R v Associated Northern Collieries* (1910) 11 CLR 738 at 742; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253 at 257) it can and should be erased by judicial decision. Whatever their standing in judicial

féodales et plus tard par le fief taillé et d'autres mécanismes. Le privilège de non-confiscation semble avoir été restreint aux biens réels, particulièrement aux baux. À mon avis, la reconnaissance de ce privilège en Australie contemporaine n'est pas justifiée.

Dans son mémoire (paragraphe 106), l'intimée a affirmé qu'il s'agissait exclusivement d'une action en exécution d'une confiscation intentée conformément à la *Loi sur les douanes*. Si l'on retenait cette qualification, la règle de *common law* interdisant les interrogatoires préalables ne s'appliquerait pas puisqu'elle était restreinte aux confiscations de biens réels ou à la déchéance d'un droit sur ceux-ci. Je suis cependant disposé à tenir pour acquis que cette terminologie a été utilisée pour distinguer la demande d'une réclamation visant une dette et qu'il est plus approprié de la qualifier d'action pénale en exécution d'une confiscation. En ce qui concerne les actions en recouvrement d'une amende et le privilège contre de ne pas s'exposer aux amendes, le juge Murphy affirme ceci, à la p. 621:

> [TRADUCTION] *Privilège de ne pas s'exposer à une amende:* L'origine de ce privilège semble s'expliquer par l'hostilité judiciaire à l'égard des poursuites que les dénonciateurs intentaient dans le but d'obtenir le paiement des amendes; les tribunaux s'abstenaient de les aider de quelque façon que ce soit par leurs procédures (voir la décision *Earl of Mexborough v Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 QB 111, aux pp. 114 et 115). Tout privilège général de ne pas s'exposer à des actions civiles en recouvrement d'une amende, surtout un privilège pouvant être invoqué extrajudiciairement, est difficile à justifier.

L'état du droit est absurde si un témoin, dans une poursuite civile ou criminelle, peut légalement refuser de répondre aux questions parce que ses réponses pourraient l'exposer à une réprimande ecclésiastique, à la déchéance d'un droit conféré par bail ou à une action civile en recouvrement d'une amende, mais ne peut refuser de répondre s'il s'expose à d'autres pertes de nature civile comme dans le cas d'une action en dommages-intérêts et même en dommages-intérêts punitifs. Dans la mesure où les tribunaux sont, par leurs décisions, à l'origine de cette absurdité ou l'ont maintenue (voir les décisions *R v Associated Northern Collieries* (1910), 11 CLR 738, à la p. 742; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd.*, [1942] 2 KB 253, à la p. 257), ce sont les tribunaux qui peuvent et qui devraient la faire disparaître. Quelle que puisse être la place qu'occupent ces

proceedings, I see no reason for recognizing such privileges outside judicial proceedings.

Although the first two rules are separate and distinct from the third (see *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111), all three were often treated as a package in the English authorities (see, for example, *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253). This was no doubt because all three were grounded in a policy of the courts to assist as little as possible the party bringing an action to enforce a penalty or forfeiture.

The trend in Britain where these rules originated has been to purify the privilege against self-incrimination and purge it of its civil aspects. Prior to 1806 it was thought that a witness could rely on the privilege to refuse to answer a question which might expose him to civil liability other than a forfeiture or penalty. The *Witness Declaratory Act* (U.K.), 46 Geo. III, c. 37, abolished the right to refuse to answer questions tending to establish civil liability except in actions for penalty or forfeiture. In 1968, acting on a recommendation of the 16th Report of the Law Reform Committee, the *Civil Evidence Act 1968* (U.K.), 1968, c. 64, abolished the privilege to refuse to answer questions or produce documents in respect of forfeitures (s. 16(1)(*a*)) but retained it in proceedings for the recovery of a penalty (s. 14(1)). This development in the English law is dealt with by Lord Denning in *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547, at p. 563. No reference is made in either s. 14(1) or by Lord Denning in *Rio Tinto Zinc*, to the practice relating to discoveries, and the status in England of this ancient rule of practice is uncertain.

In Canada these rules have had a chequered career. In *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (B.C.C.A.), Wilson J. at trial alluded to the lack

privilèges dans les procédures judiciaires, je ne vois aucune raison d'en reconnaître l'existence en dehors de ces procédures.

Bien que les deux premières règles soient séparées et distinctes de la troisième (voir la décision *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111), elles ont souvent été considérées comme un tout dans la jurisprudence et la doctrine britanniques (voir, par exemple, la décision *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253). Cela est dû sans aucun doute au fait que les trois règles étaient fondées sur une politique des tribunaux consistant à prêter le moins possible leur assistance à la partie qui intentait une action en vue de recouvrer une amende ou d'exécuter une confiscation.

En Grande-Bretagne, où ces règles ont pris naissance, la tendance a été de purifier le privilège de ne pas s'incriminer et de le dépouiller de tous ses aspects civils. Avant 1806, on croyait qu'un témoin pouvait invoquer ce privilège pour refuser de répondre à une question qui pourrait engager sa responsabilité civile dans des domaines autres que la confiscation ou l'amende. La *Witness Declaratory Act* (R.-U.), 46 Geo. III, chap. 37, a aboli le droit de refuser de répondre aux questions tendant à établir la responsabilité civile du témoin sauf dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation. En 1968, suite à une recommandation du 16e rapport du Law Reform Committee, la *Civil Evidence Act 1968* (R.-U.), 1968, chap. 64, a aboli le privilège de refuser de répondre aux questions ou de produire des documents en matière de confiscation (al. 16(1)*a*)), mais l'a maintenu dans les procédures en recouvrement d'une amende (par. 14(1)). Lord Denning traite de cette évolution du droit anglais dans l'arrêt *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547, à la p. 563. Ni le par. 14(1) ni lord Denning dans l'arrêt *Rio Tinto Zinc* ne font état de la pratique concernant les interrogatoires préalables et le statut de cette ancienne règle de pratique en Angleterre n'est pas clair.

Au Canada, ces règles ont connu des hauts et des bas. Dans l'arrêt *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (C.A.C.-B.), le juge Wilson a fait

of logic in a rule which impedes the ascertainment of truth. Although he recognized the existence of the rule in forfeiture cases, he stated, at p. 414:

> ... that I do not seek to extend the application of this curious rule which, despite its general approval in the cases cited, seems to me an anomalous one allowing a man to deny in his pleadings that he has broken a contract, and subsequently to refuse to answer on oath questions relating to his denial.

The Court of Appeal reversed Wilson J. While acknowledging the existence of the rule, the Court severely limited its application by restricting it to a case seeking to bring about a forfeiture. Since a forfeiture had already been accomplished, the Crown was held to be entitled to discovery in order to support its case.

The Ontario Divisional Court in *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343, allowed discovery in an action to recover a penalty for violation of the *Alien Labour Act*, S.C. 1896-97, c. 11. The majority was of the view that with the enactment of s. 5 of the *Canada Evidence Act* which required a witness to answer questions tending to subject the witness to an action for a penalty or forfeiture, *inter alia*, the foundation for the existence of the rule disappeared. Rose J., dissenting, was of the view that a person examined for discovery was not a witness within the meaning of s. 5 and therefore his or her rights were untouched by the enactment of s. 5. The rule has also been referred to in several other Canadian cases. See, for example, *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.); and *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308.

In my opinion none of the three rules has any basis in our law. They were grounded in a policy from a bygone era, a policy which does not exist in Canada today. With respect to actions of forfeiture, the rules applied only to forfeiture of land or

allusion, au procès, à l'absence de logique dans une règle qui empêche de découvrir la vérité. Bien qu'il ait reconnu l'existence de la règle dans les cas de confiscation, il a affirmé, à la p. 414:

> [TRADUCTION] ... je ne veux pas étendre l'application de cette règle étrange qui, malgré l'approbation générale dont elle fait l'objet dans les décisions mentionnées, me semble anormale du fait qu'elle permet à une personne de nier, dans ses actes de procédure, qu'elle a violé un contrat et de refuser ensuite de répondre, sous serment, à des questions qui portent sur cette négation.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge Wilson. Tout en reconnaissant l'existence de la règle, la cour en a sévèrement restreint l'application aux cas visant à réaliser une confiscation. Puisque la confiscation avait déjà eu lieu, la cour a conclu que la poursuite avait le droit de tenir un interrogatoire préalable à l'appui de sa cause.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a, dans la décision *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343, autorisé la tenue d'un interrogatoire préalable dans une action intentée en vue de recouvrer une amende infligée pour la violation de l'*Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains*, S.C. 1896-97, chap. 11. Les juges formant la majorité étaient d'avis que l'existence de la règle n'était plus justifiée depuis l'adoption de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui obligeait un témoin à répondre aux questions qui l'exposaient à une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation notamment. Le juge Rose, dissident, était d'avis qu'une personne interrogée au préalable n'était pas un témoin au sens de l'art. 5 et que, par conséquent, ses droits n'étaient pas touchés par l'adoption de l'art. 5. On a également fait mention de la règle dans plusieurs autres décisions canadiennes. Voir, par exemple, les décisions *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330, *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287, *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (C. div.), et *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308.

À mon avis, aucune des trois règles n'est justifiée dans notre droit. Elles étaient fondées sur une politique d'une époque révolue, une politique qui n'a pas cours au Canada aujourd'hui. En ce qui concerne les actions en exécution d'une confisca-

an interest in land. Any policy against actions for forfeiture is contained in various statutory provisions empowering the Court to grant relief from forfeiture and penalties. Section 111 of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, is one example of such a provision. Actions by informers are extinct and in any event this is not an action by an informer but by the Crown. Moreover the enforcement of the first two rules against discovery in actions for forfeitures and penalties is out of keeping with the practice in our courts to widen all avenues of discovery. This policy is reflected in the *Federal Court Rules*, including Rule 465, which does not contain any exception which would exempt an officer of a corporation from being examined for discovery in an action for forfeiture or penalty. Indeed, it does not contain such an exception in the case of an individual. As for the third rule, as noted above, the privilege of a witness against self-incrimination was replaced by s. 5 of the *Canada Evidence Act*. For these reasons, I am prepared to find, as did the High Court of Australia in that country, that any shadowy existence which these rules may have enjoyed in Canada was terminated by the broad discovery provisions of Rule 465 of the Federal Rules and s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

tion, les règles ne s'appliquaient qu'à la confiscation d'un bien-fonds ou à la déchéance d'un droit sur celui-ci. Toute politique interdisant les actions en exécution d'une confiscation se trouve dans diverses dispositions législatives qui permettent au tribunal d'accorder un redressement contre la confiscation et les amendes. L'article 111 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, constitue un exemple d'une telle disposition. Les actions intentées par des dénonciateurs n'existent plus et, quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas d'une action intentée par un dénonciateur mais par Sa Majesté. De plus, l'application des deux premières règles interdisant l'interrogatoire préalable dans les actions en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende n'est pas conforme à la pratique de nos tribunaux qui consiste à élargir tous les moyens de procéder à la tenue d'un interrogatoire préalable. Cette politique ressort des *Règles de la Cour fédérale*, notamment de la règle 465 qui ne prévoit aucune exception à l'interrogatoire préalable d'un dirigeant d'une société dans une action en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende. Cette règle ne prévoit même pas l'application d'une telle exception dans le cas d'un particulier. Quant à la troisième règle, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a, comme nous l'avons déjà mentionné, remplacé le privilège d'un témoin de ne pas s'incriminer. Pour ces motifs, je suis disposé à conclure, comme l'a fait la Haute Cour d'Australie dans ce pays, que les dispositions générales de la règle 465 des *Règles de la Cour fédérale* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* concernant l'interrogatoire préalable ont mis fin à l'existence nébuleuse que peuvent avoir eu ces règles au Canada.

Ground 3: Rule 465

For the reasons stated under ground 2 this submission fails.

Troisième moyen: La règle 465

Pour les motifs exposés relativement au deuxième moyen, cet argument ne peut être retenu.

Ground 4: Sections 11(*c*) and 7 of the *Charter*

Section 11(*c*) provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

Quatrième moyen: L'alinéa 11*c*) et l'art. 7 de la *Charte*

L'alinéa 11*c*) prévoit:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

(*c*) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

In order to obtain the benefit of this section of the *Charter* the respondent must establish that it is:

(a) a person;

(b) charged with an offence; and

(c) a witness in proceedings against that person.

With respect to (a) it is neither necessary nor desirable in this case to decide that under no circumstances may a corporation avail itself of the provisions of s. 11. I am also prepared to assume without deciding that the proceedings in question are such that the requirement in (b) is satisfied. In my opinion, however, a corporation cannot be a witness and therefore cannot come within s. 11(*c*).

Pre-*Charter* cases, including the decision of this Court in *R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, *supra*, held that an officer of a corporation who testifies in criminal proceedings against the corporation, is the witness. This principle applied equally to an officer who is the directing mind of the corporation. *Paterson* followed the decision of the Ontario Court of Appeal in *Corning Glass Works*, *supra*.

In *Paterson*, Chouinard J. stated, at p. 691:

> In my opinion, the fact that the manager like any other employee or agent of the operator who does any act or thing directed to the commission of an offence is himself a party and guilty of the offence, rather tends to show that the manager is, for the purposes of prosecution, a distinct person who could of course, as acknowledged by the appellant, seek for himself the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

The same thing may be said of an officer of the respondent on the examination for discovery. It would be startling to suggest that the officer, if asked a question the answer to which tended to incriminate him, could not avail himself of s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. If such protection is available, it must be because the officer is a witness. It is hard to rationalize that the officer is a witness and the

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

Pour bénéficier de la protection de cet article de la *Charte*, l'intimée doit établir qu'elle est:

a) une personne;

b) inculpée; et

c) un témoin dans une poursuite intentée contre elle.

En ce qui concerne l'al. a) il n'est ni nécessaire ni souhaitable de décider en l'espèce qu'en aucune circonstance une société ne peut invoquer les dispositions de l'art. 11. Je suis également disposé à tenir pour acquis, sans toutefois le décider, que la nature de la poursuite en question est telle que la condition de l'al. b) est remplie. J'estime cependant qu'une société ne peut être un témoin et ne peut donc être visée par l'al. 11*c*).

Les décisions rendues avant l'adoption de la *Charte*, y compris l'arrêt de cette Cour *R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, précité, ont reconnu que le dirigeant d'une société qui témoigne dans une poursuite criminelle contre la société est le témoin. Ce principe s'appliquait également à celui qui est l'âme dirigeante de la société. L'arrêt *Paterson* suivait l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Corning Glass Works*, précité.

Dans l'arrêt *Paterson*, le juge Chouinard affirme, à la p. 691:

> À mon avis, le fait que le gérant, comme tout autre employé ou mandataire de l'exploitant qui fait quelque acte ou chose en vue de la perpétration d'une infraction, est lui-même partie à l'infraction et en est coupable, tend plutôt à démontrer qu'aux fins de la poursuite, le gérant est une personne distincte qui pourrait évidemment, l'appelante le reconnaît, se prévaloir personnellement de la protection qu'accorde l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

On peut affirmer la même chose d'un dirigeant de l'intimée relativement à l'interrogatoire préalable. Il serait surprenant que ce dirigeant ne puisse invoquer l'art. 13 de la *Charte* et le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s'il se voyait poser une question tendant à l'incriminer. Si cette protection peut être invoquée, cela doit être parce que le dirigeant est un témoin. Il est difficile d'expliquer que le dirigeant est un témoin et que la

corporation is a witness. There is only one witness under examination and that is the entity that swore the oath and that would be subject to a penalty for perjury. That is not to say that a witness must be one capable of taking an oath, but where the evidence is sworn evidence, it is my view that the *Charter* intended to protect the person who swore the oath.

It is true that following the above-quoted statement, Chouinard J. quotes with approval a passage from the decision of Arnup J.A. in *Corning Glass Works*, *supra*, in which a distinction is made between a witness at trial and a witness on discovery. In my opinion neither Chouinard J. nor Arnup J.A. went so far as to find that, when an officer of a corporation testifies on an examination for discovery of the corporation, the corporation is a witness. Arnup J.A. made the statement referred to in distinguishing two cases which were cited for the proposition that a corporation should not be compelled through its officers to incriminate itself. The first case was *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831, a decision of the Alberta Court of Appeal, and the second was *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395, a decision of the English Court of Appeal which followed the *Webster* case. Neither of these cases accorded the privilege to the corporate party seeking to resist discovery on the basis that the corporation in question was a witness. Indeed, in the *Webster* case, it was expressly held that the party being examined was not a witness (*supra*, at p. 834). The corporate parties were entitled to resist discovery because the common law privilege was not limited to a protection of witnesses. It is clear therefore that in drawing a distinction between the role of an officer on discovery and at trial, Arnup J.A. was not suggesting that in the cases referred to above the corporate parties were witnesses. Rather he was observing that the common law privilege accorded to corporations in those cases could be justified on the ground that on an examination for discovery of an officer of a corporation, the corporation is supplying most of the information. As stated

société est également un témoin. Il n'y a qu'un seul témoin qui subit l'interrogatoire et c'est l'entité qui a prêté serment et qui est passible de sanction en cas de parjure. Cela ne veut pas dire qu'il faut être capable de prêter serment pour être témoin mais si le témoignage est rendu sous serment, j'estime que la *Charte* a pour but de protéger la personne qui a prêté serment.

Il est vrai qu'à la suite du passage reproduit précédemment, le juge Chouinard cite et approuve un extrait des motifs du juge Arnup dans l'affaire *Corning Glass Works*, précitée, où on fait une distinction entre le témoignage rendu à l'audience et celui rendu à l'interrogatoire préalable. À mon avis, ni le juge Chouinard ni le juge Arnup ne sont allés jusqu'à dire que lorsque le dirigeant d'une société témoigne à un interrogatoire préalable de la société, celle-ci est un témoin. Le juge Arnup a fait cette remarque que nous avons mentionnée en distinguant deux arrêts qui avaient été cités à l'appui de l'affirmation qu'une société ne devrait pas être contrainte de s'incriminer par l'intermédiaire de ses dirigeants. Le premier est l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831, et le deuxième est l'arrêt *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395, qui a été rendu par la Cour d'appel de l'Angleterre et qui suivait l'arrêt *Webster*. Dans aucun de ces arrêts le tribunal n'a accordé le privilège à la société partie à l'instance qui tentait de s'opposer à l'interrogatoire préalable pour le motif que la société en question était un témoin. On a même conclu expressément, dans l'arrêt *Webster*, que la partie interrogée n'était pas un témoin (précité, à la p. 834). Les sociétés parties à l'instance avaient le droit de s'opposer à l'interrogatoire préalable parce que le privilège de *common law* n'était pas restreint à la protection des témoins. Il est donc clair qu'en établissant une distinction entre le rôle d'un dirigeant à l'audience et son rôle à l'interrogatoire préalable, le juge Arnup ne laissait pas entendre que, dans les arrêts mentionnés précédemment, les sociétés parties à l'instance étaient des témoins. Il faisait plutôt observer que le privilège de *common law* accordé aux sociétés dans ces arrêts pouvait se justifier par le fait qu'à l'interrogatoire préalable d'un dirigeant d'une société, c'est

above, this privilege is now replaced by the provisions of s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

Similarly, in *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309, relied on by the respondent, the privilege asserted was a common law privilege. Since the Court found s. 5 of the *Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, c. 113, to be *ultra vires* the province as being in relation to criminal procedure, the common law applied. Indeed it was held in that case that officers of a corporation are witnesses. Rand J., in his concurring judgment, stated at p. 317:

> A witness, in a broad sense, is one who, in the course of juridical processes, attests to matters of fact; and in the multiplying procedures directed to the elicitation of such matters, the object of the statute, dealing as it does with a basic right, would be defeated by limiting its protection to part only of coerced disclosure. Since, as assumed by all parties, the Province is within its jurisdiction in that compulsion, I have no difficulty in interpreting the challenged word to extend to one of the most effective instruments to the function of litigation.

While this Court held that at common law the privilege could be claimed on behalf of a corporation, that was not because the corporation was a witness.

In my view, it would strain the interpretation of s. 11(*c*) if an artificial entity were held to be a witness. Such a metamorphosis could not be justified on the basis that the rules of evidence on an examination for discovery do not restrict the person testifying to personal knowledge. That person may answer questions based on belief as well as on information obtained from the corporation. There are many proceedings where witnesses are permitted similar latitude. I need only mention public inquiries and proceedings before administrative tribunals to illustrate the point. Traditionally, witnesses in these proceedings have been accorded the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act* (see, for example, *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152). The mere fact that rules of evidence permit greater latitude in the source of the information which the witness imparts to the tribunal does not

celle-ci qui fournit la plupart des renseignements. Comme nous l'avons déjà affirmé, ce privilège est maintenant remplacé par les dispositions de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

De même, dans l'arrêt *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309, invoqué par l'intimée, le privilège invoqué était un privilège de *common law*. Puisque la Cour a conclu que l'art. 5 de l'*Evidence Act*, R.S.B.C. 1948, chap. 113, outrepassait la compétence de la province parce que relatif à la procédure criminelle, la *common law* s'appliquait. En fait, on a conclu dans cet arrêt que les dirigeants d'une société sont des témoins. Dans ses motifs concordants, le juge Rand affirme, à la p. 317:

> [TRADUCTION] Le témoin, au sens large, est celui qui, au cours du processus juridique, témoigne sur des questions de fait; et, par les multiples procédures visant à éclaircir ces questions, l'objet de la loi, qui traite d'un droit fondamental, ne serait pas atteint si on en limitait la protection à une partie seulement de la divulgation forcée. Puisque, comme le présument les parties, cette contrainte relève de la compétence de la province, je n'ai aucun mal à interpréter le terme contesté comme s'étendant à l'un des mécanismes les plus efficaces du procès.

Bien que cette Cour ait conclu qu'en *common law* le privilège pouvait être invoqué au nom d'une société, ce n'était pas parce que la société était un témoin.

À mon avis, ce serait forcer l'interprétation de l'al. 11*c*) que de conclure qu'une entité artificielle est un témoin. Cette métamorphose ne saurait être justifiée par le motif que les règles de preuve à l'interrogatoire préalable n'imposent pas à une personne l'obligation de ne témoigner que sur des faits dont elle a une connaissance personnelle. Cette personne peut répondre aux questions en se fondant sur son opinion ainsi que sur des renseignements provenant de la société. Il existe plusieurs types de procédures où on laisse aux témoins une latitude semblable. Qu'il me suffise de mentionner les enquêtes publiques et les procédures devant les tribunaux administratifs pour illustrer ce point. Dans ces procédures, on a toujours accordé aux témoins la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir, par exemple, l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152). Le simple fait que les

have the effect of transforming the source into a witness.

Applying a purposive interpretation to s. 11(*c*), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

In the United States it was this factor which was largely responsible for denying Fifth Amendment protection to corporations. The American situation is summed up in the following statement from Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, at p. 459:

> Apart from this substantial obstacle, it appears that the most sensible way of resolving issues about the application of *Charter* provisions to corporations is to interpret them purposively. Even on this basis, section 13 should not be held to extend to corporations through the expedient of considering certain corporate officers to be the corporation for the purpose of testifying. This is because the principle that an accused should never be conscripted by his opponent to defeat him does not extend to corporations in a meaningful way. As stated in *Wigmore on Evidence* in recounting the American position which holds the privilege against self-incrimination to be inapplicable to corporations, "[t]his sentiment ... is almost entirely confined to flesh-and-bone individuals." Why? Because it has to do with the intrinsic value of human beings and the necessity of according them a meaningful right to privacy until the real prospect of their guilt is raised so that they will truly be free. "[A] corporation, unlike an individual, cannot suffer the indignities prohibited by the amendment's protection of the accused's person and thoughts."

Although this is said in reference to s. 13 of the *Charter*, it is equally applicable in relation to s. 11(*c*).

It was the absence of this critical factor that, no doubt, was the underlying rationale for the decisions in *Corning Glass Works* and *Paterson*,

règles de preuve permettent une plus grande latitude concernant la source des renseignements que le témoin communique au tribunal n'a pas pour effet de transformer cette source en témoin.

Appliquant à l'al. 11*c*) une interprétation fondée sur l'objet visé, je suis d'avis que cette disposition vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Bien qu'il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Aux États-Unis, c'est ce facteur qui explique en grande partie le refus d'appliquer la protection du Cinquième amendement aux sociétés. La situation américaine est résumée dans le passage suivant de Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, à la p. 459:

> [TRADUCTION] Sous réserve de cet obstacle de taille, il appert que la façon la plus logique de régler les litiges que soulève l'application des dispositions de la *Charte* aux sociétés est de les interpréter en fonction de leur objet. Même si l'on procède ainsi, on ne devrait pas conclure que l'article 13 s'applique aux sociétés en considérant que certains de leurs dirigeants sont la société aux fins de témoigner. Et ce, parce que le principe qu'un accusé ne devrait jamais être conscrit contre lui-même par son adversaire pour le vaincre ne s'étend pas aux sociétés d'une manière significative. Comme on l'affirme dans *Wigmore on Evidence* en rappelant la position américaine selon laquelle le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas aux sociétés «[c]e sentiment [. . .] est presque entièrement réservé aux personnes physiques.» Pourquoi? Parce qu'il se rapporte à la valeur intrinsèque des êtres humains et à la nécessité de leur accorder un droit significatif à la vie privée jusqu'à ce que soit soulevée la perspective réelle de leur culpabilité afin qu'ils soient véritablement libres. «[U]ne société, contrairement à un individu, ne peut subir les affronts qui sont interdits par la protection qu'offre l'amendement à la personne de l'accusé et à ses pensées.»

Bien que ce passage se rapporte à l'art. 13 de la *Charte*, il s'applique tout aussi bien à l'al. 11*c*).

Il ne fait aucun doute que le raisonnement sous-jacent des arrêts *Corning Glass Works* et *Paterson*, précités, découle de l'absence de ce facteur

supra. By virtue of these decisions, the common law right against compellability at trial at the instance of the Crown was wholly removed from corporations. These cases were well known and in my opinion the language of s. 11(*c*) is quite inapt if it were intended to overrule them. On the contrary, by using the word "witness", the framers of the *Charter* preserved that principle of those cases. If the corporation is compellable at trial through its officers it is difficult to rationalize the purpose of conferring on the corporation a protection on discovery. No affront to dignity or privacy is avoided by denying to the Crown on discovery what can be obtained at trial by the simple expedient of calling the relevant officers to testify.

Canadian judicial opinion to date, although sparse on this subject, supports the view that I have expressed. In *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77, at p. 91, Sutherland J. stated:

> ... the accused corporation, not being a witness or a person that ever could be a witness, is not a "person" that can benefit from s. 11(*c*) of the Charter.

In *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97, all three members of the British Columbia Court of Appeal agreed on this point. Nemetz C.J.B.C. stated, at p. 103:

> It can readily be seen that some paragraphs of s. 11 can apply to a corporation and others cannot. Obviously, s. 11(*e*) providing for bail is inapplicable. In that context "person" means an individual and does not include a corporation. Likewise, para. (*c*) is inapplicable.

Seaton J.A., although dissenting, agreed on this point stating, at p. 108:

> The Crown says that paras. (*c*) and (*e*) cannot be applicable to a corporation, and that is so. It does not follow that the words "Any person charged with an offence" do not include corporations. In my view they do. But paras. (*c*) and (*e*) deal with rights that are not applicable to a corporation because they cannot be

crucial. Ces arrêts ont eu pour effet de retirer complètement aux sociétés le droit de *common law* de ne pas être contraintes de témoigner à la demande de la poursuite au procès. Ces décisions sont bien connues et j'estime que, si l'al. 11*c*) avait pour but de les rejeter, sa formulation ne le permet certainement pas. Au contraire, en utilisant le mot «témoigner», les rédacteurs de la *Charte* ont préservé le principe de ces décisions. Si la société peut être contrainte de témoigner au procès par l'intermédiaire de ses dirigeants, il est difficile d'expliquer pourquoi la société se verrait accorder une protection à l'interrogatoire préalable. On ne prévient aucune atteinte à la dignité ou à la vie privée en empêchant la poursuite d'obtenir à l'interrogatoire préalable ce qu'elle peut obtenir au procès en citant les dirigeants compétents comme témoins.

Bien que rare, la jurisprudence canadienne qui existe à ce jour sur le sujet appuie l'opinion que j'ai exprimée. Dans la décision *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77, le juge Sutherland affirme, à la p. 91:

> [TRADUCTION] ... la société accusée, n'étant pas un témoin ni une personne qui pourrait jamais être témoin, n'est pas une «personne» qui peut bénéficier de l'al. 11*c*) de la Charte.

Dans l'arrêt *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97, les trois membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se sont accordés sur ce point. Le juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique affirme, à la p. 103:

> [TRADUCTION] Il est facile de constater que certains alinéas de l'art. 11 peuvent s'appliquer à des sociétés alors que d'autres ne le peuvent pas. De toute évidence, l'al. 11*e*) relatif à la mise en liberté sous caution ne s'applique pas à une société. Dans ce contexte, le terme «inculpé» désigne une personne physique et ne comprend pas une société. De la même façon, l'al. *c*) ne s'applique pas.

Le juge Seaton de la Cour d'appel, bien que dissident, s'est dit d'accord sur ce point en affirmant, à la p. 108:

> [TRADUCTION] La poursuite affirme que les al. *c*) et *e*) ne peuvent s'appliquer à une société et il en est ainsi. Il ne s'ensuit pas que l'expression «Tout inculpé» ne vise pas les sociétés. À mon avis, elle les vise. Mais les al. *c*) et *e*) concernent des droits qui ne s'appliquent pas à une société parce que celle-ci ne peut en jouir. Ce sont des

enjoyed by a corporation. They are rights that everyone has but which a corporation does not need.

Finally, Anderson J.A. at p. 115 comments:

Section 11(*c*) does not apply to a corporation because a corporation cannot be a witness.

Accordingly, I am in respectful disagreement with the Federal Court of Appeal that the respondent can obtain the benefit of s. 11(*c*). The answer therefore to the first constitutional question is no. The second constitutional question by its terms need not be answered.

The respondent also sought leave of this Court to rely on s. 7 of the *Charter*. Section 7 was raised for the first time in this Court. The applicant has not complied with Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, as amended, requiring that a constitutional question be stated when a constitutional issue is raised. In my opinion, given the importance of s. 7 of the *Charter*, a decision should not be rendered with respect to its operation without the opinion of the courts below and without affording possible interveners the opportunity to participate in the proceedings.

Ground 5: Duty and Taxes

In ground 5 the respondent resisted attempts by the appellant to characterize part of its claim as being one for duties and taxes. In view of this disposition, it is unnecessary to deal with this point.

Ground 6: Place of Examination

The respondent contends that in lieu of fixing the place of the examination for discovery, Reed J. improperly delegated this responsibility to the examiner. While Rule 465(7) authorizes an examiner to issue a signed appointment fixing the time and place of the examination, Rule 465(12) applies where the individual to be questioned is outside of Canada. Accordingly, I agree that Reed J. ought to have fixed the place of examination after affording the parties an opportunity to make representation and file any additional material

droits que chacun possède mais dont une société n'a pas besoin.

Enfin, le juge Anderson de la Cour d'appel fait la remarque suivante, à la p. 115:

[TRADUCTION] L'alinéa 11*c*) ne s'applique pas à une société parce qu'une société ne peut être témoin.

En toute déférence, je suis donc en désaccord avec la Cour d'appel fédérale qui a conclu que l'intimée pouvait bénéficier de l'al. 11*c*). Par conséquent, la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative. En raison de sa formulation, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

L'intimée a également demandé à cette Cour l'autorisation d'invoquer l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 a été soulevé pour la première fois en cette Cour. La requérante n'a pas respecté l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, et ses modifications, qui exige qu'une question constitutionnelle soit formulée lorsqu'un litige d'ordre constitutionnel est soulevé. À mon avis, compte tenu de l'importance de l'art. 7 de la *Charte*, une décision concernant son application ne devrait pas être rendue sans obtenir l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sans accorder aux intervenants éventuels la possibilité de participer aux procédures.

Cinquième moyen: Droits et taxes

L'intimée par son cinquième moyen s'est opposée aux tentatives de l'appelante de qualifier une partie de sa demande comme visant le paiement de droits et de taxes. Compte tenu de ma décision, il n'est pas nécessaire de traiter de cette question.

Sixième Moyen: Lieu de l'interrogatoire préalable

L'intimée soutient que le juge Reed a eu tort de déléguer à l'examinateur la responsabilité de déterminer le lieu de l'interrogatoire préalable, plutôt que de le faire elle-même. Bien que la règle 465(7) permette à l'examinateur de délivrer une convocation signée fixant la date, l'heure et le lieu de l'interrogatoire, la règle 465(12) s'applique lorsque l'individu qui doit être interrogé est à l'extérieur du Canada. Par conséquent, je suis d'accord pour dire que le juge Reed aurait dû fixer le lieu de l'interrogatoire préalable après avoir

required. No special application, however, was required by the appellant. Reed J. could have so ordered on request, and indeed, on her own motion (see *Rasins v. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 F.C. 729). In the absence of agreement as to the place of examination, this aspect of the matter should be remitted to Reed J. to fix the place of examination in accordance with Rule 465(12).

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside and the order of Reed J. is restored. In the absence of agreement between the parties, the matter is remitted to Reed J. to fix the place of examination in accordance with Rule 465(12). The appellant is awarded costs of the appeal to the Federal Court of Appeal and to this Court.

Appeal allowed with costs; the first constitutional question should be answered in the negative.

Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervener: Richard F. Chaloner, Toronto.

accordé aux parties la possibilité de formuler des observations et de déposer tout autre document supplémentaire requis. L'appelante n'a cependant formulé aucune demande particulière. Le juge Reed aurait pu rendre une telle ordonnance sur demande ou de son propre chef (voir la décision *Rasins c. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 C.F. 729). En l'absence d'une entente quant au lieu de l'interrogatoire préalable, cet aspect de l'affaire devrait être renvoyé au juge Reed pour qu'elle détermine le lieu de cet interrogatoire conformément à la règle 465(12).

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé et l'ordonnance du juge Reed rétablie. En l'absence d'une entente entre les parties, l'affaire est renvoyée au juge Reed pour qu'elle détermine le lieu de l'interrogatoire préalable conformément à la règle 465(12). L'appelante a droit à ses dépens en Cour d'appel fédérale et en cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Procureur de l'appelante: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Richard F. Chaloner, Toronto.

William Clyde Hubert Hayes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HAYES

File No.: 19980.

1988: October 6; 1989: January 19.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Criminal law — Miscarriage of justice — Conviction appealed — Transcript of evidence — Gaps in transcript of trial — One gap involving portion of charge to jury — Whether or not want of complete transcript amounting to miscarriage of justice warranting new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 609(2), 613(1)(a)(iii).

Criminal law — Evidence — Accomplices — Uncorroborated evidence of accomplice — Charge to jury — Circumstances in which trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting such evidence.

Appellant and another were charged with first degree murder and tried separately. The dispute primarily concerned the respective roles of appellant and the co-accused: each accused the other of robbing and fatally stabbing the victim. Appellant was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty-five years. The co-accused was convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty years.

Appellant appealed his conviction. A malfunction of the transcribing equipment resulted in gaps in the transcription of the proceedings received prior to the appeal hearing. One gap related to the judge's charge to the jury. It was filled by a narrative supplied by the trial judge based on his notes.

Two principal issues were raised in this appeal. The first involves whether the inability to prepare a proper and full transcript of the trial proceedings prior to an appeal comprises a miscarriage of justice warranting a new trial. The second issue addresses the circumstances in which a trial judge need explicitly warn a jury of the

William Clyde Hubert Hayes *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HAYES

N° du greffe: 19980.

1988: 6 octobre; 1989: 19 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

Droit criminel — Erreur judiciaire — Appel de la déclaration de culpabilité — Transcription de la preuve — Lacunes dans la transcription du procès — Passage manquant dans l'exposé au jury — L'absence de transcription complète constitue-t-elle une erreur judiciaire donnant ouverture à un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 609(2), 613(1)a)(iii).

Droit criminel — Preuve — Complices — Témoignage non corroboré d'un complice — Exposé au jury — Circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

L'appelant et une autre personne ont été accusés de meurtre au premier degré et ont subi leur procès séparément. Le différend portait essentiellement sur les rôles respectifs de l'appelant et du coaccusé: chacun a accusé l'autre d'avoir volé la victime et de l'avoir poignardée. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans pouvoir obtenir de libération conditionnelle avant vingt-cinq ans. Le coaccusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans pouvoir obtenir de libération conditionnelle avant vingt ans.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. La transcription du procès transmise avant l'audition de l'appel comportait des lacunes en raison du mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription. Une de ces lacunes était un passage de l'exposé du juge au jury. Elle a été remplacée par un résumé fourni par le juge et fondé sur ses propres notes.

Le pourvoi soulève deux questions principales. La première consiste à déterminer si l'incapacité de préparer une transcription adéquate et complète des procédures du procès avant l'audition d'un appel constitue une erreur judiciaire qui justifie la tenue d'un nouveau procès. La seconde porte sur les circonstances dans

dangers of accepting uncorroborated testimony of an accomplice.

Held (McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: No miscarriage of justice occurred in the circumstances of this case. The appellant had a just and fair trial before his peers. A new trial need not be ordered for every gap in a transcript. As a general rule, there must be a serious possibility that there was an error in the missing portion of the charge, or that the omission deprived the appellant of a ground of appeal.

The facts of this case do not meet this test. There was no "serious possibility of error" in the missing portion of the charge to the jury. The notes of the trial judge were no doubt accurate, the jury had copies of the *Criminal Code* provisions, and no objection was made by counsel to the charge.

There is no "fixed and invariable rule" regarding the appropriate charge with respect to the testimony of accomplices. Rather, an approach tailored to the particular case should be adopted instead of assuming that all accomplices are inherently untrustworthy as witnesses. The trial judge here drew the jury's attention to the fact that the co-accused was an accomplice and this warning, combined with the discretion allowed the trial judge with respect to the testimony of an accomplice, was sufficient to dismiss the second ground of appeal. The failure to give a clearer or sharper warning than the one given could not have resulted in a miscarriage of justice.

Per McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. (dissenting): While section 609(2) clearly requires that a record of trial proceedings be kept, not every failure to comply with its reporting requirements will automatically entitle an appellant to a new trial. The effect of the gaps must be considered in relation to any possible prejudice to an appellant's ability to appeal a conviction. As a general rule, a new trial will only be ordered where there is some reason to believe that there may possibly have been an error in the passage of the charge which was missing or that the omission otherwise may have deprived the appellant of a ground of appeal.

The statutory requirements of s. 609(2)(*b*) were clearly violated here and the summary based in part on the trial judge's notes and provided by him had no curative effect. Appeals based upon allegedly inaccurate charges

lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

Arrêt (les juges McIntyre, Lamer et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: Il n'y a eu aucun déni de justice dans les circonstances de cette affaire. L'appelant a eu un procès juste et équitable devant ses pairs. Un nouveau procès ne sera pas ordonné chaque fois qu'une transcription est incomplète. De façon générale, il doit y avoir une possibilité sérieuse que la partie manquante de la transcription contienne une erreur, ou que cette omission ait privé l'appelant d'un moyen d'appel.

Les faits de la présente instance ne rencontrent pas ce test. Il n'y a aucune «possibilité sérieuse d'erreur» dans la portion manquante de l'exposé au jury. Les notes du juge de première instance présentent certainement un récit fidèle de son exposé, le jury a reçu copie des articles pertinents du *Code criminel* et l'avocat de l'appelant n'a pas formulé d'objection quant à l'exposé.

Il n'existe pas de «règle fixe et invariable» pour l'exposé relativement au témoignage des complices. Au contraire, il convient de choisir une approche adaptée aux circonstances de chaque cas au lieu de présumer que le témoignage des complices est nécessairement non digne de foi. Dans la présente affaire, le juge du procès a attiré l'attention des jurés sur le fait que le coaccusé était un complice et cette mise en garde, à la lumière de la discrétion accordée au juge du procès quant au témoignage d'un complice, est suffisante pour rejeter le deuxième moyen d'appel. L'absence d'une mise en garde plus claire et précise que celle qui a été donnée ne peut avoir causé un déni de justice.

Les juges McIntyre, Lamer et Sopinka (dissidents): Bien que le par. 609(2) impose clairement l'obligation de conserver une transcription des procédures du procès, chaque inobservation des conditions concernant la transcription ne donne pas automatiquement à l'appelant le droit à un nouveau procès. Il faut considérer l'effet des lacunes de la transcription du point de vue de toute atteinte possible à la capacité de l'appelant d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité. En règle générale, un nouveau procès ne sera ordonné que s'il y a des motifs de croire qu'il a pu y avoir erreur dans la partie manquante de l'exposé ou que l'omission a pu par ailleurs priver l'appelant d'un motif d'appel.

Il est clair que les exigences de l'al. 609(2)*b*) ont été violées et le résumé fourni par le juge de première instance et fondé en partie sur ses propres notes n'a aucun effet curatif. Les appels fondés sur des exposés au

to the jury often turn on a few specific words, or specific sentences. It is not clear that in delivering his charge the trial judge followed his notes verbatim. The third gap in the transcript involved the charge to the jury which is a central element of a murder trial and dealt with the elements or requirements of murder.

A clear and sharp warning as to the unreliability of the uncorroborated evidence of an accomplice ought to have been given in the special circumstances of this case.

Both the failure to properly charge the jury and the incomplete record of the proceedings by virtue of the gap in the transcript must be considered in assessing if there has been a miscarriage of justice. In the unique and special circumstances of this case, neither of the two grounds individually might have been sufficient to warrant a new trial but cumulatively they created an appearance of a miscarriage of justice.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Horvat (1977), 34 C.C.C. (2d) 73, leave to appeal refused [1977] 1 S.C.R. viii; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212, 213, 302, 609(2), 613(1)(*a*)(iii), (*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1985), 67 N.S.R. (2d) 234, dismissing an appeal from conviction by Burchell J. sitting with jury. Appeal dismissed, McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. dissenting.

Craig M. Garson, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—On the evening of Wednesday, October 5, 1983 an 80-year-old gen-

jury que l'on prétend inexacts portent souvent sur quelques mots ou phrases spécifiques. Il n'est pas certain qu'en faisant son exposé le juge du procès a suivi ses notes à la lettre. La troisième partie manquante de la transcription était une partie de l'exposé au jury qui est un élément central d'un procès pour meurtre, et qui traitait des éléments constitutifs du meurtre.

Une mise en garde claire et précise quant à l'absence de crédibilité du témoignage non corroboré d'un complice aurait dû être donnée dans les circonstances particulières de cette affaire.

Pour décider s'il y a eu erreur judiciaire, il faut considérer à la fois l'absence de mise en garde appropriée au jury et le caractère incomplet du dossier des procédures en raison des lacunes dans la transcription. Compte tenu des circonstances très particulières de cette affaire, aucun des deux moyens d'appel pris individuellement ne peut justifier à lui seul la tenue d'un nouveau procès, mais pris ensemble, ces deux moyens créent une apparence de déni de justice.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. v. Horvat (1977), 34 C.C.C. (2d) 73, autorisation de pourvoi refusée [1977] 1 R.C.S. viii; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212, 213, 302, 609(2), 613(1)*a*)(iii), *b*)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1985), 67 N.S.R. (2d) 234, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Burchell siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre, Lamer et Sopinka sont dissidents.

Craig M. Garson, pour l'appelant.

Kenneth W. F. Fiske, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Dans la soirée du mercredi 5 octobre 1983, un vieillard de 80 ans est

tleman, sitting in his car outside the Glace Bay public library, was approached by the appellant Hayes and Elmer King. The two youths asked him to drive them to a bootlegger. When they assured him he could not get into trouble for doing so, he consented. It cost him his life. At knife point, he was ordered to drive onto a deserted gravel road where he was robbed, stabbed repeatedly, and left to die.

Both the appellant Hayes and King were arrested and charged with first degree murder. They were tried in separate trials. At Hayes' trial, King testified that it was Hayes who fatally stabbed the deceased. Hayes did not testify at the subsequent trial of King. King was convicted of second degree murder. The jury in the Hayes trial took no time to deliver a guilty verdict. Hayes was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for twenty-five years.

The appellant appealed the conviction to the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court (1985), 67 N.S.R. (2d) 234. The appeal was dismissed by a unanimous bench of five judges.

The issue in this case is not murder: there was a murder. It is not premeditation: there was premeditation. The issues raised in this case concern essentially the charge of the trial judge to the jury and the problem of missing portions of the trial transcript.

The two questions to be dealt with by this Court are set out in the factum of the respondent as follows:

1. Did the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia err in law in holding that the inability of the Attorney General of Nova Scotia to prepare a proper transcript of the proceedings at trial did not result in a miscarriage of justice?

2. Did the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia err in law in holding that the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code could be used where at trial the learned trial Judge

approché par l'appelant Hayes et Elmer King alors qu'il est au volant de sa voiture, devant la bibliothèque municipale de Glace Bay. Les deux jeunes gens lui demandent de les conduire chez un contrebandier. Après avoir été rassuré qu'il ne s'attirerait pas d'ennuis, il consent à les y conduire. Cela devait lui coûter la vie. À la pointe du couteau, on l'oblige à se rendre sur une route de gravier déserte où on le vole, on le poignarde à plusieurs reprises et, blessé à mort, on l'abandonne à son sort.

L'appelant Hayes ainsi que King furent tous deux arrêtés et accusés de meurtre au premier degré. Ils subirent leur procès séparément. Au procès de Hayes, King témoigna que Hayes était l'auteur des coups de poignard mortels assenés à la victime. Hayes n'a pas témoigné au procès de King, procès qui a eu lieu subséquemment. King fut déclaré coupable de meurtre au second degré. Au procès de Hayes, le jury rendit rapidement un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré. Il fut condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans libération conditionnelle avant une période de vingt-cinq ans.

L'appelant s'est pourvu en appel contre ce verdict devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1985), 67 N.S.R. (2d) 234. Le pourvoi fut rejeté à l'unanimité par les cinq membres de la Cour.

La question dans la présente affaire n'est pas de savoir s'il y a eu meurtre: il y a eu meurtre. Elle n'est pas non plus de savoir s'il y a eu préméditation: il y a eu préméditation. Le débat porte uniquement sur l'exposé du juge au jury et le problème créé par l'absence d'une partie de la transcription des notes du procès.

L'intimée décrit comme suit les deux questions que soulève le présent litige.

[TRADUCTION] 1. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle erré en droit en décidant que le défaut du procureur général de la Nouvelle-Écosse d'effectuer une transcription fidèle de l'audition du procès n'a pas entraîné un déni de justice?

2. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle erré en décidant que les dispositions curatives du sous-al. 613(1)b)(iii) du Code criminel pouvaient être utilisées lorsque, lors du procès, le

failed to give the Jury a clear and sharp warning to attract their attention to the risks of adopting the evidence of the co-accused on a trial for first degree murder?

I am of the view that Macdonald J.A. of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, correctly disposed of the appeal.

In my opinion, no miscarriage of justice occurred in the circumstances of this case. The appellant had a just and fair trial before his peers. The jury, without need for lengthy deliberation, came to the conclusion that he was guilty of first degree murder.

The first two gaps in the transcript could not conceivably have prejudiced the appellant. They consisted essentially of conversations between the trial judge and counsel.

It is the third gap which is problematic. A portion of Burchell J.'s charge to the jury is missing from the transcript. Macdonald J.A. describes the gap as follows at p. 237 of his reasons:

> The last omission relates to the instructions given the jury by Mr. Justice Burchell on homicide, murder and robbery. The gap in the transcript was filled by a narrative supplied by the trial judge based on what his notes indicated was his charge on these matters. He subsequently certified that his charge to the jury was accurately set forth in the transcript of the proceedings as contained in the case on appeal.

A new trial need not be ordered for every gap in a transcript. As a general rule, there must be a serious possibility that there was an error in the missing portion of the transcript, or that the omission deprived the appellant of a ground of appeal.

In my view, the facts of this case do not meet this test. I see no "serious possibility of error" in the missing portion of the charge to the jury. I have no doubt that the notes of Burchell J. are an accurate account of the charge he gave to the jury. As Macdonald J.A. points out, the jury was provided with copies of the relevant *Criminal Code* sections. Further, immediately after Burchell J.'s

juge a omis d'effectuer une mise en garde claire et précise au jury sur les dangers d'accepter le témoignage d'un coaccusé dans un procès pour meurtre au premier degré?

J'estime que le juge Macdonald de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'a pas commis d'erreur dans la disposition de l'appel.

Je suis d'opinion qu'il n'y a eu aucun déni de justice dans les circonstances de cette affaire. L'appelant a eu un procès juste et équitable devant ses pairs. Le jury, sans avoir dû délibérer longuement, en est venu à la conclusion qu'il était coupable de meurtre au premier degré.

Il m'apparaît inconcevable que les deux premières lacunes dans la transcription aient pu causer un préjudice à l'appelant. Ces parties manquantes consistaient essentiellement en un dialogue entre le juge du procès et les avocats.

C'est la troisième qui fait problème. Une partie de l'exposé du juge Burchell au jury n'a pas été transcrite. Le juge Macdonald décrit ainsi cette lacune à la p. 237 de ses motifs:

> [TRADUCTION] La dernière partie manquante a trait aux directives données au jury par le juge Burchell relativement aux infractions d'homicide, de meurtre et de vol. La lacune dans la transcription a été comblée par une narration faite par le juge du procès fondée sur ce que ses notes indiquaient comme étant son exposé à cet égard. Il a par la suite attesté que son exposé au jury avait été adéquatement reproduit dans la transcription des procédures telle que contenue au dossier en appel.

Un nouveau procès ne sera pas ordonné chaque fois qu'une transcription est incomplète. De façon générale, il doit y avoir une possibilité sérieuse que la partie manquante de la transcription contienne une erreur, ou que cette omission ait privé l'appelant d'un moyen d'appel.

J'estime que les faits de la présente instance ne rencontrent pas ce test. Je ne vois pas de «possibilité sérieuse» d'erreur dans la portion manquante de l'exposé au jury. Je n'entretiens aucun doute que les notes du juge Burchell présentent un récit fidèle de son exposé au jury. Comme le souligne le juge Macdonald, le jury a reçu copie des articles pertinents du *Code criminel*. En outre, immédiate-

charge on the relevant law, and before he proceeded with the portion of the charge dealing with the evidence, Burchell J. recessed and asked counsel if they had any objections. It is important to note, as did Macdonald J.A., that counsel for the appellant at trial did not object to the charge with respect to the particular *Criminal Code* sections.

The second issue raised in this appeal has to do with the trial judge's charge to the jury relating to accomplice evidence. I would like to emphasize that this case illustrates the dangers and difficulties which may arise when co-accuseds are not jointly tried.

The decision of this Court in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, stands for the proposition that there was no "fixed and invariable rule" regarding the appropriate charge with respect to the testimony of accomplices. Instead of assuming that all accomplices are inherently untrustworthy as witnesses, Dickson J. (as he then was) advocated an approach tailored to the particular case. He wrote at p. 823:

> Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary.

In the present case, the trial judge drew the jury's attention to the fact that King was an accomplice to the accused Hayes. He stated:

> Now, I am sure your common sense and experience will tell you that it often happens when two persons are involved in some criminal activity that one will try to place the blame on the other to shield himself, sometimes for reasons of spite, sometimes for other reasons. There is also the possibility that where two persons are involved in a criminal activity, each, either at the same time or in turn, may attempt to place the blame on the other. These are possibilities that I am sure are obvious to you but you must have them in mind as you weigh the testimony that has been placed before you in your effort

ment après l'exposé du juge au jury sur la législation applicable et avant qu'il ne procède à cette partie de son exposé traitant de la preuve, le juge Burchell a ajourné et demandé aux avocats s'ils avaient des objections à formuler. Il importe de noter, comme l'a fait le juge Macdonald, que l'avocat de l'appelant au procès n'a pas formulé d'objection en ce qui concerne les articles applicables du *Code criminel*.

La deuxième question que soulève cet appel a trait à l'exposé du juge au jury relativement à la preuve de complicité. J'aimerais souligner ici que cette affaire illustre les dangers et les difficultés qui peuvent se soulever lorsque des coaccusés subissent des procès séparés.

L'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 indique qu'il n'existe pas de «règle unique et invariable» pour l'exposé relativement au témoignage des complices. Au lieu de présumer que le témoignage des complices est nécessairement non digne de foi, le juge Dickson (alors juge puîné) a préconisé une approche adaptée aux circonstances de chaque cas. Il a écrit à la p. 823:

> Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

Dans la présente affaire, le juge du procès a attiré l'attention des jurés sur le fait que King était le complice de l'accusé Hayes. Le juge a dit:

> [TRADUCTION] Alors, je suis sûr que votre bon sens et votre expérience vous diront qu'il arrive souvent, lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, que l'une tentera de jeter le blâme sur l'autre pour se protéger elle-même, quelquefois par dépit, quelquefois pour d'autres raisons. La possibilité existe aussi que lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, chacune, simultanément ou l'une après l'autre, puisse tenter de jeter le blâme sur l'autre. Ce sont là des éventualités qui, j'en suis sûr, vous paraissent évidentes mais vous devez les garder à l'esprit lorsque vous

to arrive at a determination as to which witnesses are to believed and to what extent they are to be believed.

In my view, this warning, combined with the discretion allowed by *Vetrovec*, *supra*, are sufficient to dismiss the second ground of appeal. On the facts of the present case I cannot see how the failure to give a clearer or sharper warning than the one given has resulted in a miscarriage of justice.

In the result, I do not find that the two grounds of appeal, either separately or in combination, give rise to the appearance of a failure of justice. I would accordingly dismiss the appeal.

The reasons of McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—Two principal issues were raised in this appeal. The first involves whether the inability to prepare a proper and full transcript of the trial proceedings prior to an appeal comprises a miscarriage of justice warranting a new trial. The second issue addresses the circumstances in which a trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting uncorroborated testimony of an accomplice.

Facts

Hayes was convicted of first degree murder in March 1984 before Burchell J. of the Nova Scotia Supreme Court and a jury. The appellant was sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for twenty-five years.

The circumstances giving rise to this charge and conviction concern the murder of Edmund Foster. On the evening of October 5, 1983, the deceased, Foster, agreed to drive the appellant and Elmer King to a bootlegger. After the three drove outside the town of Glace Bay, a knife was held to Foster and he was robbed of his wallet. King then drove the car off the main highway to a rather deserted location where Foster was repeatedly stabbed with a knife. Foster died at the scene as a result of these wounds. The appellant and King then drove the

pèserez les témoignages que vous avez entendus afin de déterminer quels témoins croire et dans quelle mesure ils peuvent être crus.

Je suis d'avis que cette mise en garde, à la lumière de la discrétion permise par *Vetrovec*, précité, est suffisante pour rejeter ce deuxième moyen d'appel. Compte tenu des faits de l'espèce, je ne peux pas voir comment l'absence d'une mise en garde plus claire et précise que celle-ci peut avoir causé un déni de justice.

Par conséquent, je ne crois pas que les deux moyens d'appel, traités séparément ou non, puissent donner ouverture à une apparence de déni de justice. En conséquence, je rejetterais l'appel.

Version française des motifs des juges McIntyre, Lamer et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Ce pourvoi soulève deux questions principales. La première consiste à déterminer si l'incapacité de préparer une transcription adéquate et complète des procédures du procès avant l'audition d'un appel constitue une erreur judiciaire qui justifie la tenue d'un nouveau procès. La seconde porte sur les circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

Les faits

Hayes a été déclaré coupable de meurtre au premier degré au mois de mars 1984 devant le juge Burchell de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et un jury. L'appelant a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable de vingt-cinq ans à sa libération conditionnelle.

Les circonstances à l'origine de cette accusation et de cette déclaration de culpabilité concernent le meurtre de Edmund Foster. Le soir du 5 octobre 1983, la victime, Foster, a accepté de conduire l'appelant et Elmer King chez un trafiquant d'alcool. Quand les trois furent à l'extérieur de la ville de Glace Bay, Foster, sous la menace d'un couteau, fut dépouillé de son portefeuille. King a alors pris le volant de la voiture et quitté la route principale en direction d'un endroit désert où Foster a été poignardé à plusieurs reprises. Foster

deceased's car back into Glace Bay where it was set on fire.

Both the appellant and King were subsequently arrested and charged with first degree murder relating to the death of Foster. At Hayes' trial, King testified that the robbery and murder were both carried out by Hayes. In turn, Hayes took the stand and claimed that it was King who robbed and fatally stabbed Foster. The dispute primarily concerned the respective roles of Hayes and King.

Following the conviction of the appellant, King was tried for murder relating to the same incident. The jury returned a verdict of guilt on second degree murder. King was sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty years.

The appellant launched an appeal of his conviction before the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court (*R. v. Hayes* (1985), 67 N.S.R. (2d) 234). However, when the transcripts of the trial were received prior to the appeal hearing, it was evident that there were gaps in the transcription of the proceedings. Apparently the gaps resulted from a malfunction of the transcribing equipment.

Incomplete Transcript

The first ground of appeal before this Court is that the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court erred in holding that the inability of the Attorney-General of Nova Scotia to provide a full transcript of the appellant's trial did not comprise a miscarriage of justice. Macdonald J.A. of the N.S.S.C.A.D. described the three gaps in the transcript as follows:

1. A discussion between counsel and Mr. Justice Burchell after the close of the second day of the trial.

2. A discussion between counsel and Mr. Justice Burchell with respect to the cross examination of the appellant on his juvenile record.

est décédé sur les lieux par suite de ces blessures. L'appelant et King ont alors ramené la voiture de Foster à Glace Bay et y ont mis feu.

L'appelant et King ont été arrêtés ultérieurement et accusés du meurtre au premier degré de Foster. Au procès de Hayes, King a témoigné que Hayes était l'auteur du vol et du meurtre. Témoignant à son tour, Hayes a affirmé que c'était King qui avait volé et poignardé mortellement Foster. Le différend portait essentiellement sur les rôles respectifs de Hayes et de King.

Après la déclaration de culpabilité de l'appelant, King a subi son procès pour meurtre à l'égard des mêmes événements. Dans son verdict, le jury a déclaré King coupable de meurtre au second degré. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable de vingt ans à sa libération conditionnelle.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (*R. v. Hayes* (1985), 67 N.S.R. (2d) 234). Cependant, lorsque la transcription du procès a été transmise avant l'audition de l'appel, on a constaté qu'il y avait des portions manquantes dans la transcription des procédures. Cela était apparemment dû au mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription.

La transcription incomplète

Selon le premier moyen d'appel devant cette Cour, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a commis une erreur en décidant que l'incapacité du procureur général de la Nouvelle-Écosse de fournir une transcription complète du procès de l'appelant ne constituait pas une erreur judiciaire. Le juge Macdonald de la Division d'appel a décrit les trois parties manquantes de la transcription de la façon suivante:

[TRADUCTION]

1. Une discussion entre l'avocat et le juge Burchell après la clôture de la deuxième journée d'audience au procès.

2. Une discussion entre l'avocat et le juge Burchell au sujet du contre-interrogatoire de l'appelant sur son dossier judiciaire juvénile.

3. A portion of Mr. Justice Burchell's charge to the jury on which he gave his initial instructions on **Code** s. 205 (homicide), s. 212 (murder), s. 213 (constructive murder) and s. 302 (robbery).

The *Criminal Code* requires that a transcript of the proceedings at trial be prepared. Section 609(2) provides:

609. . . .

(2) A copy or transcript of

(*a*) the evidence taken at trial,

(*b*) the charge to the jury, if any,

(*c*) the reasons for judgment, if any, and

(*d*) the addresses of the prosecutor and the accused or counsel for the accused by way of summing up, if

(i) a ground for the appeal is based upon either of the addresses, or

(ii) the appeal is pursuant to section 604,

shall be furnished to the court of appeal, except in so far as it is dispensed with by order of a judge of that court.

Clearly s. 609(2) establishes a mandatory requirement that a record of trial proceedings be kept. The breach of this provision was recognized by Macdonald J.A. in the court below. However the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court was not persuaded that the non-transcription of the three portions of the appellant's trial amounted to a miscarriage of justice.

Redress for non-compliance with s. 609(2) is provided for in s. 613(1)(*a*)(iii) of the *Criminal Code*:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

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

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

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

3. Une partie de l'exposé du juge Burchell au jury dans laquelle il a formulé ses premières directives au sujet de l'art. 205 (l'homicide), l'art. 212 (le meurtre), l'art. 213 (le meurtre par imputation) et l'art. 302 (le vol qualifié) du **Code**.

Le *Code criminel* exige la transcription des procédures du procès. Le paragraphe 609(2) prévoit:

609. . . .

(2) Une copie ou transcription

a) de la preuve recueillie au procès,

b) de l'exposé du juge au jury, s'il en est,

c) des motifs du jugement, s'il en est, et

d) des exposés du poursuivant et de l'accusé ou de l'avocat de l'accusé par voie de résumé,

(i) si un motif d'appel repose sur l'un ou l'autre des exposés, ou

(ii) si l'appel est en application de l'article 604,

doit être fournie à la cour d'appel, sauf dans la mesure où dispense en est accordée par ordonnance d'un juge de cette cour.

Le paragraphe 609(2) impose clairement l'obligation de conserver une transcription des procédures du procès. Le juge Macdonald a reconnu que cette disposition avait été violée. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'était cependant pas convaincue que l'absence de transcription des trois parties du procès de l'appelant constituait une erreur judiciaire.

Le redressement pour violation du par. 609(2) est prévu au sous-al. 613(1)*a*)(iii) du *Code criminel*:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

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

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(*b*) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment.

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (*a*), or

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

Macdonald J.A. concluded that the first two gaps in the transcript did not result in a miscarriage of justice. In my opinion, this conclusion is correct as it is inconceivable that these gaps could have prejudiced the appellant's appeal rights to any meaningful degree.

The third gap in the transcript is somewhat more problematic. The charge to the jury is obviously a central element of a murder trial. The malfunctioning of the recording equipment resulted in the absence of a portion of the charge to the jury by Burchell J. The gap included a review of ss. 205 and 212 relating to the requirements of murder. As well, the missing portion of the transcript included the charge relating to s. 302 (robbery) which is one of the underlying offences to s. 213 (constructive murder). It would appear that the full charge relating to s. 213 itself was properly transcribed.

Evidently, Burchell J. was notified of the gaps in the transcript as the following proviso appears at the point of the transcript where the tape was blank:

(Due to the fact that a portion of the tape is blank Justice Burchell has perused his notes and has made the following comments regarding the missing portion.)

Macdonald J.A. appeared to rely in part upon this narrative provided by the trial judge in hold-

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un quelconque des motifs mentionnés à l'alinéa *a*), ou

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

Le juge Macdonald a conclu que les deux premières parties manquantes de la transcription n'ont pas causé d'erreur judiciaire. À mon avis, cette conclusion est exacte puisqu'il est inconcevable que l'absence de ces deux parties puisse avoir porté atteinte aux droits d'appel de l'appelant de façon significative.

La troisième partie manquante de la transcription soulève d'autres problèmes. L'exposé au jury est évidemment un élément central d'un procès pour meurtre. En raison du mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription, il manque une partie de l'exposé du juge Burchell au jury. Cette partie comportait l'examen des art. 205 et 212 quant aux éléments constitutifs du meurtre, ainsi que l'exposé concernant l'art. 302 (vol qualifié) qui constitue l'une des infractions visées à l'art. 213 (meurtre par imputation). Il semble que la totalité de l'exposé concernant l'art. 213 lui-même ait été transcrite correctement.

Il est clair que le juge Burchell a été avisé des lacunes de la transcription puisque la note suivante apparaît aux endroits où le ruban est vierge:

[TRADUCTION] (Étant donné qu'une partie du ruban est vierge, le juge Burchell a lu ses notes et a fait les remarques suivantes concernant les passages manquants.)

Le juge Macdonald paraît s'être appuyé en partie sur les remarques du juge du procès pour

ing that there was no miscarriage of justice. As well, Macdonald J.A. held, at p. 237:

On the facts of this case there is no doubt that Mr. Foster was robbed and murdered. The only issues were whether the appellant was involved in either or both of these crimes and, if so, whether his conduct made him guilty of murder either in the first or second degree.

I agree with Macdonald J.A. that not every failure to comply with the reporting requirements of s. 609(2) will automatically entitle an appellant to a new trial. The British Columbia Court of Appeal expressed such a view in *R. v. Horvat* (1977), 34 C.C.C. (2d) 73. (Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused May 16, 1977, [1977] 1 S.C.R. viii).

In *R. v. Horvat* a transcript of the testimony of several witnesses was unavailable. Robertson J.A. speaking for the court held that a gap did not necessarily result in a miscarriage of justice. In that case, the trial judge had made available his own resumés of the missing testimony. Robertson J.A. then considered each witness whose testimony was not transcribed in an effort to determine if the failure to provide a full record of the trial may have resulted in a miscarriage of justice. Based on a detailed analysis of the potential testimony that each of the witnesses could have given, the B.C. Court of Appeal concluded that the absence of a complete transcript did not prejudice Horvat's appeal rights.

I agree that the correct approach is to consider the effect of the gaps in relation to any possible prejudice to an appellant's ability to appeal a conviction. The central role which the charge to the jury assumes in an appeal of a jury's verdict must be considered. However, not every gap in the transcript of a charge will justify granting a new trial. As a general rule, a new trial will only be ordered where there is some reason to believe that there may possibly have been an error in the passage of the charge which was missing or that the omission otherwise may have deprived the appellant of a ground of appeal.

conclure à l'absence d'erreur judiciaire. Le juge Macdonald a aussi affirmé, à la p. 237:

[TRADUCTION] D'après les faits de cette affaire, il ne fait pas de doute que M. Foster a été volé et tué. Les seules questions à trancher consistaient à déterminer si l'appelant était impliqué dans l'un de ces crimes ou les deux et, le cas échéant, si sa conduite l'avait rendu coupable de meurtre au premier ou au deuxième degré.

Je suis d'accord avec le juge Macdonald que chaque inobservation des conditions du par. 609(2) concernant la transcription ne donne pas automatiquement à l'appelant le droit à un nouveau procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé cette opinion dans l'arrêt *R. v. Horvat* (1977), 34 C.C.C. (2d) 73. (Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada est refusée le 16 mai 1977, [1977] 1 R.C.S. viii).

Dans l'affaire *R. v. Horvat*, la transcription de la déposition de plusieurs témoins ne pouvait être obtenue. Le juge Robertson, au nom de la Cour d'appel, a conclu qu'une lacune dans la transcription ne donnait pas nécessairement lieu à une erreur judiciaire. Dans cette affaire, le juge du procès avait offert son propre résumé des dépositions manquantes. Le juge Robertson a ensuite examiné le cas de chaque témoin dont la déposition n'avait pas été transcrite afin de décider si l'incapacité de fournir une transcription complète du procès avait pu donner lieu à une erreur judiciaire. Après une analyse minutieuse de ce qu'aurait pu contenir la déposition de chaque témoin, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'absence de transcription complète n'avait pas porté atteinte aux droits d'appel de Horvat.

Je conviens que la bonne façon d'aborder cette question est de considérer l'effet des lacunes de la transcription du point de vue de toute atteinte possible à la capacité de l'appelant d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité. Le rôle capital que joue l'exposé au jury dans un appel du verdict du jury doit être examiné. Cependant une lacune dans la transcription d'un exposé ne pourra pas justifier dans chaque cas la tenue d'un nouveau procès. En règle générale, un nouveau procès ne sera ordonné que s'il y a des motifs de croire qu'il a pu y avoir erreur dans la partie manquante de l'exposé ou que l'omission a pu par ailleurs priver l'appelant d'un motif d'appel.

While a summary or narrative provided by a trial judge may in certain situations negate any possible miscarriage of justice, I do not believe that the comments provided by the trial judge have such a curative effect in this case. Appeals based upon allegedly inaccurate charges to the jury often turn on a few specific words, or specific sentences. Although the narrative here was based on what was said to the jury, it does not purport to be an exact transcript of the charge. The summary provided by Burchell J. was based in part on notes prepared prior to the delivery of his charge to the jury and it is by no means clear that he followed them verbatim.

The appellant has been denied the opportunity to examine the instructions to the jury, greatly restricting his ability to determine if an error was made. In general, it is more difficult to conclude that no miscarriage of justice occurred where the incomplete transcript omits important passages from the charge to the jury.

The Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court stated that the only issue was whether the appellant was involved in either or both of the robbery and murder. Admittedly there is no doubt that Foster was murdered. Both the appellant and King testified that the other had alone committed the stabbing.

I recognize that this makes the charge to the jury relating to ss. 205, 212 and 302 less relevant than in other situations. However, the fact that the central issue was which of the two men charged with the murder was telling the truth does not exempt the Crown from the necessity of proving all the requisite elements of murder. The trial judge is still required to charge the jury as to the elements of the offence and that they must be demonstrated beyond a reasonable doubt.

Clearly, there was a violation of the statutory requirements of s. 609(2)(*b*). In the circumstances of this case it is appropriate to consider the second ground of appeal before determining whether a miscarriage of justice occurred and a new trial should be ordered.

Bien qu'un résumé ou un récit offert par le juge du procès puisse dans certains cas prévenir toute erreur judiciaire possible, je ne crois pas que les remarques offertes par le juge du procès aient cet effet curatif en l'espèce. Les appels fondés sur des exposés au jury que l'on prétend inexacts portent souvent sur quelques mots ou phrases spécifiques. Bien qu'en l'espèce, le résumé soit fondé sur ce qui a été dit au jury, il ne représente pas une transcription exacte de l'exposé. Le résumé fourni par le juge Burchell était fondé en partie sur des notes qu'il avait préparées avant de présenter son exposé au jury et rien ne nous permet de croire qu'il les a suivies à la lettre.

L'appelant a été privé de la possibilité d'examiner les directives au jury, ce qui a considérablement restreint sa capacité de déterminer s'il y a eu erreur. De façon générale, il est plus difficile de conclure à l'absence d'erreur judiciaire lorsque d'importants passages de l'exposé au jury ne se trouvent pas dans la transcription.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a affirmé que la seule question consistait à déterminer si l'appelant avait participé au vol ou au meurtre ou aux deux crimes. Il ne fait aucun doute que Foster a été tué. L'appelant et King ont tous les deux témoigné que seul l'autre avait poignardé Foster.

J'admets que cela rend l'exposé au jury relatif aux art. 205, 212 et 302 moins pertinent que dans d'autres cas. Le fait que la question capitale était de savoir lequel des deux hommes accusés du meurtre disait la vérité ne libère cependant pas le ministère public de l'obligation d'établir tous les éléments du meurtre. Le juge du procès doit quand même donner au jury des directives sur les éléments de l'infraction et la nécessité qu'ils soient démontrés hors de tout doute raisonnable.

Il est clair que les exigences de la loi concernant l'al. 609(2)*b*) ont été violées. Dans les circonstances de l'espèce, il est approprié d'examiner le second moyen d'appel avant de décider s'il y a eu erreur judiciaire et s'il convient d'ordonner nouveau procès.

The Evidence of an Accomplice

The second issue in this appeal involves the question of whether or not the trial judge was obliged to caution the jury of the dangers of accepting the evidence of King. The appellant argues that the jury should have been given a clear and sharp warning to attract their attention to the risks of adopting the evidence of a co-accused such as King.

In *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, this Court put an end to the fixed and inflexible rule which made it mandatory that a warning be given to the jury with respect to the evidence of any accomplice.

Dickson J. (as he then was) recognized that the underlying concern had been that the evidence of some witnesses need be approached with caution where the witness's trustworthiness was in question. It had been argued that an accomplice could not be trusted since he would want to suggest his innocence or minor participation in the crime by transferring the blame to others.

At page 823, Dickson J. held:

None of these arguments can justify a fixed and invariable rule regarding all accomplices. All that can be established is that the testimony of some accomplices may be untrustworthy. But this can be said of many other categories of witnesses. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders him untrustworthy .... Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly.

Dickson J., however, added the following admonition at p. 831:

It does not, however, always follow that the presiding justice may always simply turn the jury loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence of the evidence of a witness. Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not

Le témoignage d'un complice

La deuxième question dans ce pourvoi est de savoir si le juge du procès devait prévenir le jury du danger d'accepter le témoignage de King. L'appelant prétend que le jury aurait dû recevoir une mise en garde claire et précise pour attirer son attention sur les dangers de se fier à la déposition d'un coaccusé comme King.

Dans l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, la Cour a mis fin à la règle unique et rigide selon laquelle le jury devait être mis en garde quant au témoignage de tout complice.

Dans cette affaire, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a reconnu que la raison sous-jacente d'une telle règle était que la déposition de certains témoins devait être abordée avec prudence lorsque leur crédibilité était mise en doute. On avait prétendu qu'un complice ne pouvait être digne de foi puisqu'il tenterait de faire valoir son innocence ou sa participation négligeable au crime en reportant le blâme sur les autres.

Le juge Dickson a affirmé, à la p. 823:

Aucun de ces arguments ne justifie une règle unique et invariable pour tous les complices. Tout ce qu'on peut établir, c'est que le témoignage de certains complices peut ne pas être digne de foi. On peut en dire autant de beaucoup d'autres catégories de témoins. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi [...] Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet.

Le juge Dickson a cependant donné l'avertissement suivant, à la p. 831:

Il n'en découle cependant pas toujours que le juge qui préside le procès puisse, en toutes circonstances, laisser le jury complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l'aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l'ensemble des preuves apportées par la déposition d'un témoin. À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présen-

sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. [Emphasis added.]

In the special circumstances of this case I am of the opinion that such a warning ought to have been given. The testimony of King was clearly a key element of the case against the appellant. The verdict of first degree murder indicates that the jury accepted at least part of King's testimony as to Hayes' involvement in the robbery and murder.

As well, King was implicated by Hayes in the killing and, indeed, King was also facing a charge of first degree murder. The risk of King's untrustworthiness coupled with the pivotal role of his testimony make a warning particularly appropriate in this case. If the clear and sharp warning is ever required to be given I can think of no clearer case than this one.

Admittedly, the jury was aware that King was also facing a murder charge relating to the death of Foster. As well, the trial judge in the course of his charge to the jury noted that often when two persons are involved in a criminal activity they will attempt to place the blame on the other. However, in my opinion these remarks about the possibility that persons in the position of the appellant and King may try to shield themselves from blame does not constitute a clear and sharp warning about the dangers of acting upon the evidence of King. Although this Court will generally not interfere with the exercise of the trial judge's discretion in warning about the untrustworthiness of accomplices, failure to do so may amount to a miscarriage of justice in some circumstances.

The Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court held that, even if there were a failure to deliver a clear and sharp warning to the jury relating to King's evidence, the curative provision, s. 613(1)(*b*)(iii), of the *Code* could be

tent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. [Je souligne.]

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, je suis d'avis qu'une telle mise en garde aurait dû être donnée. Le témoignage de King représentait clairement un élément-clé contre l'appelant. Le verdict de meurtre au premier degré indique que le jury a accepté au moins une partie du témoignage de King quant à la part de Hayes dans le vol et le meurtre.

De même, Hayes a impliqué King dans le meurtre et celui-ci faisait face lui aussi à une accusation de meurtre au premier degré. Le risque que King ne soit pas digne de foi, combiné au rôle capital de son témoignage, rendait la mise en garde particulièrement appropriée en l'espèce. S'il existe un cas où une mise en garde claire et nette est nécessaire, je ne peux en imaginer de plus évident que celui-ci.

Certes, le jury savait que King faisait également face à une accusation de meurtre pour la mort de Foster. Aussi, le juge du procès a souligné dans son exposé au jury que, lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, il arrive souvent qu'elles tentent de reporter le blâme sur l'autre. Toutefois, je suis d'avis que des remarques concernant la possibilité que des personnes dans la situation de l'appelant et de King tentent de se dégager de tout blâme ne constituent pas une mise en garde claire et précise concernant le danger d'agir sur la foi du témoignage de King. Bien qu'en règle générale, cette Cour n'intervienne pas dans l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge du procès quant à la mise en garde sur le manque de crédibilité des complices, l'omission de le faire peut constituer une erreur judiciaire dans certains cas.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a décidé que, même en l'absence de mise en garde claire et précise au jury concernant le témoignage de King, la disposition curative, le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code*, pouvait être

invoked. In my opinion, following this Court's decision in *Vetrovec*, *supra*, I am not prepared to say that in any given case a warning is required as a rule of law and that failure to provide such a warning attracts the provisions of s. 613(1)(*a*)(iii). Such failure may, however, in some cases amount to a miscarriage of justice.

In assessing whether or not there has been a miscarriage of justice both the failure to properly charge the jury and the incomplete record of the proceedings by virtue of the gap in the transcript must be considered. In the unique and special circumstances of this case, while neither of the two grounds individually might have been sufficient to warrant a new trial, cumulatively they create an appearance of a failure of justice.

Accordingly, applying s. 613(1)(*a*)(iii), I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, MCINTYRE, LAMER *and* SOPINKA JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Halifax.

invoquée. Suivant l'arrêt *Vetrovec*, précité, de cette Cour, je ne suis pas prêt à affirmer qu'une mise en garde est nécessaire dans chaque cas, comme règle de droit, et que son omission rend les dispositions du sous-al. 613(1)*a*)(iii) applicables. Toutefois, dans certains cas, une telle omission peut constituer une erreur judiciaire.

Pour décider s'il y a eu erreur judiciaire, il faut considérer à la fois l'absence de mise en garde appropriée au jury et le caractère incomplet du dossier des procédures en raison des lacunes dans la transcription. Compte tenu des circonstances très particulières de cette affaire, aucun des deux moyens d'appel pris individuellement ne peut justifier à lui seul la tenue d'un nouveau procès, mais pris ensemble, ces deux moyens créent une apparence de déni de justice.

Par conséquent, appliquant le sous-al. 613(1)*a*)(iii), je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges MCINTYRE, LAMER *et* SOPINKA *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Halifax.

Michel Genest *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GENEST

File No.: 20101.

1988: January 29; 1989: January 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Weapons found following search at the accused's house — Search warrant defective — Use of excessive force in carrying out the search — Accused's right against unreasonable searches infringed — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — Whether trial judge properly excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the Charter — Whether Crown's appeal involved a question of law alone.

Evidence — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Weapons found following search at the accused's house — Search warrant defective — Use of excessive force in carrying out the search — Accused's right against unreasonable searches infringed — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The police obtained a warrant to search the accused's house for drugs. A large party of police raided the house and broke open the door with a ram without any advance warning. The police did not locate any drugs but found three weapons. The accused, who was alone at the house at the time of the search, was arrested and charged with two counts of possession of illegal weapons

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Michel Genest *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GENEST

N° du greffe: 20101.

1988: 29 janvier; 1989: 26 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé — Mandat de perquisition entaché de vices — Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Est-ce à bon droit que le juge du procès a exclu la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Le pourvoi du ministère public soulève-t-il une question de droit seulement?

Preuve — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé — Mandat de perquisition entaché de vices — Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

La police a obtenu un mandat pour perquisitionner au domicile de l'accusé en vue d'y chercher des stupéfiants. Un groupe important de policiers se sont rendus à la maison de l'accusé et ont enfoncé la porte au moyen d'un bélier sans donner d'avertissement. Les policiers n'ont pas trouvé de stupéfiants, mais ils ont découvert trois armes. L'accusé, qui était seul dans la maison au

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

and one count of illegal possession of a restricted weapon. This was the second time the accused's house was searched in a similar manner in less than five weeks.

At trial, the police explained that the main ground for seeking the search warrant was an informer's tip that the accused used the house as his base for supplying drugs. The presence of motorcyclists at the accused's house the night before the search and some unspecified background information collected from other sources were also given as reasons for the search warrant. The accused had a long criminal record, including convictions for violent crimes, but the police gave no evidence in testimony as to any fears that the accused was expected to be dangerous or that the police searchers would be endangered. There also appeared to be no factual foundation to account for the means used by the police on both searches.

The trial judge found that the search warrant was invalid, that the search was in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As there was no other evidence, the accused was acquitted. The majority of the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court found that the trial judge failed to consider the second requirement of s. 24(2)—namely, that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence. The Court considered the second requirement and concluded that the evidence should have been admitted. The accused appealed to this Court as of right. The Crown conceded that there was an illegal search of the accused's house which violated s. 8 of the *Charter* and did not challenge the trial judge's conclusion that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied a *Charter* right, which is the first requirement for exclusion under s. 24(2) of the *Charter*. The sole issue in this appeal is whether the admission of the evidence so obtained would bring the administration of justice into disrepute.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge, when his decision as a whole is examined, did consider both requirements of s. 24(2) of the *Charter* and correctly concluded that the evidence should be excluded. The infringement of s. 8 of the *Charter* was so serious in this case that it leads ineluc-

moment de la perquisition, a été arrêté et inculpé sous deux chefs de possession d'armes illégales et un chef de possession illégale d'une arme à autorisation restreinte. C'était la seconde fois en moins de cinq semaines qu'on perquisitionnait ainsi au domicile de l'accusé.

Au procès, la police a expliqué que, pour obtenir le mandat de perquisition, on s'était fondé principalement sur un renseignement fourni par un informateur selon lequel l'accusé se servait de la maison pour la fourniture de stupéfiants. La présence de motocyclistes chez l'accusé la veille de la perquisition ainsi que d'autres renseignements provenant d'autres sources et dont la nature n'a pas été précisée, ont également été donnés comme raisons de demander le mandat de perquisition. L'accusé avait un casier judiciaire fort chargé comprenant des condamnations pour des crimes violents, mais les policiers n'ont pas indiqué dans leurs témoignages que l'on craignait que l'accusé soit dangereux ou que les enquêteurs de la police soient mis en danger. De plus, les faits ne semblent justifier aucunement les moyens employés par la police pour effectuer les deux perquisitions.

Le juge du procès a conclu que le mandat de perquisition était invalide, que la perquisition enfreignait l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve devait être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme il n'existait aucun autre élément de preuve, l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel à la majorité a annulé l'acquittement et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. D'après la Cour d'appel, le juge du procès avait omis de prendre en considération la seconde exigence que pose le par. 24(2), savoir que l'utilisation de la preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour d'appel a tenu compte de cette seconde exigence et a conclu que la preuve aurait dû être admise. L'accusé se pourvoit de plein droit devant la Cour. Le ministère public reconnaît qu'on a effectué au domicile de l'accusé une perquisition illégale qui enfreignait l'art. 8 de la *Charte* et ne conteste pas la conclusion du juge du procès que la preuve a été obtenue dans des conditions qui portaient atteinte à un droit garanti par la *Charte*, ce qui est la première exigence à remplir pour son exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La seule question à trancher dans le pourvoi est de savoir si l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il ressort de l'ensemble de sa décision que le juge du procès a en fait tenu compte des deux exigences posées par le par. 24(2) et a eu raison de conclure que la preuve devait être écartée. La violation de l'art. 8 de la *Charte* était assez grave pour conduire inéluctablement à la

tably to the conclusion that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Because of the defects in the warrant, the search was not authorized by law. The defects were serious and apparent on the face of the warrant and the police should have noticed them. While it is not to be expected that police officers be versed in the *minutiae* of the law concerning search warrants, they should be aware of those requirements that the courts have held to be essential for the validity of a warrant. The naming requirement of s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* is one such requirement. The complete absence of times of execution or a listing of the objects to be searched for is another indication of the warrant's worthlessness. These defects may not be enough in themselves to justify exclusion of the evidence, but they suggest carelessness on the part of the police officers. A police officer should be put on his guard by a warrant that contains as many blank spaces as the one in this case. Common sense suggests that if a form is used, it should be properly filled out, especially when the form itself states that certain details are to be inserted in the blanks.

Further, the search was carried out with excessive force, disregarding the limits established by the common law. Fears for the safety of the searchers and the possibility of violence can be reasons for the use of force in the execution of a search warrant. But the consideration of the possibility of violence must be carefully limited. It should not amount to a *carte blanche* for the police to ignore completely all restrictions on police behaviour. The greater the departure from the standards of behaviour required by the common law and the *Charter*, the heavier the onus on the police to show why they thought it was necessary to use force in the process of an arrest or a search. The evidence to justify such behaviour must be apparent in the record, and must have been available to the police at the time they chose their course of conduct. The Crown cannot rely on *ex post facto* justifications. Here, no attempt was made to justify the large number of police involved, the amount of force used or to explain why they broke into the house without giving the normal warnings the common law requires. There was also nothing in the record to suggest the police knew of the weapons before they sought the search warrant. There is strong reason to believe that this search was part of a continuing abuse of search powers, given the fact that it so closely followed the pattern set in the first search five weeks earlier. While the purpose of s. 24(2) is not to deter police misconduct, the courts should be reluctant to admit evidence that

conclusion que l'utilisation de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice. En raison des vices que comportait le mandat, la perquisition était illégale. Ces vices étaient graves et apparaissaient à la lecture du mandat, de sorte que la police aurait dû les remarquer. Bien qu'il ne faille pas s'attendre que les policiers connaissent dans ses menus détails le droit en matière de mandats de perquisition, ils devraient être au courant des exigences que les tribunaux ont jugées essentielles pour la validité d'un mandat. L'obligation de nommer l'agent, prévue au par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, est du nombre de ces exigences. L'absence de toute mention des heures d'exécution ou d'une énumération des objets recherchés constitue une autre indication de la nullité du mandat. Ces vices du mandat ne suffisent peut-être pas pour justifier l'exclusion de la preuve, mais ils laissent supposer un comportement inconsidéré de la part des policiers. Un policier devrait se défier d'un mandat comportant autant de blancs que celui qui a été délivré en l'espèce. Le bon sens indique que, si l'on se sert d'une formule, elle doit être bien remplie, à plus forte raison quand la formule elle-même dit que certains renseignements doivent être inscrits dans les blancs.

De plus, on a eu recours à une force excessive pour effectuer la perquisition, sans tenir compte des restrictions établies par la *common law*. Des craintes pour la sécurité des perquisiteurs et la possibilité de violence sont des motifs de recourir à la force dans l'exécution d'un mandat de perquisition. On doit toutefois fixer des limites précises à la prise en considération de la possibilité de violence. Cela ne devrait pas équivaloir à donner carte blanche à la police pour passer outre à toutes les restrictions auxquelles est soumise la conduite policière. Plus on s'écarte des normes de conduite imposées par la *common law* et par la *Charte*, plus il incombe de montrer pourquoi on a jugé nécessaire d'avoir recours à la force pour une arrestation ou une perquisition. La preuve justifiant une telle conduite doit être évidente à la lecture du dossier et doit avoir été à la disposition des policiers au moment où ils ont choisi d'agir de la manière en question. Le ministère public ne saurait alléguer des justifications *ex post facto*. En l'espèce, on n'a pas essayé de justifier le grand nombre de policiers qui ont participé ou le degré de force utilisé, ni d'expliquer pourquoi les policiers ont fait irruption dans la maison sans donner les avertissements habituels requis par la *common law*. En outre, rien dans le dossier ne laisse supposer que la police savait que les armes existaient avant de demander le mandat de perquisition. Il y a de bonnes raisons de croire que cette perquisition s'inscrit dans le cadre d'un abus continu de pouvoirs de perquisition, puisqu'elle présente une forte ressemblance avec la première perquisition, effectuée cinq semaines

shows the signs of its being obtained by an abuse of common law and *Charter* rights by the police.

auparavant. Quoique le par. 24(2) n'ait pas pour objet d'empêcher l'inconduite policière, les tribunaux doivent se montrer hésitants à admettre des éléments de preuve qui paraissent avoir été obtenus par la police en portant atteinte à des droits garantis par la *common law* et par la *Charte*.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to**: *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702; *R. and Attorney General of Canada v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés**: *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702; *R. and Attorney General of Canada v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 444.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1), (2).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 444.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1), (2).

Authors Cited

Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
MacFarlane, Bruce A. *Drug Offences in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 1979.
Polyviou, Polyvios G. *Search and Seizure: Constitutional and Common Law*. London: Duckworth, 1982.

Doctrine citée

Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
MacFarlane, Bruce A. *Drug Offences in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 1979.
Polyviou, Polyvios G. *Search and Seizure: Constitutional and Common Law*. London: Duckworth, 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2944, 4 Q.A.C. 261, 32 C.C.C. (3d) 8, 54 C.R. (3d) 246, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2944, 4 Q.A.C. 261, 32 C.C.C. (3d) 8, 54 C.R. (3d) 246, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Francis Brabant, for the appellant.

Francis Brabant, pour l'appelant.

Gilles Lahaie, for the respondent.

Gilles Lahaie, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE—The important, but conflicting, interests vying in this appeal are well expressed by Polyvios G. Polyviou in a passage from the Preface to his book *Search and Seizure: Constitutional and Common Law* (1982), at p. vii:

LE JUGE EN CHEF—Les intérêts importants, mais opposés, qui entrent en jeu dans le présent pourvoi sont particulièrement bien exprimés par Polyvios G. Polyviou dans un passage tiré de la préface de son livre *Search and Seizure: Constitutional and Common Law* (1982), à la p. vii:

The privacy of a man's home and the security and integrity of his person and property have long been recognised as basic human rights, enjoying both an impressive history and a firm footing in most constitutional documents and international instruments. But much as these rights are valued they cannot be absolute. All legal systems must and do allow official power in various circumstances and on satisfaction of certain conditions to encroach upon rights of privacy and security in the interests of law enforcement, either to investigate an alleged offence or to apprehend a lawbreaker or to search for and seize evidence of crime. The interests at stake are compelling. On the one hand the security and privacy of a person's home and possessions should not be invaded except for compelling reasons. On the other hand society, represented by its organised institutions, also has an undeniable and equally powerful interest in effectively investigating crime and punishing wrongdoers. The task of balancing these conflicting interests is a matter of great importance and of considerable difficulty; but it must be attempted, and so far as possible, for the health of civil liberty and law enforcement alike, satisfactorily performed.

[TRADUCTION] Le caractère privé de la maison d'un individu ainsi que la sécurité et l'intégrité de sa personne et de ses biens sont reconnus depuis longtemps comme des droits fondamentaux de la personne. Ces droits ont un passé remarquable et des assises solides dans la plupart des documents constitutionnels et des instruments internationaux. Mais si révérés soient-ils, ces droits ne sauraient être absolus. Tous les systèmes de droit doivent accorder et accordent en fait aux autorités, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, le pouvoir d'empiéter sur les droits au respect de la vie privée et à la sécurité afin d'assurer l'application des lois, soit pour faire enquête sur une infraction qui aurait été commise, soit pour appréhender un délinquant, soit pour chercher et saisir des éléments de preuve établissant la perpétration d'un crime. Les intérêts en jeu sont primordiaux. D'un côté, on ne doit porter atteinte à la sécurité et au caractère privé de la maison et des possessions d'une personne que pour des motifs impérieux. Par ailleurs, la société, représentée par ses différentes institutions, a un intérêt incontestable et tout aussi vital à ce que le crime fasse l'objet d'enquêtes efficaces et à ce que les malfaiteurs soient punis. La tâche de soupeser ces intérêts opposés est d'une importance capitale et d'une difficulté considérable; mais il faut s'y essayer et, autant que possible, s'en acquitter adéquatement dans l'intérêt de la liberté civile et de l'application des lois.

This case concerns the validity of a search of the dwelling-house of the appellant and the exclusion of evidence obtained as a result. The search in question was conducted on June 21, 1984. An earlier search executed on May 15, 1984 is relevant to understanding the actions of the police, but the fruits of that search are not at issue in this appeal. The appellant was charged with two counts of possession of illegal weapons, "*un poing américain*" (brass knuckles), a nanchakou (a weapon consisting of two sticks connected by a chain or cord) and one count of illegal possession of a restricted weapon (a .22 pistol). The trial judge, in an unreported judgment rendered August 2, 1984, found the search to be in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence under s. 24(2). Since there was no other evidence, the appellant was acquitted. The Quebec Court of Appeal set aside the acquittal in a judgment by Owen J.A. (Beauregard J.A. concurring), LeBel J.A. dissenting: [1986] R.J.Q. 2944, 4 Q.A.C. 261, 32 C.C.C. (3d) 8, 54 C.R. (3d) 246 (hereinafter cited to R.J.Q.) The appel-

Il est question en l'espèce de la légitimité d'une perquisition effectuée dans la maison où demeurait l'appelant et de l'exclusion des éléments de preuve obtenus par ce moyen. Cette perquisition a eu lieu le 21 juin 1984. Pour comprendre les actes de la police, il faut tenir compte d'une autre perquisition qui avait été faite le 15 mai 1984, quoique ce qui a été découvert à ce moment-là ne soit pas en cause ici. On a porté contre l'appelant une accusation sous deux chefs de possession d'armes illégales, savoir «un poing américain» (coup-de-poing) et un nunchaku (arme formée de deux bâtons reliés par une chaîne ou une corde), et un chef de possession illégale d'une arme à autorisation restreinte (un pistolet de calibre .22). Le juge du procès, dans un jugement inédit du 2 août 1984, a conclu que la perquisition enfreignait l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a exclu, en vertu du par. 24(2), la preuve ainsi recueillie. Comme il n'existait aucun autre élément de preuve, l'appelant a été acquitté. Dans un jugement du juge Owen, le juge Beauregard y souscrivant et le juge LeBel étant dissident, la Cour d'appel du Québec a

lant appealed to this Court as of right. The Crown admits that there was an illegal search of the appellant's dwelling-house which violated s. 8 of the *Charter*. The only issue is the exclusion of the evidence. All lower court decisions and the appellant's factum were compieted prior to the Supreme Court decision in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

I

The Question in Issue

The parties agree that the question in issue is:

[TRANSLATION] Did the Court of Appeal, in view of the trial judge's findings of fact, err in defining and applying the rules governing ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by deciding that admission of the evidence seized at the appellant's residence would bring the administration of justice into disrepute?

II

The Applicable Legislation

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

24. (1) ...

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

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

24. (1) ...

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

annulé l'acquittement: [1986] R.J.Q. 2944, 4 Q.A.C. 261, 32 C.C.C. (3d) 8, 54 C.R. (3d) 246 (cité ci-après au R.J.Q.) L'appelant s'est pourvu de plein droit devant cette Cour. Le ministère public reconnaît qu'on a effectué au domicile de l'appelant une perquisition illégale qui constituait une violation de l'art. 8 de la *Charte*. La seule question en litige est celle de l'exclusion de la preuve. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure et le mémoire de l'appelant datent tous d'avant l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

I

La question en litige

Les parties conviennent que la question en litige est la suivante:

La Cour d'appel a-t-elle erré dans la définition et l'application, eu égard aux conclusions de faits du juge de première instance, des principes régissant les articles 8 et 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en décidant que l'admission des éléments de preuve saisis à la résidence de l'Appelant n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

II

Les textes législatifs applicables

La Charte canadienne des droits et libertés

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

24. (1) ...

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

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

24. (1) ...

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

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1 (in Force at the Time of the Events at Issue and as yet Unamended by S.C. 1985, c. 19, s. 200(1))

10. (1) A peace officer may, at any time,

(*a*) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;

(*b*) search any person found in such place; and

(*c*) seize and take away any narcotic found in such place, any thing in such place in which he reasonably suspects a narcotic is contained or concealed, or any other thing by means of or in respect of which he reasonably believes an offence under this Act has been committed or that may be evidence of the commission of such an offence.

(2) A justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant under his hand authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

III

The Facts

In February of 1984, the appellant, Michel Genest, took up residence at 3045 chemin Oka, in the town of Ste-Marthe-sur-le-Lac, Quebec. He had recently completed a two-month prison term for possession of narcotics for the purpose of trafficking. Once he was installed at that address, there was a great deal of coming and going of many people, several of them motorcyclists. The appellant explained in his testimony at trial that he had several friends who often slept over after parties, or after using the moto-cross trail that was close to the house.

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1 (en vigueur à l'époque en cause, n'ayant pas encore été modifiée par S.C. 1985, chap. 19, par. 200(1))

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, sous l'autorité d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise;

b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit; et

c) saisir et enlever tout stupéfiant découvert dans un tel endroit, toute chose qui s'y trouve et dans laquelle il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables qu'un stupéfiant est contenu ou caché, ou toute autre chose au moyen ou à l'égard de laquelle il croit en se fondant sur des motifs raisonnables qu'une infraction à la présente loi a été commise, ou qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise.

(2) Un juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise se trouve dans une maison d'habitation quelconque, peut délivrer un mandat portant sa signature et autorisant un agent de la paix y nommé à entrer à toute heure dans la maison d'habitation pour découvrir des stupéfiants.

III

Les faits

En février 1984, l'appelant, Michel Genest, s'est établi au 3045, chemin Oka, dans la ville de Ste-Marthe-sur-le-Lac (Québec). Peu de temps auparavant, il avait fini de purger une peine de deux mois d'emprisonnement pour possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Après l'installation de l'appelant à l'adresse susmentionnée, il y a eu beaucoup d'allées et de venues d'un grand nombre de personnes, dont plusieurs motocyclistes. L'appelant a expliqué, en témoignant au procès, que plusieurs de ses amis passaient souvent la nuit chez lui après des parties ou après s'être servis de la piste de moto-cross qui se trouvait à proximité de la maison.

Upon discovering the identity of the new resident, the municipal police of Ste-Marthe-sur-le-Lac began to keep a watch on the house. Then on May 15, 1984, at approximately 7:35 a.m., the police came to the house armed with two warrants: the first warrant issued by the Court of Sessions of the Peace at Sherbrooke for the arrest of the accused on unrelated charges, and the second a search warrant issued by a local justice of the peace to search for stolen property. The exact number of police officers present at that search is not clear from the record and the trial judge did not make a finding of fact on the point. One of the police officers testified that there were [TRANSLATION] "several police officers, several police forces also", while another testified that: [TRANSLATION] "When we got there, we were alone in a van with officer Beaudoin: Mr. Caron [another police officer], myself and a police officer from St-Eustache who was driving." For his part, when asked how many police cars were present, the appellant replied: [TRANSLATION] "On the morning of May 15, I saw perhaps fifteen or twenty."

Ayant découvert l'identité du nouveau résident, la police municipale de Ste-Marthe-sur-le-Lac s'est mise à surveiller la maison. Puis, le 15 mai 1984, vers 7 h 35, des policiers sont arrivés à la maison munis de deux mandats. Le premier, émanant de la Cour des sessions de la paix à Sherbrooke, visait l'arrestation de l'accusé sous des inculpations non reliées à celles dont il s'agit en l'espèce. Le second, un mandat de perquisition lancé par un juge de paix local, autorisait une perquisition en vu de trouver des objets volés. Quant au nombre exact de policiers qui ont participé à la perquisition, le dossier ne l'indique pas clairement et le juge du procès n'a pas tiré de conclusion de fait sur ce point. L'un des policiers a témoigné qu'il y avait «plusieurs policiers, plusieurs corps policiers également», tandis qu'un autre a témoigné que: «Quand on est arrivé, on était tout seuls dans une fourgonnette en compagnie de l'agent Beaudoin. Monsieur Caron [un autre policier] pis moi-même puis un policier de St-Eustache qui conduisait.» Quand on lui a demandé combien de voitures de police s'y trouvaient, l'appelant pour sa part a répondu: «Le quinze mai (15) au matin, j'en ai vu peut-être une quinzaine, une vingtaine.»

Both the police and the appellant testified that the police were very quiet as they approached the house on the morning of May 15. The appellant saw the police coming, but went back to bed. The police officers did not give any preliminary demand for admittance, but went directly to the back door of the house, which they broke open with a battering ram in thirty or forty seconds. The appellant described the entry of his house thus: [TRANSLATION] "... they broke it down, they screamed like crazy, they burst in, they broke everything". When asked why the police had thought it necessary to break open the door with a ram, Officer Janelle responded: [TRANSLATION] "Because the door was bolted." As far as he could remember, neither he nor any of the other officers called out "Police" or gave any similar warning until they were already in the house. At that point the appellant called out "O.K., O.K." The appellant and one other person were in the house. The police did not find the stolen goods that they had expected to find at the house, but they did find a

Et la police et l'appelant ont témoigné que les policiers s'étaient approchés très silencieusement de la maison le matin du 15 mai. L'appelant a vu les policiers arriver, mais s'est remis au lit. Les policiers, au lieu de demander à entrer, se sont rendus directement à la porte arrière de la maison, qu'ils ont enfoncée dans l'espace d'une trentaine ou d'une quarantaine de secondes au moyen d'un bélier. L'appelant a décrit dans les termes suivants leur entrée dans sa maison: «... ça défonce, ça crie en fou, ça rentre en fou, tout cassé». Quand on a demandé à l'agent Janelle pourquoi la police avait jugé nécessaire d'enfoncer la porte avec un bélier, il a répondu: «Parce que la porte était verrouillée.» Autant qu'il pouvait s'en souvenir, ni lui ni aucun autre policier n'avait crié «police» ni donné d'autre avertissement de ce genre avant qu'ils ne soient déjà dans la maison. À ce moment-là, l'appelant a crié «O.K., O.K.» L'appelant et une autre personne étaient dans la maison. Les policiers n'ont pas trouvé les objets volés qu'ils s'attendaient à y trouver, mais ils ont découvert une carte de crédit

credit card made out in the name of another person, and a 35 mm camera with zoom lens that had been stolen some months before. They arrested the appellant and took possession of these items. The appellant was released on bail later that day.

The officer in charge of the investigation, Officer Desjean, was asked to explain the reasons for the May 15 search. He explained that a person suspected of breaking and entering had told the police that they would find certain stolen property at the house. Desjean had applied for the search warrant on that basis.

On June 21, 1984, there was another early morning search of the house at 3045 chemin Oka, this time for drugs. The appellant was alone in his house at the time. The police on this occasion were not quiet in their arrival, as described by the appellant in his testimony:

[TRANSLATION] A. When I got home it was about 4:30 or 5:00 a.m., and at some point I heard shouting outside, it was about 7:00 a.m., I went to look through the window, I saw police coming, they were running, shouting, they acted like they were crazy, they tore down the door frames.

Q. Did they knock first?

A. They burst in as they pushed down the door.

Q. Did anyone show you a document at any time regarding the search?

A. They gave it to me when I came out of the house at some point, and the one I had in my hands was not even the right one, it was for another address.

The trial judge noted that this search was [TRANSLATION] "a full-scale search". The municipal police of Ste-Marthe-sur-le-Lac were assisted in this search by the "*escouade tactique de la Sûreté du Québec*" (the "TACTIC squad"), and also by some members of the municipal police of St-Eustache. The trial judge found that the members of the TACTIC squad simply broke open the door to the house without any advance warning. The appellant was alone in the house. The police did not locate any drugs in this search, but they did find the three weapons mentioned. They seized

portant le nom de quelqu'un d'autre, ainsi qu'un appareil photographique 35 mm avec objectif zoom qui avait été volé quelques mois auparavant. Ils ont arrêté l'appelant et saisi les articles en question. L'appelant a été mis en liberté sous caution plus tard le même jour.

On a demandé à l'agent Desjean, qui a dirigé l'enquête, d'expliquer ce qui avait motivé la perquisition du 15 mai. Il a précisé qu'une personne soupçonnée d'introduction par effraction avait dit à la police qu'on trouverait à la maison en question certains objets volés. C'est sur cela que l'agent Desjean s'était fondé pour demander le mandat de perquisition.

Tôt le matin du 21 juin 1984, une autre perquisition a été effectuée dans la maison située au 3045, chemin Oka. On cherchait cette fois-ci de la drogue. L'appelant était alors seul chez lui. À cette occasion, l'arrivée des policiers n'a pas été silencieuse, comme le dit l'appelant dans sa déposition:

R. Là, moi j'ai arrivé chez nous y est à peu près quatre heures et demie (04h30) cinq heures (05h00) du matin pis là à un moment donné j'entendais crier dehors, y est alentour de sept heures (07h00), j't'allé voir dans le châssis pis là j'ai vu des agents rentrés là en courant puis en criant, des fous là on pourrait dire, ç'a tout arraché les cadrages de portes.

Q. Est-ce qu'ils ont cogné avant?

R. Ça rentré en défonçant.

Q. Est-ce qu'on vous a montré un document à un certain moment donné concernant la perquisition?

R. Ils me l'ont donné quand je suis sorti de la maison à un moment donné pis celui que j'avais dans les mains c'était même pas le bon, c'était celui d'une autre adresse de la maison.

Le juge du procès a fait remarquer qu'il s'agissait là d'«une perquisition à grand déploiement». La police municipale de Ste-Marthe-sur-le-Lac était aidée dans cette perquisition par «l'escouade tactique de la Sûreté du Québec» et par certains membres de la police municipale de St-Eustache. Le juge du procès a conclu que les membres de l'escouade tactique ont simplement enfoncé la porte sans donner d'avertissement. Il n'y avait que l'appelant dans la maison. Les policiers n'ont trouvé aucun stupéfiant en effectuant cette perquisition, mais ils ont découvert les trois armes susmention-

these weapons and arrested the appellant in consequence.

Officer Desjean was asked what reasons he had for the search on June 21. He explained that he had been informed by the same suspect as on the previous occasion that the appellant had supplied him with drugs at the house. In addition, on the evening of June 20, several people had arrived at the house. Officer Desjean could not say how many people exactly, but he counted 10 motorcycles in front of the house. He explained in cross-examination:

[TRANSLATION]

Q. Is that the reason you submitted to Mrs. Tyte [the Justice of the Peace] asking that [the warrant] be issued at that time, on June 21? I am not talking about May 15.

A. It was with the movement of these motorcyclists.

BY THE COURT:

Q. Which in two words was the main reason given? There was certainly one.

A. A tip by a breaking and entering suspect.

BY THE DEFENCE:

Q. I am not speaking of May 15. I am speaking of June 21. Was that the reason, because there was a meeting of motorcyclists at this location on the previous evening, and you decided to submit this to Mrs. Tyte asking for a warrant?

A. The main reason.

Q. Was that it?

A. The main reason was the suspect who gave a tip at some point to the effect that he was being resupplied there, plus what we already had, and it was enough.

. . .

BY THE COURT:

Q. Never mind the objections, reservations, please, give me a break. Please repeat your last answer because I did not hear it.

A. A tip from a suspect, Your Honour.

Q. For June 21, not May 15. We are only talking about June 21.

A. That's right, who said he was being resupplied there. Now in addition to the observations we had already made ourselves, we figured it was time to strike,

nées, qu'ils ont saisies. L'appelant a en conséquence été arrêté.

Quand on a demandé à l'agent Desjean les raisons qui l'avaient amené à procéder à la perquisition du 21 juin, il a expliqué que le même suspect qu'à l'occasion précédente l'avait informé que l'appelant lui avait fourni des stupéfiants dans la maison en question. De plus, le soir du 20 juin, plusieurs personnes étaient venues à cette adresse. L'agent Desjean n'a pu donner un chiffre exact, mais il avait compté dix motocyclettes devant la maison. Au cours du contre-interrogatoire il a précisé:

Q. Et est-ce que c'est le motif que vous avez soumis à Madame Tyte [le juge de paix] pour fin d'émission [du mandat] à ce moment-là, le vingt et un (21) juin? Je parle pas du quinze (15) mai.

R. C'est qu'avec l'allée de tels motards.

PAR LA COUR:

Q. Quel est en deux (2) mots le motif offert principal. Y en a certainement un.

R. Une dénonciation d'un suspect sur introduction par effraction.

PAR LA DÉFENSE:

Q. Je vous parle pas du quinze (15) mai. Je vous parle du vingt et un (21) juin. Est-ce que c'est pas le motif parce qu'y avait eu une réunion de motards à cet endroit-là la veille et que vous avez décidé de soumettre ça à madame Tyte pour fin d'émission d'un mandat?

R. Le motif principal.

Q. C'est bien ça?

R. Le motif principal c'est le suspect qui dénonce à un moment donné comme quoi qu'il se ravitaille à cet endroit-là, plus qu'est-ce qu'on avait déjà entre les mains, et c'était suffisant.

. . .

PAR LA COUR:

Q. Indépendamment des objections pis des réserves, s'il vous plaît donnez-moi une chance. Voulez-vous répéter votre dernière réponse parce que je l'ai pas entendue.

R. Dénonciation, Votre Honneur, d'un suspect.

Q. Pour le vingt et un (21) juin et non le quinze (15) mai. On parle du vingt et un (21) juin seulement.

R. C'est ça, effectivement, lequel informe qu'il se ravitaille à cet endroit-là. Maintenant plus déjà les observations qu'on avait nous autres, on calculait que c'était le

to go, also in view of the assembly the day before, for drugs.

BY THE DEFENCE:

Q. You had an assembly the day before, so then this was a reason for you.

The other reason, you were saying, is that you received information from someone on June 21 or 20. Did you receive the information before the meeting at this address or afterwards?

A. No, no. We were still working on the drugs. I was getting there gradually.

My investigation was proceeding. I already had enough information.

Officer Desjean stated that his inquiry had gone on for several months. He apparently decided that the combination of the information he had from other sources, the tip from the informer that the appellant used the house as his base to supply drugs, and the assembly of motorcyclists that night, warranted a search in the morning. He appeared in front of the justice of the peace at 7 a.m. on June 21 to obtain the search warrant. In addition to the search warrant for the appellant's house, he obtained warrants to search two other buildings, which were executed simultaneously with the search at 3045 chemin Oka.

There are three other facts which have some relevance to the decision in this case. The first concerns the appellant's dogs. It seems that on May 15, 1984, at least, he had two pit bulls and two rottweilers. He explained that he had these dogs at the house since his arrival in February. Neither the police in testimony nor the trial judge in his reasons for judgment referred to these dogs.

The second factor that is relevant is what might be called the "Hell's Angels" connection. Throughout the transcript there are references to motorcyclists and motorcycles. There are also three references to the Hell's Angels. The first reference was by Officer Desjean, who explained that the former inhabitant of 3045 chemin Oka moved out, [TRANSLATION] "On February 19 another member of the Hell's moved into 3045", which was clearly a reference to the accused. Defence counsel objected to the phrase and the

temps de frapper, d'aller là vu le rassemblement également la veille, pour la drogue.

PAR LA DÉFENSE:

Q. Vous aviez un rassemblement la veille pis à ce moment-là c'est un motif pour vous.

L'autre raison que vous nous dites, vous avez reçu une information d'une personne le vingt et un (21) juin ou le vingt (20) juin. Est-ce que vous avez reçu l'information avant le regroupement à cette adresse-là ou après?

R. Non, non. Pour la drogue, ça se préparait. Je m'en venais tranquillement.

Mon enquête se déroulait. J'avais déjà assez d'éléments.

L'agent Desjean a dit que son enquête avait duré plusieurs mois. Il avait apparemment décidé que les renseignements provenant d'autres sources, ajoutés à l'indication reçue de l'informateur, d'où il ressortait que l'appelant se servait de la maison comme base d'approvisionnement en stupéfiants, ainsi qu'au rassemblement de motocyclistes ce soir-là, justifiaient qu'on perquisitionne le lendemain matin. Il a donc comparu devant le juge de paix à 7 h le 21 juin afin d'obtenir le mandat de perquisition. En plus de celui qui visait la maison de l'appelant, il a obtenu des mandats autorisant à perquisitionner dans deux autres bâtiments et ces perquisitions ont eu lieu en même temps que celle du 3045, chemin Oka.

Trois autres faits ont une certaine pertinence en l'espèce. Premièrement, les chiens de l'appelant. Il semble que, le 15 mai 1984 du moins, il avait deux bull-terriers et deux rottweilers. L'appelant a dit qu'il gardait ces chiens à la maison depuis son arrivée en février. Ni les policiers dans leurs témoignages ni le juge du procès dans ses motifs de jugement n'ont mentionné les chiens.

Le deuxième élément pertinent est ce qu'on peut appeler le lien avec les «Hell's Angels». La transcription est parsemée de mentions de motocyclistes et de motocyclettes. En outre, les Hell's Angels sont mentionnés à trois reprises. La première de ces mentions est faite par l'agent Desjean, qui a expliqué que l'ancien occupant du 3045, chemin Oka avait déménagé «Et à compter du dix-neuf (19) février, un autre membre des Hell's s'installait au 3045», ce qui, de toute évidence, faisait allusion à l'appelant. L'avocat de la défense s'est

trial judge agreed that he would take no notice of it. Officer Desjean later testified that he and the other police officers kept the house under observation. They saw several motorcyclists coming and going, and on the night of June 20 [TRANSLATION] "There were members of the Hell's Angels who turned up there from time to time". Defence counsel did not object to this statement. Finally, the accused was asked to explain the comings and goings at the house:

[TRANSLATION]

A. . . . the visitors—there were a lot of people who came — there were Hell's Angels brothers who sometimes came from Vancouver, who came to sleep, there was no room to sleep, I took them to sleep at our place. That's why there were comings and goings.

The trial judge did not refer to these comments in his reasons.

Finally, the accused was questioned at trial about his criminal record. In the five years prior to the searches, he had been convicted of rape, assault with intent to cause bodily harm, possession of a firearm for a dangerous purpose, possession of narcotics, disturbing the peace, breach of probation, and finally, possession of narcotics for the purposes of trafficking. The police had originally found out the appellant's identity from the criminal information service.

The police gave no evidence in testimony as to any fears that Genest would be dangerous or that the police searchers would be endangered. At trial, quite apart from the fact that the police may have been on an initial fishing expedition, there appears to be no factual foundation to account for the means used by the police on either May 15 or June 21.

In summary, the ground for the search warrant of June 21, the warrant at issue in this appeal, was a tip by a suspect in a break and enter case that Genest was resupplying drugs. There was evidence of a gathering of motorbikes at Genest's house the night before the entry and some unspecified back-

opposé à l'emploi de cette expression et le juge du procès, accueillant l'objection, a dit qu'il n'en tiendrait pas compte. L'agent Desjean a par la suite témoigné que lui et d'autres policiers avaient gardé la maison sous surveillance. Ils ont observé les allées et venues de plusieurs motocyclistes et, la nuit du 20 juin, «Y avait des membres des Hell's Angels à l'occasion qui allaient revirer là». L'avocat de la défense n'a pas soulevé d'objection à l'égard de cette déclaration. Finalement, on a demandé à l'accusé d'expliquer ce va-et-vient à la maison:

R . . . . ça les visiteurs, y avait ben du monde qui venait, y avait des frères des Hell's Angels qui descendaient des fois de Vancouver, qui venaient coucher, y avaient pas de place à coucher, je les amenais coucher chez nous. Fait que tout un va-et-vient qui était là.

Dans ses motifs, le juge du procès a passé ces observations sous silence.

Enfin, au procès, on a interrogé l'accusé sur son casier judiciaire. Au cours des cinq années qui ont précédé les perquisitions, il avait été déclaré coupable de viol, de voies de fait avec l'intention d'infliger des lésions corporelles, de possession d'une arme à feu dans un dessein dangereux, de possession de stupéfiants, d'atteinte à la paix, de manquement aux conditions de la probation et, finalement, de possession de stupéfiants pour en faire le trafic. La police avait découvert l'identité de l'appelant grâce au service d'information sur les criminels.

Les policiers n'ont aucunement indiqué dans leurs témoignages que l'on craignait que Genest soit dangereux ou que les enquêteurs de la police soient mis en danger. Indépendamment du fait que, au départ, la police procédait peut-être à une recherche à l'aveuglette, les faits établis au procès ne semblent justifier aucunement les moyens employés par la police le 15 mai et le 21 juin.

En résumé, pour obtenir le mandat de perquisition du 21 juin, c'est-à-dire celui qui est en cause ici, on s'est fondé sur un renseignement reçu d'un suspect dans une affaire d'introduction par effraction, renseignement selon lequel Genest se livrait de nouveau à la fourniture de stupéfiants. On

ground information. The purpose of the search was to look for drugs. To carry out this purpose, a small army of police came to the home of the appellant. They smashed in the door, seemingly to the point of tearing out the door frame. They shouted but gave no warning or knock beforehand. The result was that no drugs were found but three weapons were located, resulting in the charges at issue in this appeal.

IV

The Search Warrant of June 21, 1984

Judge Claude Lamoureux of the Court of Sessions of the Peace, judge of first instance, described the search warrant in these terms:

[TRANSLATION] On June 21, 1984, Officer Roland Desjean of the Ste-Marthe Sûreté Municipale obtained from a Justice of the Peace a search warrant which read as follows: "To the peace officers in the district . . ." no name given, "whereas it appears on the oath of Roland Desjean, police officer, 3,000 chemin Oka, Ste-Marthe-sur-le-Lac, that in the town of Ste-Marthe, district of Terrebonne, on or about June 20, 1984, an offence was committed contrary to the provisions of s. 3(1) of the Narcotic Control Act and s. 41 of the Food and Drugs Act, to wit having in his possession without lawful excuse a restricted narcotic and/or drug which on reasonable grounds suggests that it may provide evidence regarding the perpetration of the said offence". And the pre-printed text went on: "And the said things or parts thereof are found in or near to the house at 3045 chemin Oka, Ste-Marthe-sur-le-Lac district. This is, therefore, to authorize you to enter . . ." indicate time, but no time indicated, ". . . into the premises and to search for the said things . . . ." But no things were described. "And to bring the same before me or any other Justice of the Peace for the district . . . ." This was left blank. "Given under my hand in the district of Terrebonne on June 21, 1984" and signed—I think—B. Pitt.

The warrant does not mention whether it is issued under s. 446 of the Criminal Code or under s. 10 of the

disposait d'une preuve d'un rassemblement de motocyclistes la veille à la maison de Genest, et de certains autres renseignements dont la nature n'a pas été précisée. L'objet de la perquisition était de chercher des stupéfiants. À cette fin, toute une troupe de policiers s'est rendue au domicile de l'appelant. Ils ont défoncé la porte, à presqu'en arracher le chambranle. Ils ont crié mais, avant d'entrer, n'ont donné aucun avertissement et n'ont pas frappé à la porte. Finalement on n'a trouvé aucun stupéfiant mais on a découvert trois armes qui ont donné lieu aux accusations présentement en cause.

IV

Le mandat de perquisition du 21 juin 1984

Le juge Claude Lamoureux de la Cour des sessions de la paix, qui a présidé le procès, décrit ainsi le mandat de perquisition:

Le vingt et un (21) juin, mil neuf cent quatre-vingt-quatre (1984), l'agent Roland Desjean de la Sûreté Municipale de Ste-Marthe obtient d'un Juge de Paix l'émission d'un mandat de perquisition qui se lit comme suit: «Aux agents de la Paix du district . . .» pas de mention, «attendu qu'il appert de la dénonciation assermentée de Roland Desjean, policier, 3,000 Chemin Oka, Ste-Marthe-sur-le-Lac, que dans la Ville de Ste-Marthe, district de Terrebonne, le ou vers le vingt (20) juin, quatre-vingt-quatre ('84), une infraction a été commise contrairement aux dispositions de l'article 3(1) de la Loi sur les Stupéfiants et de l'article 41 de la Loi sur les Aliments et Drogues, à savoir: avoir en sa possession sans justification ou excuse légitime un stupéfiant et/ou drogue à usage restreint ce qui pour un motif raisonnable porte à croire qu'ils fourniront une preuve touchant la perpétration de ladite infraction». Et le texte imprimé à l'avance continue: «Et que les dites choses ou quelques parties d'entre elles se trouvent dans la maison ou les attenants de, au numéro 3045 Chemin Oka, district Ste-Marthe-sur-le-Lac. À ces causes, les présentes ont pour objet de vous autoriser à entrer . . .» indiquer à quelles heures, il n'a pas d'heure d'indiquée, «. . . dans les lieux et à y rechercher les dites choses . . .» On ne fait pas de descriptions des choses. «Et les rapporter devant moi ou tout autre Juge de Paix pour le district . . .» Il n'y a rien d'inscrit. «Donné sous mon seing dans le district de Terrebonne, le vingt et un (21) juin, quatre-vingt-quatre ('84) et c'est signé, je crois que c'est B. Pitt.

Le mandat ne mentionne pas s'il est émis en vertu de l'article 446 du Code criminel ou en vertu de l'article 10

Narcotic Control Act, but as it refers to the Narcotic Control Act I assume that the warrant is under that Act. In any case, only a warrant under the Narcotic Control Act permits entry to a dwelling-house to seize narcotics or drugs. It is mentioned in both the Narcotic Control Act and the Drugs Act, the sections are almost identical.

I shall have more to say about the search warrant in the upcoming discussions.

V

The Decisions of the Courts of Quebec

1. *Court of Sessions of the Peace*

The accused moved at trial on the charges resulting from the search of June 21, 1984 to have the search warrant quashed, alleging various errors apparent on the face of the warrant. The trial judge denied this motion, stating that he did not have jurisdiction to sit in appeal from the justice of the peace who issued the warrant. The correct approach to set the warrant aside would be to apply for *certiorari* from a superior court judge. The trial judge held, however, that he had jurisdiction to consider the validity of the search warrant for the purpose of evaluating the search in light of s. 8 of the *Charter*.

The main basis of the challenge to the warrant was that it did not name the officer who was to execute it, as required by s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*. Lamoureux J.S.P. gave oral judgment. He decided that the warrant was purportedly issued under the authority of s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*, and not under s. 443 of the *Criminal Code*, since the warrant specifically referred to narcotics. Relying on Bruce A. MacFarlane, *Drug Offences in Canada* (1979), and on *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473 (Ont. C.A.), he held that s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* is a complete code for searches for narcotics and a warrant cannot be issued under s. 443 of the *Code* to authorize a narcotics search. The judge quoted the following two passages from the *Goodbaum* case, at pp. 478-79:

de la Loi sur les stupéfiants mais comme on s'y réfère à cette loi sur les Stupéfiants, je crois qu'il s'agit d'un mandat suivant cette dernière loi. D'ailleurs seul un mandat en vertu de la Loi sur les Stupéfiants permet de s'introduire dans une maison d'habitation pour procéder à la saisie de stupéfiants ou de drogues. Tant la Loi sur les Stupéfiants que la Loi sur les Drogues le mentionnent, les articles étant presque identiques.

Je reviendrai sur la question du mandat de perquisition dans l'analyse qui suit.

V

Les décisions des tribunaux du Québec

1. *Cour des sessions de la paix*

Au procès relatif aux accusations résultant de la perquisition du 21 juin 1984, l'accusé a demandé l'annulation du mandat de perquisition en raison de plusieurs erreurs qu'il prétendait être évidentes à la lecture du mandat. Se disant incompétent pour entendre un appel de la décision du juge de paix qui avait lancé le mandat, le juge du procès a rejeté cette requête. La bonne façon de procéder pour faire écarter le mandat, selon lui, était d'adresser une demande de *certiorari* à un juge de la Cour supérieure. Le juge du procès a toutefois conclu qu'il avait compétence pour examiner la validité du mandat afin d'apprécier la perquisition à la lumière de l'art. 8 de la *Charte*.

La contestation du mandat reposait principalement sur le fait qu'il ne portait pas le nom de l'agent qui devait l'exécuter, comme l'exige le par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Le juge Lamoureux a rendu un jugement oral dans lequel il a décidé qu'en principe le mandat avait été décerné en vertu du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* et non pas de l'art. 443 du *Code criminel* puisqu'il faisait spécifiquement mention de stupéfiants. Se fondant sur *Drug Offences in Canada* (1979), de Bruce A. MacFarlane, et sur l'arrêt *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473 (C.A. Ont.), il a dit que le par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* constitue un code complet régissant les perquisitions en vue de trouver des stupéfiants et qu'on ne saurait s'autoriser de l'art. 443 du *Code* pour lancer un mandat permettant une perquisition à cette fin. Le juge a cité les deux passages suivants tirés de l'arrêt *Goodbaum*, aux pp. 478 et 479:

Section 10 of the *Narcotic Control Act* is a code for search, seizure and forfeiture for the purposes of those who enforce the provisions of the Act, and of significance, it protects the citizen by limiting the use of those powers to those peace officers named therein. In my opinion, a warrant for the purpose of search and seizure of narcotics can only be issued under the provisions of the *Narcotic Control Act* and the warrant in issue here is invalid.

. . .

Even if the warrant here was one that purported to have been issued pursuant to s. 10 of the *Narcotic Control Act*, it was fatally defective as it was not issued to a peace officer named therein.

The warrant therefore had to comply with the requirements of s. 10(2), including the requirement that the warrant name the officer who was to execute the search. There was no mention of the hours of execution, nor of the objects to be searched for, nor the district of the justice of the peace who issued the warrant and to whom the officers were to bring anything found in the search. Lamoureux J.S.P. decided that the warrant in this case was void *ab initio*.

Lamoureux J.S.P. went on to consider whether the evidence seized in the search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. He stated that the availability of a civil remedy was not relevant to the question of exclusion in penal proceedings and added:

[TRANSLATION] Since Rothman, *supra*, and since the adoption of the Charter, the courts have recognized that a trial judge has the power to dismiss evidence if that evidence is such as to bring the administration of justice into disrepute. This must be done in keeping with and consistent with the facts of each case, it is not a general rule, but I think here that I must consider the facts presented in the case at bar.

He then examined the means by which the search was carried out. He stated that he agreed that there was reasonable and probable cause to believe the accused had narcotics in the house and that a valid warrant could have been issued. Lamoureux J.S.P. then considered the large numbers of police

[TRADUCTION] L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* est un code en matière de perquisition, de saisie et de confiscation pour ceux qui sont chargés de l'application de cette loi. Un point important à retenir à cet égard est que l'art. 10 protège les particuliers en limitant l'exercice de ces pouvoirs aux agents de la paix nommés dans le mandat. À mon avis, lorsqu'il s'agit de stupéfiants, un mandat de perquisition et de saisie ne peut être délivré que sous le régime de la *Loi sur les stupéfiants* et le mandat ici en cause est invalide.

. . .

Même si le mandat dont il est question en l'espèce a été délivré en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, il était entaché d'un vice fatal puisqu'il n'a pas été délivré à un agent de la paix y nommé.

Le mandat devait donc respecter les exigences du par. 10(2), et notamment nommer l'agent de la paix chargé de procéder à la perquisition. Aucune mention n'a été faite de l'heure à laquelle la perquisition devait avoir lieu, ni des objets recherchés, ni du district du juge de paix qui avait délivré le mandat et auquel les policiers devaient rapporter tout ce qu'ils auraient trouvé en perquisitionnant. Le juge Lamoureux a décidé que le mandat en cause était nul *ab initio*.

Le juge Lamoureux a examiné ensuite la question de savoir s'il y avait lieu, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, d'exclure les éléments de preuve saisis au cours de la perquisition. Il a dit que la possibilité d'exercer un recours civil n'était pas pertinente relativement à la question de l'exclusion dans une procédure pénale. Puis, il a ajouté:

Or, les Tribunaux ont reconnu à partir de l'Arrêt Rothman que j'ai déjà cité et depuis l'adoption de la Charte qu'un Juge au procès a le pouvoir d'écarter une preuve si cette preuve est de nature à déconsidérer l'administration de la Justice. Le tout devant se faire dans le cadre et dans l'appréciation des faits propres à chaque cause, il n'est pas de règle générale mais ici je dois considérer les faits mis en preuve dans la présente cause.

Il a examiné ensuite les moyens utilisés pour la perquisition. Il a convenu qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé avait des stupéfiants dans la maison, et qu'un mandat valide aurait pu être délivré. Ensuite, le juge Lamoureux a noté le grand nombre de poli-

that had been present June 21, the absence of any preliminary announcement of their presence or request to enter, and the fact that the police simply broke in the door as soon as they arrived. Lamoureux J.S.P. referred to the decision of this Court in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, and the common law requirement that the police must announce their presence prior to entry, absent exigent circumstances. He noted that the police had called out "police" once they entered. He said that he had been struck during the hearing by the fact that no drugs had been found during the search. He then stated:

[TRANSLATION] It seems to me, and I do not state it categorically, but I am under the impression that the police attended at the accused's premises in order to search not only for drugs, but also to search generally, or rather, to use the popular expression, to go on a fishing expedition. This obviously repudiates the Act and the case law.

A factor that guided the judge's decision was that this was the second search of the accused's home, executed in the same manner. Taking all of the facts together, the judge concluded that the seized objects should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. He said:

In view of the particular evidence in the case at bar I think that, taking into account the fact that initially no one was authorized to enter the accused's house, the warrant was void ab initio, and given the scope of this search, I feel I must apply the provisions of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and exclude from the evidence the items found therein . . .

Since a conviction was impossible without the weapons, the judge acquitted the accused on the three charges.

2. *Quebec Court of Appeal*

The Crown appealed to the Quebec Court of Appeal, composed of Owen, Beauregard and LeBel JJ.A. The Crown conceded that the search had violated the accused's right under s. 8 of the *Charter*, and only challenged the exclusion of the

ciers présents le 21 juin, le fait qu'ils n'ont donné aucun avertissement préalable de leur présence ni demandé à être admis, et le fait que les policiers ont simplement enfoncé la porte dès leur arrivée. Le juge Lamoureux s'est référé à l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, et a mentionné l'exigence de *common law* selon laquelle les policiers doivent annoncer leur présence avant d'entrer, à moins qu'il n'existe des circonstances critiques. Il a fait remarquer qu'une fois entrés, les policiers avaient crié «police». Au cours de l'audience, il avait été frappé, a-t-il dit, par le fait que la perquisition n'avait permis de découvrir aucun stupéfiant. Puis il a affirmé:

Il me semble, je ne l'affirme pas catégoriquement, mais je suis sous l'impression qu'on s'est présenté chez l'accusé dans le but de perquisitionner non seulement pour des stupéfiants mais perquisitionner non spécifiquement mais bien plutôt, pour employer une expression populaire, pour aller à la pêche, ce que répudie évidemment la Loi et la jurisprudence.

Le juge a tenu compte du fait que c'était la deuxième fois qu'une perquisition était faite de cette manière au domicile de l'accusé. Prenant en considération l'ensemble des faits, le juge a conclu que les objets saisis devaient être exclus en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Voici ce qu'il a dit à ce propos:

Vis-à-vis cette preuve particulière à la présente affaire, je crois que compte tenu qu'à l'origine personne n'était autorisé à entrer chez l'accusé, le mandat étant nul «ab initio», étant donné l'ampleur de cette perquisition, je crois que je doive appliquer les dispositions de l'article 24(2) de la Charte Canadienne des Droits et Libertés, et exclure de la preuve les objets qu'on y a trouvés . . .

Comme une déclaration de culpabilité était impossible sans avoir les armes comme pièces à conviction, le juge a acquitté l'accusé relativement aux trois accusations.

2. *Cour d'appel du Québec*

Appel a été interjeté par le ministère public devant la Cour d'appel du Québec (formation composée des juges Owen, Beauregard et LeBel). Le ministère public a reconnu que la perquisition avait porté atteinte aux droits garantis à l'accusé

evidence under s. 24(2). Genest argued that the exclusion of evidence was not a question of law alone, and that the Court of Appeal could not review the question of exclusion without re-assessing the facts found by the trial judge. Alternatively, he argued that the trial judge had properly excluded the evidence.

Owen J.A., with whom Beauregard J.A. concurred, held that the appeal did raise a question of law alone. With respect, I agree. See *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499 (Man. C.A.), at p. 509; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 127. Owen J.A. stated that the Court of Appeal would accept the facts found by the trial judge with respect to the issuance and execution of the warrant and decide on those facts whether the search and seizure were unreasonable. Owen J.A. accepted that the accused's right under s. 8 had been infringed, since the warrant had been improperly issued. The only question was whether the evidence had been properly excluded.

Owen J.A. then considered s. 24. He stated that s. 24(1) contains a general remedy for all those whose *Charter* rights have been infringed, and authorizes a wide variety of remedies, including traditional civil remedies against the person who infringed the *Charter* right. Section 24(2) provides a narrow specific remedy of the exclusion of evidence, available only when the evidence was to be obtained in a manner that infringes or denies a *Charter* right or freedom and its admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. Owen J.A. noted that the accused did not seek any remedy under s. 24(1) between the search of his house and the date of the trial.

Owen J.A. then considered the origin and purpose of s. 24(2), as well as different theories of interpretation. He rejected what he termed the two

par l'art. 8 de la *Charte* et n'a fait que contester l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2). Genest, pour sa part, a soutenu que l'exclusion de la preuve n'était pas une question de droit seulement et que la Cour d'appel ne pouvait se pencher sur la question de l'exclusion sans faire une nouvelle appréciation des faits constatés par le juge du procès. Il a fait valoir subsidiairement que c'était à juste titre que le juge du procès avait exclu la preuve en cause.

Le juge Owen, avec l'appui du juge Beauregard, a statué que l'appel soulevait une question de droit seulement. Avec égards, je suis d'accord. Voir *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Man.), à la p. 509; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 127. La Cour d'appel, a dit le juge Owen, accepterait les conclusions de fait du juge du procès relativement à la délivrance et à l'exécution du mandat et déciderait en fonction de ces faits si la perquisition et la saisie étaient abusives. Le juge Owen a convenu que les droits garantis à l'accusé par l'art. 8 avaient été violés, puisque le mandat avait été délivré irrégulièrement. L'unique question en litige était de savoir si c'était à bon droit qu'on avait exclu la preuve.

Le juge Owen a analysé ensuite l'art. 24. Il a déclaré que le par. 24(1) offre un recours général à tous ceux qui ont été victimes d'une atteinte aux droits garantis par la *Charte* et qu'il autorise une grande variété de recours, y compris les recours civils traditionnels contre la personne qui a porté atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Le paragraphe 24(2) prévoit l'exclusion d'éléments de preuve, une réparation précise de portée restreinte dont on ne peut bénéficier que lorsque ces éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et que leur utilisation comme preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Owen a souligné qu'entre le jour de la perquisition et la date du procès, l'accusé n'a demandé aucune réparation fondée sur le par. 24(1).

Puis le juge Owen a étudié l'origine et l'objet du par. 24(2), ainsi que diverses théories d'interprétation. Il a rejeté ce qu'il a appelé les interprétations

extremes of interpretation, the one, that s. 24(2) is an automatic rule of exclusion and, the other, an exceptional provision that is to be exercised rarely. The automatic exclusionary rule of the United States evolved in a social atmosphere of police brutality and racial hatred. Section 24(2) was not adopted in the same social atmosphere as the American rule and Canadian courts should not follow the American approach.

The correct interpretation of s. 24(2), in Owen J.A.'s view, is that it is a restricted remedy for those whose rights have been infringed, while s. 24(1) is the general remedy. Section 24(2) is not intended to deter police from violating *Charter* rights and is not a means for judicial control of the police. Nor should evidence be excluded under s. 24(2) on the ground that exclusion of evidence is the only effective remedy for a breach of *Charter* rights.

Owen J.A. then discussed the trial judge's decision to exclude the evidence. He interpreted Lamoureux J.S.P. as saying *simpliciter* that if evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right, it had to be excluded. Owen J.A. thought that the trial judge had failed to consider the second requirement of s. 24(2), namely, that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence. This amounted to an automatic rule of exclusion, which was an error in law.

Since the trial judge erred, Owen J.A. went on to consider whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. If the evidence were admitted, the appellant would stand trial on the merits of the accusation, with full opportunity to make a defence. It might be that he would be convicted, or he might be acquitted if the Crown failed to establish possession on the facts of the case. If the evidence were excluded, the appellant would have been acquitted because of a defective search warrant. Owen J.A. made little or no reference to the

extrêmes, l'une, que le par. 24(2) constitue soit une règle d'exclusion automatique, l'autre, qu'il est une disposition d'exception à laquelle on doit avoir rarement recours. La règle d'exclusion automatique en vigueur aux États-Unis a évolué dans un climat social de brutalité policière et de haine raciale. Le climat dans lequel a été adopté le par. 24(2) était tout autre et les tribunaux canadiens ne devraient pas suivre la règle américaine.

Selon le juge Owen, la bonne interprétation du par. 24(2) est celle suivant laquelle il offre un recours de portée restreinte aux personnes victimes d'une atteinte à leurs droits. Le paragraphe 24(1), par contre, prévoit un recours général. Le paragraphe 24(2) ne vise pas à dissuader la police de porter atteinte à des droits garantis par la *Charte* et ne constitue pas un moyen d'exercer un contrôle judiciaire sur la police. Par ailleurs, la preuve ne doit pas être écartée en vertu du par. 24(2) pour le simple motif que c'est la seule réparation efficace dans le cas d'une violation de droits conférés par la *Charte*.

Le juge Owen a traité ensuite de la décision du juge du procès d'écarter les éléments de preuve en cause. D'après lui, le juge Lamoureux de la Cour des sessions de la paix a dit simplement que, si des éléments de preuve sont obtenus d'une manière qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*, ils doivent être exclus. Le juge Owen pensait que le juge du procès avait omis de prendre en considération la seconde exigence du par. 24(2), savoir que l'utilisation de la preuve en question soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cela équivalait à une règle d'exclusion automatique, ce qui constituait une erreur de droit.

Puisque le juge du procès avait commis une erreur, le juge Owen a poursuivi son analyse pour déterminer si l'utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si la preuve était admise, l'appelant subirait un procès au fond relativement à l'accusation et il aurait toutes les possibilités de présenter une défense. Il se pourrait alors qu'il soit reconnu coupable ou encore qu'il soit acquitté si le ministère public ne réussissait pas à établir la possession d'après les faits. Dans l'hypothèse où la preuve serait écartée, l'appelant serait acquitté en raison

manner in which the search was carried out. He focussed almost entirely on the defects in the search warrant, and, in his view, to exclude evidence in this case because of a defective search warrant would bring the administration of justice into disrepute. Owen J.A. thought that such an acquittal without any consideration of the evidence on the merits would be far more likely to bring the administration of justice into disrepute than would the admission of the evidence. He concluded that the evidence should have been admitted. He set aside the acquittal, and ordered a new trial. He stated his conclusions as follows at p. 2947:

1. the present appeal by the Crown involves a question of law alone and the Respondent's preliminary objection is unfounded;

2. the search and seizure in virtue of the second warrant issued 20 June 1984 were unreasonable ("*abusives*") and infringed Genest's right under s. 8 of the Charter;

3. the three weapons seized in virtue of the later warrant should not have been excluded as evidence on the ground that they were obtained in a manner that would bring the administration of justice into disrepute (s. 24 par. 2 Charter), but rather they should have been admitted as evidence on the ground that their admission would not bring the administration of justice into disrepute.

LeBel J.A. dissented. He gave a broader interpretation of s. 24(2) than Owen J.A. and concluded that the circumstances justified exclusion. He did not characterize the warrant as simply technically defective, but as a nullity that was executed in an unjustified fashion. He agreed that the reasons of Lamoureux J.S.P. did not clearly show that he had considered the two requirements of s. 24(2) separately. LeBel J.A. therefore thought it necessary to re-examine the case as a whole. He noted that s. 24(2) had changed the old common law position on the exclusion of illegally obtained evidence, as set out in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, but it did not create an automatic exclusionary

de l'irrégularité du mandat de perquisition. Le juge Owen a très peu parlé de la manière dont la perquisition avait été effectuée. Il s'est arrêté presque exclusivement aux vices que comportait le mandat de perquisition et, selon lui, écarter des éléments de preuve en l'espèce à cause d'un vice dans le mandat de perquisition déconsidérerait l'administration de la justice. Le juge Owen a estimé qu'un verdict d'acquittement rendu sans qu'il soit tenu aucun compte de la preuve portant sur le fond du litige, serait beaucoup plus susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que ne le serait l'utilisation des éléments de preuve. Il a donc conclu que cette preuve aurait dû être admise, a annulé l'acquittement et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Owen a formulé ses conclusions de la manière suivante, à la p. 2947:

[TRADUCTION] 1. Le présent appel formé par le ministère public porte sur une question de droit seulement et l'objection préliminaire de l'intimé est sans fondement;

2. La perquisition et la saisie effectuées en vertu du second mandat, délivré le 20 juin 1984, étaient abusives et portaient atteinte au droit garanti à Genest par l'art. 8 de la Charte;

3. Les trois armes saisies en vertu du deuxième mandat n'auraient pas dû être exclues comme éléments de preuve pour le motif qu'elles avaient été obtenues d'une manière susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (par. 24(2) de la Charte); au contraire, elles auraient dû être admises en preuve parce que leur utilisation n'aurait pas déconsidéré l'administration de la justice.

Le juge LeBel était dissident. Son interprétation du par. 24(2) est plus large que celle du juge Owen et il a conclu que l'exclusion était justifiée dans les circonstances. Selon lui, il s'agissait non pas d'un mandat comportant un simple vice de forme, mais d'un mandat entaché de nullité qui avait été exécuté d'une manière injustifiée. Il a convenu qu'il ne se dégageait pas clairement des motifs du juge Lamoureux que celui-ci avait étudié séparément les deux exigences du par. 24(2). Le juge LeBel a donc cru nécessaire de réexaminer l'affaire dans son ensemble. Il a fait observer que le par. 24(2) avait changé la vieille règle de *common law*, énoncée dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272,

rule. After reviewing decisions of the Courts of Appeal of Ontario and British Columbia, LeBel J.A. concluded that s. 24(2) provides a remedy in addition to that of s. 24(1). It is not enough that there be an infringement of a *Charter* right. The additional requirement of s. 24(2) must be met. The trial judge must consider all of the facts of the case and the way the evidence was obtained. The existence of other remedies should not affect the availability of the remedy of exclusion under s. 24(2). The section requires the judge to make a value judgment in light of all the circumstances. The seriousness of the infringement is an important factor to consider, as Wilson J. pointed out in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383. A flagrant denial of a *Charter* right by the police is far more likely to result in exclusion of evidence than other breaches. Not every breach of a *Charter* right, particularly technical or minor ones, will support the exclusion of evidence.

LeBel J.A. then considered the facts of the case. He held that there had been more than a simple technical defect in the search warrant. He pointed out that the trial judge had considered the manner of execution of the search as well, the facts of which had not been contested. In addition to the invalid search warrant, there was a massive deployment of police, early in the morning, who broke into the house without any advance warning. LeBel J.A. stated that there could easily be imagined cases of urgency or danger where such a way of proceeding could be justified without difficulty, but there was nothing in the file before the court to suggest that such circumstances existed in this case. In the absence of any such proof, the way the police carried out the search was itself abusive. LeBel J.A. concluded that the illegality of the search, combined with the abusive fashion it was carried out, required the exclusion of the evidence.

concernant l'exclusion de preuves obtenues illégalement, mais qu'il n'avait pas établi une règle d'exclusion automatique. Après avoir passé en revue des arrêts des cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, le juge LeBel a conclu que le par. 24(2) offre une réparation en sus de celle prévue au par. 24(1). La violation d'un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas. Il faut en outre satisfaire à la seconde exigence du par. 24(2). Le juge du procès doit prendre en considération tous les faits ainsi que la façon dont la preuve a été obtenue. L'existence d'autres recours ne devrait pas influer sur la possibilité d'obtenir l'exclusion en vertu du par. 24(2). Ce paragraphe oblige le juge à porter un jugement de valeur en tenant compte de toutes les circonstances. La gravité de l'atteinte est un facteur important à retenir, comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. La violation flagrante par la police d'un droit garanti par la *Charte* entraînera beaucoup plus probablement l'exclusion d'éléments de preuve que ne le feront d'autres atteintes. Les atteintes à un droit garanti par la *Charte* ne justifieront pas toutes l'exclusion de preuves, d'autant moins qu'il s'agira de simples irrégularités ou d'atteintes mineures.

Le juge LeBel a ensuite examiné les faits de l'affaire. Il a conclu que le mandat de perquisition comportait plus qu'un simple vice de forme. Le juge du procès, a-t-il souligné, avait aussi pris en compte les conditions dans lesquelles la perquisition avait été effectuée et les faits à ce sujet n'ont pas été contestés. Outre l'invalidité du mandat de perquisition, il y a eu un déploiement massif de policiers tôt le matin et ces policiers ont fait irruption dans la maison sans avertissement préalable. Le juge LeBel a dit qu'on pouvait facilement concevoir des cas d'urgence ou de danger où une telle façon de procéder pourrait se justifier sans difficulté, mais que rien au dossier produit devant la cour ne permettait de conclure à l'existence de telles circonstances en l'espèce. En l'absence de preuve de ce genre, la manière de perquisitionner adoptée par la police était abusive en soi. Le juge LeBel a conclu qu'ajoutée à l'illégalité de la perquisition, la manière abusive de procéder commandait l'exclusion des éléments de preuve en cause.

The following two passages at pp. 2962-63 encapsulate his reasoning:

[TRANSLATION] This is not only a case of violation of technical rules for the issuance of a warrant. At the time of the search, which was carried out on June 21, 1984, the warrant allegedly issued pursuant to the *Narcotic Control Act*, was void, as no authorized officer was designated therein. The guarantee against unreasonable search and seizure was violated. In itself, if that had been all there was, despite the legal importance of the violation of the right, it would just be a case of a defect of a technical nature in the search, even though the police should have known that the warrant which authorized them to act was a nullity.

However, the judgment sets out other circumstances: ... Early in the morning, without notice, without warning, a large number of police officers surrounded the building where the respondent was found. No valid explanation was advanced to justify either the size of this deployment or the very manner of proceeding. One can imagine situations of necessity, of danger, or of urgency, which would justify recourse to such drastic methods. The evidence does not indicate the existence of such a situation. In the absence of such justification, the manner in which the police operation was carried out had an abusive character in this case in that the police intervention was apparently explained by the possibility of the offence of illegal possession of drugs having been committed ... It [the wrongful entry into the residence] was carried out without the necessary warnings or notice being given. The illegality of the search and the nature of the methods employed in carrying out the search, required, if we intend to ensure that the legal system is respected, that the evidence obtained be excluded. A refusal to give effect to the legal guarantees would bring the administration of justice into disrepute just as much as an overly technical or finicky application of these guarantees, even in the case of minor violations.

LeBel J.A. would therefore have dismissed the appeal.

VI

Section 24 and the Exclusion of Evidence

1. *Submissions of the Parties*

The respondent Crown does not challenge Lamoureux J.S.P.'s conclusion that the search violated s. 8 of the *Charter*. Nor does the respondent challenge his conclusion that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied a

On trouve dans les deux passages reproduits ci-après un condensé de son raisonnement (aux pp. 2962 et 2963):

On ne se trouvait pas seulement devant une violation des règles techniques relatives à l'émission du mandat. Lors d'une perquisition effectuée le 21 juin 1984, le mandat soi-disant émis en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* était nul, l'officier autorisé n'y étant pas désigné. Les garanties contre les perquisitions déraisonnables se trouvaient violées. En soi, s'il n'y avait que cela, en dépit de l'importance juridique de la violation du droit, on se trouverait plutôt devant un vice à caractère technique de la perquisition, même si les policiers devaient cependant connaître la nullité du mandat qui les autorisait à agir.

Cependant, le jugement établit d'autres circonstances: [...] Tôt le matin, sans sommation, sans avertissement, un nombre considérable de policiers ont entouré l'immeuble où se trouvait l'intimé. Aucune explication valable n'a été avancée pour justifier aussi bien l'importance de ce déploiement que la manière même de procéder. On peut imaginer des situations de nécessité, de danger ou d'urgence qui justifieraient le recours à des méthodes aussi énergiques. La preuve n'en démontre pas l'existence. En l'absence d'une telle justification, la façon de mener l'opération policière avait donc un caractère abusif dans ce cas où l'intervention policière s'expliquait apparemment par la possibilité d'une infraction de possession illégale de stupéfiants [...] Elle [la violation du domicile] s'est faite sans que les avertissements ou les sommations nécessaires aient été donnés. L'illégalité de la perquisition et la nature des méthodes employées pour la réalisation, dans la mesure où l'on entend assurer le respect du système juridique, imposaient l'exclusion de la preuve obtenue. Le refus de donner effet aux garanties juridiques déconsidérerait tout autant l'administration de la justice que leur application trop technique ou vétilleuse, même dans le cas d'infractions mineures.

Le juge LeBel aurait donc rejeté l'appel.

VI

L'article 24 et l'exclusion d'éléments de preuve

1. *Les arguments des parties*

Le ministère public ne conteste pas la conclusion du juge Lamoureux que la perquisition enfreignait l'art. 8 de la *Charte*. Il ne conteste pas non plus sa conclusion que la preuve avait été obtenue dans des conditions qui portaient atteinte à un droit

Charter right, which is the first requirement for exclusion under s. 24(2). As I have indicated, the sole issue for the Court in this case is whether the admission of the evidence so obtained would bring the administration of justice into disrepute.

The appellant submits that Owen J.A. misunderstood the basis of the argument that the appeal did not raise a question of law alone, which was that the trial judge's decision was based in part on the impression the extent of the search made on him. Appellant argues that in overturning Lamoureux J.S.P.'s decision the Court of Appeal reassessed his findings about the motives of the police. The appellant also argues that because of the seriousness of the violations caused by the invalid warrant and the way the search was carried out, the evidence ought to be excluded.

The respondent Crown argues that the Court of Appeal correctly set aside Lamoureux J.S.P.'s decision because he failed to consider the effects of the admission of the evidence on the administration of justice. The respondent agrees with Owen J.A.'s conclusion that Lamoureux J.S.P. simply held that the evidence had been obtained in a manner that infringed a *Charter* right and therefore was to be excluded as a matter of course, which was an error of law. Alternatively, the respondent argues that under the principles set out by this Court in *R. v. Collins*, *supra*, the evidence should be admitted.

2. *Tests Applied by Lamoureux J.S.P.*

The first question which arises is whether Lamoureux J.S.P. correctly applied both stages of s. 24(2) in his decision to exclude the evidence. The text of s. 24(1) and (2) makes it clear that more than a violation of a *Charter* right is necessary before evidence will be excluded. The evidence must additionally have been "obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms" guaranteed by the *Charter*, and it must be established that the admission of the evidence

garanti par la *Charte*, ce qui est la première exigence à remplir pour son exclusion en vertu du par. 24(2). Comme je l'ai déjà signalé, la seule question à trancher en l'espèce est de savoir si l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appelant prétend que le juge Owen a mal compris le fondement de l'argument selon lequel l'appel ne soulevait pas une question de droit seulement, argument qui reposait en réalité sur le fait que la décision du juge du procès était en partie fondée sur l'impression que lui avait faite l'ampleur de la perquisition. L'appelant soutient que, pour infirmer la décision du juge Lamoureux, la Cour d'appel a procédé à un réexamen de ses conclusions concernant les motifs de la police. L'appelant fait valoir en outre qu'en raison de la gravité des violations résultant du mandat invalide et des conditions dans lesquelles la perquisition a été effectuée, la preuve ainsi obtenue devrait être écartée.

Le ministère public allègue que c'est à bon droit que la Cour d'appel a infirmé la décision du juge Lamoureux parce qu'il n'avait pas pris en considération les effets de l'utilisation de la preuve sur l'administration de la justice. L'intimée appuie la conclusion du juge Owen selon laquelle le juge Lamoureux a simplement décidé que la preuve avait été obtenue dans des conditions qui portaient atteinte à un droit garanti par la *Charte* et qu'elle devait en conséquence être exclue automatiquement, ce qui était une erreur de droit. L'intimée prétend subsidiairement qu'en vertu des principes énoncés par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, la preuve devrait être admise.

2. *Les critères appliqués par le juge Lamoureux*

La première question qui se pose est de savoir si le juge Lamoureux a appliqué correctement les deux volets du par. 24(2) en décidant d'écarter la preuve. Il ressort nettement du texte des par. 24(1) et (2) qu'il faut plus qu'une violation d'un droit garanti par la *Charte* pour exclure des éléments de preuve. Il faut en outre que ceux-ci aient été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés» garantis par la *Charte* et que leur utilisation soit «susceptible de déconsidé-

"would bring the administration of justice into disrepute." Owen J.A. pointed out that in his conclusion, Lamoureux J.S.P. stated: [TRANSLATION] "I would exclude from the evidence the seizure and the items unlawfully obtained in circumstances that would bring the administration of justice into disrepute" (emphasis added). Owen J.A. understood Lamoureux J.S.P. to be saying that evidence must be excluded if obtained in a manner that infringed a *Charter* right. Owen J.A. held that this approach amounted to an automatic exclusionary rule, which would be an error of law. The respondent supports Owen J.A.'s interpretation of the judgment and argues that the acquittal was properly set aside for that reason alone.

The reasons of Lamoureux J.S.P. are not as clear as they might be, but the reasons were given orally and I think it is important not to focus too closely on the concluding passage of the judgment; the conclusion must be considered in the context of the entire judgment. As LeBel J.A. pointed out, Lamoureux J.S.P. began his discussion of the exclusion of evidence by referring to s. 24(2) and stating that evidence obtained by a *Charter* violation could be excluded if it was likely to bring the administration of justice into disrepute. He then went on to say, in the passage just quoted, that the decision to exclude must be made in light of the circumstances of each case, rather than as a general rule. Lamoureux J.S.P. then referred to the invalidity of the warrant, the large number of police used to search one house for narcotics, and his impression that the police were "on a fishing expedition", as factors that led him to his conclusion that he had to exclude the evidence. Like LeBel J.A., looking at the whole of his decision, I think Lamoureux J.S.P. did consider both requirements of s. 24(2) before concluding that the evidence should be excluded. Unless he was wrong on his decision to exclude, it would have been improper for the Court of Appeal to set aside the acquittal. It was therefore necessary for Owen J.A. to review the admission of the evidence himself, as he

rer l'administration de la justice». Le juge Owen fait observer que, dans sa conclusion, le juge Lamoureux a dit: «. . . j'exclus de la preuve la saisie et les objets illégalement obtenus dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la Justice . . .» (je souligne.) Le juge Owen pensait que le juge Lamoureux voulait dire par là que des éléments de preuve doivent être écartés s'ils ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Selon le juge Owen, cela équivalait à une règle d'exclusion automatique, ce qui constituait une erreur de droit. L'intimée appuie l'interprétation que le juge Owen a donnée à la décision du juge Lamoureux et soutient que c'est à bon droit que l'acquittement a été annulé, ne fût-ce que pour cette raison.

On aurait pu souhaiter que les motifs du juge Lamoureux soient plus clairs, mais il les a présentés oralement et je crois qu'il est important de ne pas trop s'appesantir sur le passage final. La conclusion doit être considérée dans le contexte de l'ensemble du jugement. Comme le souligne le juge LeBel, le juge Lamoureux a commencé son étude de l'exclusion d'éléments de preuve en se référant au par. 24(2) et en affirmant que des preuves obtenues au moyen d'une violation de la *Charte* pourraient être écartées si elles étaient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. Il a ajouté, dans le passage susmentionné, que la décision de prononcer l'exclusion doit être prise en fonction des circonstances de chaque cas, plutôt que par l'application d'une règle générale. Le juge Lamoureux parle ensuite de l'invalidité du mandat, du grand nombre de policiers employés pour perquisitionner dans une seule maison en vue de trouver des stupéfiants et de son impression que la police était allée «à la pêche», autant de facteurs qu'il dit l'avoir amené à conclure qu'il fallait exclure la preuve en question. Tout comme le juge LeBel, quand j'examine l'ensemble de la décision du juge Lamoureux, je crois qu'il a tenu compte des deux exigences du par. 24(2) avant de conclure à l'exclusion de la preuve. Ce n'est que s'il avait eu tort de décider l'exclusion que la Cour d'appel pouvait à bon droit annuler l'acquittement. Le juge Owen devait donc examiner lui-même l'admission de la preuve, ce qu'il fait dans ses motifs de

did in his judgment, and it is necessary for this Court to review his decision.

In his analysis of the effect the admission of the evidence would have on the administration of justice, Owen J.A. considered the effect of excluding it and the effect of admitting it. He pointed out that exclusion of the evidence would mean an automatic acquittal, while admission would mean a trial on the merits with the possibility of an acquittal if the facts of the case warranted it. Elsewhere in his judgment, as I have indicated, he emphasized that the accused had not sought any remedy under s. 24(1), which he considered to be the primary remedial section of the *Charter*. In these circumstances, Owen J.A. concluded that exclusion of the evidence would be likely to bring the administration of justice into disrepute.

With respect, I think that such an approach would mean that in almost every case evidence would be admitted. Any time evidence is excluded there is a strong chance of an acquittal without a trial on the merits. If Owen J.A.'s approach were followed, exclusion of evidence under s. 24(2) would be very rare, probably only in those cases where a conviction was likely in any event. While the purpose of the rule is not to allow an accused to escape conviction, neither should it be interpreted as available only in those cases where it has no effect at all on the result of the trial. The consideration whether to exclude evidence should not be so closely tied to the ultimate result in a particular case. Lamer J. for the majority in *Collins*, *supra*, held that courts should consider the effect on the administration of justice of excluding evidence, but that factor alone should not decide the case.

Again, with respect, I do not think that Owen J.A. was correct to emphasize the accused's failure to seek a remedy under s. 24(1). As Lamer J. pointed out in *Collins*, *supra* (which of course was not available to Owen J.A.), the existence of other

jugement. Par conséquent, force nous est d'examiner la décision du juge Owen.

Dans son analyse de l'effet que l'utilisation de la preuve aurait sur l'administration de la justice, le juge Owen a considéré les conséquences de son exclusion et les conséquences de son utilisation. Il a fait remarquer que l'exclusion de la preuve entraînerait un acquittement automatique, tandis que son admission aurait pour conséquence un procès au fond avec la possibilité d'un acquittement si les faits le justifiaient. Ailleurs dans ses motifs, ainsi que je l'ai déjà indiqué, il souligne que l'accusé n'a demandé aucun redressement en vertu du par. 24(1), qu'il considère comme la principale disposition réparatrice de la *Charte*. Dans ces circonstances, le juge Owen a conclu que l'exclusion de la preuve en question déconsidérerait probablement l'administration de la justice.

Avec égards, j'estime que ce point de vue aurait pour résultat que les preuves seraient admises dans la quasi-totalité des cas. L'exclusion de preuve augmente beaucoup la probabilité que soit rendu un verdict d'acquittement sans procès sur le fond. Si l'on devait adopter l'approche proposée par le juge Owen, l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) serait très rare, et ne se produirait vraisemblablement que dans les affaires où une déclaration de culpabilité est probable en tout état de cause. Bien que la règle ne vise pas à permettre à un accusé d'échapper à une déclaration de culpabilité, il faut aussi éviter de lui donner une interprétation selon laquelle on ne peut s'en prévaloir que lorsqu'elle n'a aucune incidence sur l'issue du procès. La décision d'exclure des éléments de preuve ne devrait pas être si étroitement liée à l'issue d'une cause. Le juge Lamer, se prononçant au nom de la majorité dans l'arrêt *Collins*, précité, a dit que les tribunaux doivent tenir compte de l'effet que l'exclusion d'éléments de preuve aura sur l'administration de la justice, mais que ce seul facteur ne devrait pas être décisif.

Je répète, avec égards, qu'à mon avis le juge Owen a eu tort d'insister sur l'omission de l'accusé de demander une réparation en vertu du par. 24(1). Ainsi que le fait remarquer le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, précité (dont le juge Owen ne

remedies is irrelevant to the decision whether to exclude the evidence under s. 24(2).

3. *Test Established by Collins*

a) Fairness of the Trial

In *Collins*, *supra*, Lamer J. for the majority listed a variety of factors to consider in deciding if the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. He divided these factors into three broad groups. The first group concerns the effect the admission of the evidence would have on the fairness of the trial. Would the admission of the evidence change the balance of the trial because of the nature of the particular *Charter* infringement in that case? Lamer J. held that the use of an incriminating statement obtained after the denial of the right to counsel would be an example of an unfair effect, but also held that the admission of real evidence obtained from violation of a *Charter* right would not be likely to affect the fairness of the trial.

One factor to consider in assessing the fairness of a trial is whether an accused is forced to assist the Crown to build the case against himself or herself. The common law has recognized that it is up to the Crown to prove the case entirely, and that it is unfair to conscript accused persons against themselves. In this case, the appellant seeks to have real evidence excluded. The evidence was not created by the breach of a *Charter* right, nor was it found by forcing the appellant to participate in the illegal search or to identify the objects seized in the search. On the facts of this case, I do not think that the admission of the evidence would have an unfair effect on the trial.

b) Seriousness of the *Charter* Violation

Lamer J.'s second group of factors relate to the seriousness of the violation and the reasons for it, which are important considerations in assessing the effect admission would have on the administra-

pouvait évidemment pas bénéficier), l'existence d'autres recours est sans pertinence quant à la question de savoir s'il y a lieu d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2).

3. *Le critère établi dans l'arrêt Collins*

a) L'équité du procès

Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer, au nom de la majorité, a énuméré plusieurs facteurs à prendre en considération pour décider si l'utilisation d'éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Il a divisé ces facteurs en trois grands groupes: le premier est l'effet que l'utilisation de la preuve aurait sur l'équité du procès. L'utilisation de la preuve changerait-elle l'équilibre du procès en raison de la nature de la violation particulière de la *Charte* dans le cas visé? Le juge Lamer a déclaré que l'utilisation d'une déclaration incriminante qu'on a obtenue après avoir porté atteinte au droit à l'assistance d'un avocat serait un exemple d'effet inéquitable, mais par ailleurs que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* ne compromettrait probablement pas le caractère équitable du procès.

Un facteur à considérer dans la détermination de l'équité du procès est la question de savoir si l'accusé a été forcé de prêter son concours au ministère public pour réunir des preuves contre lui-même. La *common law* reconnaît qu'il incombe entièrement au ministère public de faire la preuve et qu'il est inéquitable de conscrire des accusés contre eux-mêmes. En l'espèce, l'appelant demande l'exclusion d'une preuve matérielle. Cette preuve n'a pas été créée par la violation d'un droit garanti par la *Charte* et on ne l'a pas découverte après avoir forcé l'accusé à participer à la perquisition illégale ou à identifier les objets saisis au cours de la perquisition. Compte tenu des faits de l'espèce, je ne crois pas que l'utilisation de la preuve rende le procès inéquitable.

b) La gravité de la violation de la *Charte*

Le deuxième groupe de facteurs mentionnés par le juge Lamer se rapporte à la gravité de la violation et aux raisons de cette violation. Il s'agit là de considérations importantes qui entrent en

tion of justice. He quoted the following passage from Le Dain J.'s reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652:

> The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitutional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence. [Emphasis added.]

To these factors, Lamer J. would add that the availability of other investigatory techniques would make the *Charter* violation more serious, since the police could have proceeded properly and reached the same result without infringing the *Charter*.

In this case, the trial judge held that the warrant was invalid and the search illegal. While the respondent does not challenge that conclusion, it is necessary to examine the nature of the defects and the way the search was carried out to assess the effect admitting the evidence would have on the administration of justice.

The respondent describes the defect in the warrant as simply technical and argues that there was no evidence that the defect was intentional on the part of the police. The respondent argues that the breach of the *Charter* right was not a serious one and that the evidence can be admitted without bringing the administration of justice into disrepute. Owen J.A. was of the same opinion, saying that exclusion of evidence would mean the accused would be acquitted because of a defect in the warrant.

I do not agree that the defects in the warrant can be described as simply technical. The major defect was that the warrant did not name the officer who was to execute the warrant, as required by s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*. That requirement is an important one. It is a special condition for drug searches of dwelling-houses. It is not found in the general *Criminal Code* search provisions. To ignore this special Parliamentary directive for searches of dwellings is

ligne de compte dans la détermination de l'effet que l'utilisation de la preuve aurait sur l'administration de la justice. Il cite le passage suivant tiré des motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 652:

> La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve. [Je souligne.]

À ces facteurs, le juge Lamer ajouterait que l'existence d'autres méthodes d'enquête aggraverait la violation de la *Charte*, puisque la police aurait pu alors procéder régulièrement et atteindre le même résultat sans enfreindre la *Charte*.

En l'espèce, le juge du procès a conclu à l'invalidité du mandat et à l'illégalité de la perquisition. Quoique l'intimée ne conteste pas cette conclusion, il est nécessaire d'examiner la nature des vices ainsi que la manière dont la perquisition a été effectuée, afin d'évaluer l'effet que l'utilisation de la preuve aurait sur l'administration de la justice.

L'intimée décrit le vice dont le mandat est entaché comme un simple vice de forme et prétend que rien ne prouve qu'il s'agit de la part de la police d'une irrégularité voulue. D'après l'intimée, l'atteinte au droit garanti par la *Charte* n'était pas grave et la preuve obtenue peut être utilisée sans déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Owen était du même avis, disant que l'exclusion de la preuve aboutirait à l'acquittement de l'accusé en raison d'un mandat irrégulier.

Je ne partage pas l'avis selon lequel les vices qui entachent le mandat peuvent être qualifiés de vices de pure forme. Le vice principal était que le mandat ne nommait pas l'agent qui devait l'exécuter, comme l'exigeait le par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Or, cette exigence est capitale. Il s'agit d'une condition spéciale à laquelle sont soumises les perquisitions dans des maisons d'habitation en vue de trouver des stupéfiants. Elle ne se trouve pas dans les dispositions générales du *Code*

not merely a technical defect. Parliament has stated that searches of dwellings for drugs are special. The complete absence of times of execution or a listing of the objects to be searched for is a further indication of the worthlessness of the warrant in this case. I think it could be said that the justice of the peace issued a fishing licence, not a search warrant. The power to search a dwelling-house under a s. 10(2) warrant is significantly broader than the search power granted by a warrant under s. 443 of the *Criminal Code*, as several courts have noted. A narcotic search warrant can be executed at any time, unlike a *Criminal Code* warrant which normally must be executed during the day (s. 444). There is no requirement that the goods seized be taken to the justice who issued the s. 10(2) warrant, unlike the *Criminal Code* warrant (s. 443(1)). The naming requirement has been consistently interpreted by the courts as an important part of the search warrant provisions of the *Narcotic Control Act*, emphasizing the seriousness of a search of a dwelling-house and the extent of the powers granted by the warrant. In *Eccles v. Bourque*, *supra*, this Court said at pp. 746-47:

criminel régissant les perquisitions. Ne pas tenir compte de cette directive spéciale émanant du Parlement, concernant les perquisitions dans les logements n'est pas un simple vice de forme. Le législateur a dit que les perquisitions effectuées dans des logements à la recherche de stupéfiants représentent un cas particulier. L'absence de toute mention des heures d'exécution ou des objets recherchés constitue une autre indication de la nullité du mandat en cause. Je crois qu'on peut affirmer que le juge de paix a délivré un «permis de pêche» plutôt qu'un mandat de perquisition. Le pouvoir de perquisitionner dans un logement en vertu d'un mandat délivré conformément au par. 10(2) est nettement plus large que dans le cas du mandat délivré en vertu de l'art. 443 du *Code criminel*, comme l'ont souligné d'ailleurs plusieurs tribunaux. À la différence d'un mandat délivré en vertu du *Code criminel*, qui doit normalement être exécuté le jour (art. 444), un mandat de perquisition en matière de stupéfiants peut s'exécuter à n'importe quel moment. À la différence d'un mandat prévu au *Code criminel* (par. 443(1)), il n'est pas exigé de rapporter les biens saisis au juge de paix qui a lancé le mandat en vertu du par. 10(2). Les tribunaux ont invariablement statué que l'obligation de nommer l'agent constitue une partie importante des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* relatives aux mandats de perquisition, puisqu'elle fait ressortir la gravité d'une perquisition menée dans une maison d'habitation ainsi que l'étendue des pouvoirs accordés par le mandat. Dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, cette Cour a dit, aux pp. 746 et 747:

> Except in exigent circumstances, the police officers must make an announcement prior to entry. There are compelling considerations for this. An unexpected intrusion of a man's property can give rise to violent incidents. It is in the interests of the personal safety of the householder and the police as well as respect for the privacy of the individual that the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance. No precise form of words is necessary. In *Semayne's Case* it was said he should "signify the cause of his coming, and to make request to open doors". In *Re Curtis*, nine of the judges were of opinion that it was sufficient that the householder have notice that the officer came not as a mere trespasser but claiming to act under a proper authority,

> Excepté dans des circonstances critiques, les agents de police doivent faire une annonce avant d'entrer. Il y a des raisons péremptoires pour cela. Une intrusion inattendue dans la propriété de quelqu'un peut donner lieu à des incidents violents. C'est dans l'intérêt de la sécurité personnelle du chef de la maison et de la police aussi bien que dans l'intérêt du respect dû à l'intimité de l'individu que la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis. Aucune formule précise n'est nécessaire. Dans l'arrêt *Semayne* on a dit qu'il devait [TRADUCTION] «signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes». Dans l'affaire de *Richard Curtis*, neuf des juges ont été d'avis qu'il suffisait que le chef de maison eût avis que l'agent venait

the other two judges being of opinion that the officers ought to have declared in an explicit manner what sort of warrant they had. In *Burdett v. Abbott*, Bayley J. was content that the right to break the outer door should be preceded simply by a request for admission and a denial. The traditional demand was "Open in the name of the King". In the ordinary case police officers, before forcing entry, should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. Minimally they should request admission and have admission denied although it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required.

The same point was made by La Forest J. (dissenting) in the later case of *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 167:

The sanctity of the home is deeply rooted in our traditions. It serves to protect the security of the person and individual privacy. The same thought was expressed as early as 1604 in the language of the day in the first proposition of the celebrated *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, at p. 91 b, 77 E.R. 194, at p. 195 as follows:

1. That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose . . . .

In his book *The Law of Search and Seizure in Canada* (2nd ed. 1984), James A. Fontana states at p. 44:

A higher duty of propriety in execution seems to rest traditionally with an officer who is about to conduct a search of a dwelling house more than with one about to conduct a search of other types of premises such as warehouses, depots, garages and public buildings.

And further, on the same page, he writes:

Clearly, where the place to be searched is a dwelling house there must first be made a formal demand to open before the officer is entitled to effect entry or use force. This applies to all search warrants executed upon a

non comme un simple *trespasser* mais en prétendant agir en vertu de pouvoirs réguliers, les deux autres juges étant d'avis que les agents auraient dû déclarer de façon explicite quel genre de mandat ils avaient. Dans l'arrêt *Burdett v. Abbott*, le juge Bayley estimait suffisant que le droit de briser la porte extérieure soit précédé simplement d'une demande à être admis et d'un refus. La demande traditionnelle était «ouvrez au nom du Roi». D'ordinaire les agents de police, avant d'entrer par la force, devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Au minimum ils devraient demander l'admission et se voir dénier l'admission même s'il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis puisse ne pas être requis.

Le même point de vue a été avancé par le juge La Forest (dissident) dans un arrêt ultérieur *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 167:

Le caractère sacré du foyer est profondément ancré dans nos traditions. Il sert à assurer la sécurité de la personne et la vie privée de l'individu. La même idée a été exprimée dès 1604, dans le style du temps, dans la première proposition du célèbre arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, à la p. 91 b, 77 E.R. 194, à la p. 195 de la façon suivante:

[TRADUCTION] 1. Que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos . . .

Dans son livre intitulé *The Law of Search and Seizure in Canada* (2nd ed. 1984), James A. Fontana affirme, à la p. 44:

[TRADUCTION] Traditionnellement, l'obligation de procéder régulièrement semble être plus grande dans le cas d'un agent qui va perquisitionner dans une maison d'habitation que dans celui d'un agent qui va le faire dans d'autres locaux, tels que des entrepôts, des dépôts, des garages et des édifices publics.

À la même page, il ajoute:

[TRADUCTION] Visiblement, lorsque la perquisition doit avoir lieu dans une maison d'habitation, l'agent est tenu d'abord de demander officiellement qu'on lui ouvre, sans quoi il n'a pas le droit d'entrer ou d'avoir recours à la force. Il en va de même de tous les mandats de perquisition visant une maison d'habitation, à moins que

dwelling house, unless the authorizing statute clearly says that no such demand need first be made.

The naming requirement ensures that there is at least one officer who is responsible for the search, who must be personally present and must supervise the search. Because of the greater infringement of the individual's interests caused by the extensive power to search a dwelling-house, some officer must be accountable for the way the search is carried out. The courts have consistently held that a failure to name the officer in a s. 10(2) warrant means that the warrant is invalid: *Re Goodbaum and The Queen*, *supra*; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (P.E.I.S.C.); *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702 (Q.B.T.D.), and *R. and Attorney General of Canada v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375 (Q.B.) Officer Desjean was not even on the property of the appellant when the dwelling was broken into.

While it is not to be expected that police officers be versed in the *minutiae* of the law concerning search warrants, they should be aware of those requirements that the courts have held to be essential for the validity of a warrant. The naming requirement of s. 10(2) is one such requirement. In addition, a police officer should be put on his guard by a warrant that contains as many blank spaces as the one in this case. Common sense suggests that if a form is used, it should be properly filled out, especially when the form itself states that certain details are to be inserted in the blanks.

In conclusion on this point, the defects in the search warrant were serious and the police officers should have noticed them. I do not think the respondent can argue that the police error was inadvertent. The warrant is defective on its face whether it was issued under the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code*. These defects may not be enough in themselves to justify exclusion of the evidence, but at the least they suggest carelessness on the part of the police officers. The defence argues that the defect illustrates more than carelessness, but an established pattern of conduct by

la loi habilitante ne porte clairement qu'une telle demande n'est pas nécessaire.

L'obligation de nommer garantit qu'un agent est désigné responsable de la perquisition, qu'il doit y être présent en personne et qu'il doit la diriger. Comme le large pouvoir de perquisitionner dans une maison d'habitation constitue un plus grand empiétement sur les intérêts de l'individu, il faut qu'un agent soit comptable de la manière dont la perquisition s'effectue. Les tribunaux ont invariablement statué que l'omission de nommer l'agent dans un mandat délivré en vertu du par. 10(2) emportait l'invalidité du mandat: *Re Goodbaum and The Queen*, précité; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (C.S.Î.-P.-É.); *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702 (B.R.D.P.I.), et *R. and Attorney General of Canada v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375 (B.R.) Or, l'agent Desjean ne se trouvait même pas sur la propriété de l'appelant lorsqu'on est entré de force dans la maison.

Bien qu'il ne faille pas s'attendre que les policiers connaissent dans ses menus détails le droit en matière de mandats de perquisition, ils devraient néanmoins être au courant des exigences que les tribunaux ont jugées essentielles pour la validité d'un mandat. L'obligation de nommer l'agent, prévue au par. 10(2), est du nombre de ces exigences. De plus, un policier devrait se défier d'un mandat comportant autant de blancs que celui qui a été délivré en l'espèce. Le bon sens indique que, si l'on se sert d'une formule, elle doit être bien remplie, à plus forte raison quand la formule dit elle-même que certains renseignements doivent être inscrits dans les blancs.

Pour conclure sur ce point, les vices que comportait le mandat de perquisition étaient graves et les policiers auraient dû les remarquer. Je ne crois pas que l'intimée puisse prétendre que l'erreur résultait d'une inadvertance de la part de la police. Le mandat est manifestement vicié, qu'il ait été décerné en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* ou en vertu du *Code criminel*. Ces vices ne suffisent peut-être pas pour justifier l'exclusion de la preuve, mais ils laissent supposer un comportement inconsidéré de la part des policiers. La défense soutient que les vices révèlent non seulement un

the police with regard to the appellant. The serious defects in the warrant must be borne in mind when considering the way the search was carried out.

The appellant also argues that the way the search was executed is relevant to the assessment of the seriousness of the violation. In this case, the appellant argues that the extremely large number of police involved in the search, the failure to give any warning beforehand, and the amount of force used to break into the house, all suggest that the search was unreasonable. The appellant also suggests that the police actions show a pattern of abuse, since they used very similar tactics only the month before. He also points out that the trial judge believed that the police were "on a fishing expedition." He argues that the search in this case was so abusive that the evidence should be excluded.

Counsel for the respondent did not refer to this argument in his factum, concentrating instead on the defects in the warrant, but in oral argument he referred to the appellant's record which included several convictions for violent crimes. He pointed out that the police had knowledge that the appellant had two pit bulls and two Rottweilers on the premises, dogs that have a reputation for viciousness. He also referred to the large number of motorcyclists that had been present the night before the search, as well as the suggestions in the evidence that the appellant was a member of the Hell's Angels. He argued that these facts justified the use of a large number of police in a sudden raid. Finally, he pointed out that the weapons in question had been found in positions of easy access and that they suggested the accused was of a violent nature. Counsel for the respondent argued that the amount of force used to carry out the search had to be weighed against the possibility of violence on the part of the accused.

comportement inconsidéré, mais aussi une attitude bien établie de la police à l'égard de l'appelant. Pour examiner les conditions dans lesquelles la perquisition a été effectuée, il faut avoir présent à l'esprit les vices graves dont le mandat était entaché.

L'appelant fait valoir en outre que les conditions dans lesquelles la perquisition a été effectuée sont pertinentes dans l'évaluation de la gravité de la violation. En l'espèce, l'appelant prétend que le très grand nombre de policiers qui ont participé à la perquisition, l'omission de donner un avertissement préalable et le degré de force utilisé pour pénétrer dans la maison, tendent à démontrer le caractère abusif de la perquisition. L'appelant laisse aussi entendre que les actes de la police montrent une tendance à agir abusivement, puisque des policiers avaient employé des méthodes très semblables seulement un mois auparavant. Il signale également que le juge du procès pensait que la police était allée «à la pêche». Il prétend qu'en l'espèce la perquisition a été à ce point abusive que la preuve ainsi obtenue devait être écartée.

Dans son mémoire, l'avocat de l'intimée a passé cet argument sous silence, préférant arrêter son attention sur les vices du mandat. Au cours des débats, toutefois, il a évoqué le casier judiciaire de l'appelant, qui contient plusieurs déclarations de culpabilité pour des crimes violents. La police, a-t-il souligné, savait que l'appelant gardait chez lui deux bull-terriers et deux rottweilers, des chiens réputés féroces. De plus, l'avocat a mentionné le grand nombre de motocyclistes qui étaient sur les lieux la veille de la perquisition et le fait que certains éléments de preuve indiquent que l'appelant était membre des Hell's Angels. Ces circonstances justifiaient, selon lui, le déploiement de nombreux policiers dans une descente effectuée à l'improviste. Finalement, il a fait observer que les armes en cause avaient été découvertes à des endroits faciles d'accès et que leur présence permettait de penser que l'appelant était de tempérament violent. L'avocat de l'intimée a soutenu que le degré de force employé dans la perquisition devait être apprécié à la lumière de la possibilité de violence de la part de l'accusé.

In the passage from *Therens* quoted earlier, Le Dain J. made the point that the assessment of the seriousness of a constitutional violation must take into account the reasons for the conduct. He gave the example of a situation of urgency, where rapid action is necessary to prevent the loss or destruction of evidence. To this I would add another factor that can be considered, whether the circumstances of the case show a real threat of violent behaviour, whether directed at the police or third parties. Obviously, the police will use a different approach when the suspect is known to be armed and dangerous than they will in arresting someone for outstanding traffic tickets. The consideration of the possibility of violence must, however, be carefully limited. It should not amount to a *carte blanche* for the police to ignore completely all restrictions on police behaviour. The greater the departure from the standards of behaviour required by the common law and the *Charter*, the heavier the onus on the police to show why they thought it necessary to use force in the process of an arrest or a search. The evidence to justify such behaviour must be apparent in the record, and must have been available to the police at the time they chose their course of conduct. The Crown cannot rely on *ex post facto* justifications.

As I have said, counsel for the respondent refers to the weapons found in the house as justification for the amount of force used in the search. This factor would have been an important one if it had been known to the police in advance, for example if the search warrant had been issued to allow the police to seize the weapons. There is nothing in the record to suggest that the police knew of the weapons before they sought the search warrant; Officer Desjean made no mention of weapons as one of the factors that persuaded him to apply for the warrant. I do not think that the respondent can rely on the weapons seized in the search to justify the amount of force used, unless it can also show that the police had reasonable and probable grounds to suspect those weapons would be found.

Dans le passage précité, tiré de l'arrêt *Therens*, le juge Le Dain souligne qu'une évaluation de la gravité d'une violation de la Constitution doit tenir compte des motifs de la conduite en question. Il donne l'exemple d'une situation d'urgence, où l'action rapide permet d'empêcher la perte ou la destruction d'éléments de preuve. J'y ajouterais un autre facteur qu'on peut prendre en considération: existe-t-il dans les circonstances une menace réelle de comportement violent envers la police ou d'autres personnes? Évidemment, les policiers procéderont différemment dans le cas d'un suspect qu'ils savent armé et dangereux qu'ils ne le feront dans le cas d'une arrestation pour non-paiement de contraventions. On doit toutefois fixer des limites précises à la prise en considération de la possibilité de violence. Cela ne devrait pas équivaloir à donner carte blanche à la police pour passer outre à toutes les restrictions auxquelles est soumise la conduite policière. Plus on s'écarte des normes de conduite imposées par la *common law* et par la *Charte*, plus il incombe aux policiers de montrer pourquoi ils ont jugé nécessaire d'avoir recours à la force pour une arrestation ou une perquisition. La preuve justifiant une telle conduite doit être évidente à la lecture du dossier et doit avoir été à la disposition des policiers au moment où ils ont choisi d'agir de la manière en question. Le ministère public ne saurait alléguer des justifications *ex post facto*.

L'avocat de l'intimée, je le répète, invoque les armes découvertes dans la maison comme justification du degré de force employé au cours de la perquisition. Cela aurait été un facteur important si la police en avait eu connaissance à l'avance, par exemple, si le mandat de perquisition avait été délivré pour autoriser la police à saisir les armes. Rien dans le dossier ne laisse supposer que la police savait que les armes existaient avant de demander le mandat de perquisition. L'agent Desjean n'a pas mentionné la présence d'armes comme l'un des facteurs qui l'ont amené à demander le mandat. Je ne crois pas que l'intimée puisse s'appuyer sur la saisie des armes lors de la perquisition pour justifier le degré de force employé, à moins qu'elle ne puisse démontrer en outre que la police avait des motifs raisonnables et probables de soupçonner que ces armes y seraient trouvées.

Defence counsel cross-examined Officer Desjean extensively on his reasons for applying for the search warrant. Defence counsel sought repeatedly to get Desjean to admit that the primary reason he sought the search warrant was because of the presence of the motorcyclists in the house the night before. Officer Desjean insisted that his primary motivation was the information that he had received from his informer. On the issue of the amount of force used in the search, the police witnesses at no point gave any explanation for the reason they thought it necessary to use force, or why they broke into the house without giving the normal warnings the common law requires. No mention was made of why the TACTIC squadron of the Sûreté du Québec was called to assist in breaking open the door. There is an onus on the police, in these circumstances, to explain why they have thought it necessary to depart from the common law restrictions on searches.

I agree with LeBel J.A. that fears for the safety of the searchers and the possibility of violence are reasons for the use of force in the execution of a search warrant, but no attempt was made by the police at trial to lay the factual foundation to support this approach.

I would not wish to be taken to say that the Crown must prove a tendency to violence beyond a reasonable doubt, nor that the Crown cannot refer to past conduct as influencing their decision as to the amount of force thought necessary to carry out a search. The assessment of the amount of force, like the motives for the search in the first place, need not be proven on the same standard of guilt as when proving the elements of an offence. The Crown must, however, lay the evidentiary framework to support the conclusion that there were grounds to be concerned about the possibility of violence. The important point is that the justification for the amount of force used must be made

Le contre-interrogatoire de l'agent Desjean par l'avocat de la défense a porté en grande partie sur les raisons pour lesquelles il avait demandé le mandat de perquisition. L'avocat a tenté à maintes reprises de faire admettre à Desjean que la raison principale en était la présence des motocyclistes dans la maison, la veille. L'agent Desjean a toutefois maintenu avoir été motivé principalement par les renseignements donnés par son informateur. Sur la question du degré de force employé dans la perquisition, les policiers qui ont témoigné n'ont jamais expliqué pourquoi ils ont cru nécessaire d'avoir recours à la force ni pourquoi ils ont fait irruption dans la maison sans donner les avertissements habituels requis par la *common law*. Ils n'ont pas dit pourquoi on a fait appel à l'escouade tactique de la Sûreté du Québec pour aider à défoncer la porte. Dans ces circonstances, il incombe aux policiers d'expliquer pourquoi ils ont jugé nécessaire de ne pas respecter les restrictions qu'impose la *common law* en matière de perquisitions.

D'accord avec le juge LeBel, j'estime que des craintes pour la sécurité des perquisiteurs et la possibilité de violence sont des motifs de recourir à la force dans l'exécution d'un mandat de perquisition, mais, au procès, la police n'a pas essayé d'établir les faits qui pouvaient justifier cette méthode.

Je ne dis pas que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable une tendance à la violence ni que le ministère public ne peut invoquer une conduite antérieure comme facteur qui a influencé la décision quant au degré de force jugé nécessaire pour effectuer une perquisition. Pas plus que les motifs de la perquisition, les éléments qui ont joué dans la détermination du degré de force n'ont pas à être prouvés selon la même norme de culpabilité que celle qui s'applique pour établir les éléments constitutifs d'une infraction. Le ministère public doit néanmoins produire des éléments de preuve pour étayer la conclusion qu'il existait des motifs de craindre la possibilité de violence. Il importe de retenir à cet égard que la justification du degré de force utilisé doit être démontrée dès le départ, c'est-à-dire au procès. Le ministère public ne peut essayer de produire des

clear at the beginning, at trial. The Crown cannot try to rehabilitate its case later on appeal.

The trial judge, who heard the witnesses, did not mention the possibility of violence in his summary of events. Instead, he emphasized that he formed the impression of a police fishing trip, a general search to seize whatever evidence of crimes they could. That assessment of the motive for the search must be given very careful attention by an appellate court, since the reason for the search in this case is of crucial importance in assessing the seriousness of the violation.

Overall, in my opinion the search in this case was a serious breach of s. 8. Not only did the police have a facially defective warrant, they used an excessive amount of force to carry out the search. Well-established common law limitations on the powers of the police to search were ignored. No attempt was made to justify the amount of force used. There is strong reason to believe that this search is part of a continuing abuse of the search powers, since it follows so closely the pattern set the previous month. While the purpose of s. 24(2) is not to deter police misconduct, the courts should be reluctant to admit evidence that shows the signs of being obtained by an abuse of common law and *Charter* rights by the police. The infringement of s. 8 in this case was serious enough to lead ineluctably to the conclusion that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

c) Effects of Exclusion

The third set of factors identified by Lamer J. in *Collins*, *supra*, balances the effect of excluding evidence against the effect of admitting it. As Lamer J. pointed out in *Collins*, excluding evidence necessary for a conviction because of a minor *Charter* breach could bring the administration of justice into disrepute, just as much as

éléments de preuve par la suite, au stade de l'appel.

Le juge du procès, qui a entendu les témoins, n'a pas mentionné la possibilité de violence dans son résumé des événements. Bien au contraire, il a souligné qu'il avait l'impression que la police avait procédé à une recherche à l'aveuglette, à une perquisition générale en vue de saisir toute éventuelle preuve d'infraction. Or, une cour d'appel doit apporter une attention toute particulière à cette conclusion quant au motif de la perquisition, car, en l'espèce, la raison de la perquisition revêt une importance capitale dans la détermination de la gravité de la violation.

J'estime que, dans l'ensemble, la perquisition en cause constituait une violation grave de l'art. 8. Non seulement les policiers étaient-ils munis d'un mandat entaché de vices manifestes à sa lecture, mais encore ont-ils eu recours à une force excessive en effectuant la perquisition. Ils n'ont pas tenu compte de restrictions bien établies que la *common law* impose aux pouvoirs de perquisition de la police. On n'a pas tenté de justifier le degré de force employé. Il y a de bonnes raisons de croire que cette perquisition s'inscrit dans le cadre d'un abus continu des pouvoirs de perquisition, puisqu'elle présente une si forte ressemblance avec celle qui avait eu lieu le mois précédent. Quoique le par. 24(2) n'ait pas pour objet d'empêcher l'inconduite policière, les tribunaux doivent se montrer hésitants à admettre des éléments de preuve qui paraissent avoir été obtenus par la police en portant atteinte à des droits garantis par la *common law* et par la *Charte*. La violation de l'art. 8 en l'espèce était assez grave pour conduire inéluctablement à la conclusion que l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

c) Les effets de l'exclusion

La troisième série de facteurs mentionnés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, précité, consiste à soupeser l'effet de l'exclusion d'éléments de preuve et l'effet de leur utilisation. Comme le fait remarquer le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, exclure en raison d'une violation mineure de la *Charte* des preuves nécessaires pour obtenir une déclaration

admitting evidence obtained from a flagrant, intentional breach of a guaranteed right. In this case, however, the breach was not merely technical or minor.

VII

Summary and Conclusion

Because of the defects in the warrant, the search was not authorized by law. The defects were apparent on the face of the warrant and the police should have noticed them. The search was carried out with excessive force, disregarding the limits established by the common law. The search breached s. 8 of the *Charter*. The evidence was obtained as the result of a *Charter* breach and on the facts of this case its admission would bring the administration of justice into disrepute.

I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the acquittal entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Leithman, Goldenberg & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Gilles Lahaie, St-Jérôme.

de culpabilité risquerait de déconsidérer l'administration de la justice, au même titre que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'une atteinte flagrante et intentionnelle à un droit garanti. En l'espèce, cependant, il ne s'agit pas d'une atteinte mineure ou de pure forme.

VII

Résumé et conclusion

En raison des vices que comportait le mandat, la perquisition était illégale. Ces vices apparaissaient à la lecture du mandat et la police aurait dû les remarquer. En effectuant la perquisition, on a eu recours à une force excessive, sans tenir compte des limites fixées par la *common law*. La perquisition constituait une violation de l'art. 8 de la *Charte*. La preuve a donc été obtenue par suite d'une violation de la *Charte* et, dans les circonstances de l'espèce, son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance portant tenue d'un nouveau procès et de rétablir le verdict d'acquittement rendu au procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Leithman, Goldenberg & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée: Gilles Lahaie, St-Jérôme.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Joseph Duguay, Edward James Murphy and Robert Stephen Sevigny *Respondents*

INDEXED AS: R. *v.* DUGUAY

File No.: 19422.

1988: October 14; 1989: January 26.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Robert Joseph Duguay, Edward James Murphy et Robert Stephen Sevigny *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DUGUAY

N° du greffe: 19422.

1988: 14 octobre; 1989: 26 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Infringement of accused's right against arbitrary detention — Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Court of Appeal upholding trial judge's decision to exclude evidence — Whether Supreme Court of Canada should review the findings made by the courts below under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450.

Courts — Jurisdiction — Power of appellate court to review a decision to exclude evidence — Trial judge's decision to exclude evidence under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms upheld by the Court of Appeal — Whether Supreme Court of Canada should review the findings made by the courts below under s. 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à la protection contre la détention arbitraire — Acquittement des accusés à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge du procès d'écarter la preuve maintenue par la Cour d'appel — La Cour suprême du Canada devrait-elle réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450.

Tribunaux — Compétence — Pouvoir d'une cour d'appel de réviser une décision portant exclusion d'éléments de preuve — Décision du juge du procès d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés maintenue par la Cour d'appel — La Cour suprême du Canada devrait-elle réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2)?

Prior to leaving their home, the victims of a break and enter and theft noticed three young men drinking beer in a neighbour's back yard. On the basis of a description given by the victims to the police, the neighbour was able to identify M as one of the young men. The neighbour telephoned M inviting him to come over with the friends who were with him on the previous night. The respondents arrived shortly after. M and S were recognized by the victims as two of the youths in the neighbour's back yard on the night of the crime. A

Avant de quitter leur maison, les victimes d'une introduction par effraction et d'un vol avaient remarqué trois jeunes gens qui buvaient de la bière dans le jardin d'un voisin. Le signalement donné par les victimes à la police a permis au voisin d'identifier M comme l'un des jeunes gens. Le voisin a téléphoné à M, l'invitant à venir avec les amis qui étaient avec lui la veille au soir. Les intimés sont arrivés peu après. Les victimes ont reconnu M et S comme deux des jeunes gens qui étaient dans le jardin du voisin le soir où le crime a été commis. Un policier a

police officer asked the respondents to sit in the police car to answer a few questions. They complied. The officer then said: "You guys save me a trip back and tell me where the stereo is?" M spontaneously answered and gave an inculpatory reply. The respondents were advised that they were charged of break and enter and theft, were given the customary caution and read their rights to counsel. All replied that they understood their rights. The events in the patrol car lasted only a few minutes. They were then driven to the police station and put in separate interview rooms. At no time did any of them request the presence of a lawyer. An inculpatory statement was obtained from each of them, their fingerprints were taken and, later that evening, the stereo set was recovered at M's house. The fingerprints of D and M were eventually matched to the fingerprints found on the stereo, and D's fingerprints were also matched to those found on the window through which access to the victims' residence was gained.

At trial, the Crown sought to introduce as evidence the written statements, the stereo set and the fingerprints. The trial judge found that the arrest was not made in accordance with the provisions of s. 450 of the *Criminal Code* because the police did not establish reasonable and probable grounds for the arrest, that the accused had been submitted to an arbitrary detention contrary to s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As a result, the respondents were acquitted. The majority of the Court of Appeal accepted the trial judge's findings, upheld his decision to exclude the evidence and dismissed the Crown's appeal. The Crown appealed to this Court as of right and conceded that there was a violation of s. 9 of the *Charter*. The sole issue in this appeal is whether the evidence adduced should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and Sopinka JJ.: The majority in the Court of Appeal did not enunciate any principle with which we disagree. They simply applied the law to the facts as found by the trial judge and did not feel justified to interfere. Absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent an unreasonable finding, it is not the proper function of this Court,

demandé aux intimés de prendre place dans la voiture de police pour répondre à quelques questions. Ils ont accédé à la demande. Le policier leur a dit: «Voulez-vous m'épargner un voyage, les gars? Dites-moi où se trouve la chaîne stéréo.» M a donné spontanément une réponse incriminante. Les intimés ont été informés qu'ils étaient inculpés d'introduction par effraction et de vol. On leur a fait la mise en garde habituelle et on les a informés de leur droit à l'assistance d'un avocat. Tous ont répondu qu'ils comprenaient quels étaient leurs droits. Les événements qui se sont déroulés dans la voiture de police n'ont duré que quelques minutes. Les intimés ont ensuite été emmenés au poste de police où on les a mis dans des salles d'entrevue séparées. Ils n'ont à aucun moment demandé qu'un avocat soit présent. Chacun d'eux a fait une déclaration incriminante, leurs empreintes digitales ont été prises et, plus tard dans le courant de la soirée, on a retrouvé la chaîne stéréophonique chez M. Les empreintes digitales de D et de M correspondaient à celles relevées sur la chaîne stéréophonique. De plus, les empreintes sur la fenêtre par laquelle on s'était introduit dans la maison des victimes étaient identiques à celles de D.

Au procès, le ministère public a tenté de produire en preuve les déclarations écrites, la chaîne stéréophonique ainsi que les empreintes digitales. Le juge du procès a décidé que l'arrestation n'avait pas été effectuée en conformité avec l'art. 450 du *Code criminel* parce que la police n'avait pas établi des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation, que les accusés avaient été soumis à une détention arbitraire en violation de l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve devait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les intimés ont en conséquence été acquittés. La Cour d'appel à la majorité a accepté les conclusions du juge du procès, a maintenu sa décision d'écarter la preuve et a rejeté l'appel formé par le ministère public. Le ministère public, qui se pourvoit de plein droit devant la Cour, admet qu'il y a eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. La seule question à déterminer dans le pourvoi est de savoir si la preuve soumise aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et Sopinka: Les juges formant la majorité de la Cour d'appel n'ont formulé aucun principe avec lequel nous ne soyons pas d'accord. Ils ont simplement appliqué le droit aux conclusions de fait du juge du procès et ne s'estimaient pas justifiés d'intervenir. En l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de

even though it has jurisdiction to do so, to review findings of the courts below under s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion of the matter for that of the Court of Appeal.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): When a peace officer arrests a person without a warrant pursuant to s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*, he is not required to have evidence which would secure the conviction of the suspect. The officer is authorized to act where the circumstances are such that, in the mind of a reasonable person, they would give rise to a belief in the likelihood that the person concerned is guilty. The trial judge did not apply this test. He directed his mind to the question whether the evidence upon which the officers proceeded "would result in a conviction". The trial judge erred in setting a threshold more onerous than belief of guilt based on reasonable and probable grounds. This error tainted his characterization of the circumstances as an "arrest for investigative purposes" and ultimately led to the exclusion of the evidence at trial and in the Court of Appeal as well. Although the evidence fell short of establishing the respondents' guilt beyond a reasonable doubt, it could very well have led a reasonable person to believe it was likely that the respondents committed the break-in. In any event, assuming that the circumstances amounted to something less than reasonable and probable grounds, the circumstances did not sufficiently depart from the prescribed norm to conclude that the detention was arbitrary. A detention is arbitrary if it is the product of an untrammelled discretion. That was not the case here. There was a rational investigative process leading up to the "detention" and arrest. The arrest was neither capricious nor random.

The Crown, however, conceded that there was a violation of s. 9 of the *Charter* and the sole question in this appeal is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The Crown argued that incorrect principles were applied by the Court of Appeal and that its decision to uphold the exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* was premised on an error of law. In these circumstances, this Court should exercise its jurisdiction to review the findings of the Court of Appeal with respect to the application of s. 24(2).

In light of the principles enunciated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à la Cour, bien qu'elle ait compétence pour le faire, de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion en la matière à celle de la Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Lorsqu'il arrête quelqu'un sans mandat en vertu de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*, un agent de la paix n'est pas tenu de disposer d'une preuve qui assurerait une déclaration de culpabilité contre le suspect. L'agent de la paix est autorisé à agir lorsque les circonstances sont de nature à amener une personne raisonnable à croire que l'individu en question est vraisemblablement coupable. Le juge du procès n'a pas appliqué ce critère. Il s'est demandé plutôt si la preuve sur laquelle les policiers se sont fondés «aurait permis d'obtenir une déclaration de culpabilité». Le juge du procès a fait une erreur en imposant une exigence plus stricte que celle d'une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Cette erreur l'a amené à conclure, à tort, qu'il s'agissait d'une «arrestation à des fins d'enquête» et a finalement conduit à l'exclusion de la preuve au procès et aussi en Cour d'appel. Bien que la preuve ne suffise pas pour établir la culpabilité des intimés hors de tout doute raisonnable, elle aurait fort bien pu amener une personne raisonnable à penser que les intimés avaient probablement commis l'introduction par effraction. Quoi qu'il en soit, à supposer que les circonstances ne constituent pas des motifs raisonnables et probables, elles ne s'écartent pas assez de la norme pour qu'il soit possible de conclure au caractère arbitraire de la détention. Une détention est arbitraire si elle résulte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans restriction. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Au contraire, il y a eu un processus rationnel d'enquête qui a mené à la «détention» et à l'arrestation. L'arrestation n'était pas absurde et n'a pas été effectuée au hasard.

Le ministère public reconnaît toutefois qu'il y a eu violation de l'art. 9 de la *Charte* et la seule question soulevée par le pourvoi est de savoir si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le ministère public soutient que la Cour d'appel a appliqué des principes erronés et que sa décision de confirmer l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est fondée sur une erreur de droit. Dans ces circonstances, la Cour a compétence pour réviser les conclusions de la Cour d'appel relativement à l'application du par. 24(2).

Compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, l'utilisation de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

pute. First, the admission of real evidence and the admission of voluntary statements do not affect the fairness of the trial. The stereo set found in M's possession existed prior to the *Charter* violation and was not created by it. Likewise, the fingerprint evidence cannot be said to have been manufactured by the *Charter* violation. The fingerprints were in the victims' residence and on the stolen goods before any infringement occurred. As for the written statements, the evidence clearly establishes that they were freely volunteered after the respondents had properly been charged, given the customary caution, told that they could remain silent and told as well that they had the right to retain and instruct counsel pursuant to the *Charter*. Second, the detention was a relatively minor and trifling infringement on the respondents' *Charter* rights. The detention was brief and no physical compulsion was used by the officer. The respondents conceded having voluntarily attended the police in a spirit of co-operation. The evidence shows a respect for individuals and their *Charter* rights, as then understood by the police and the courts. As soon as the formal arrest was made, the respondents' *Charter* rights were read. If any violation of the *Charter* did occur, it was one in the nature of an isolated error committed in good faith. Finally, in this case, it is more likely that it is the exclusion of the evidence, not its admission, that will bring the administration of justice into disrepute. Break and enter is a serious offence and the immediate effect of the exclusion of evidence was to withhold from the trial, because of a trivial breach of the *Charter*, highly probative and reliable evidence.

The trial judge and the majority of the Court of Appeal therefore erred in excluding the evidence. The trial judge considered the violation of s. 9 of the *Charter* to be "blatant" and "shocking" and he suggested that it fell just short of "torture". Similarly, in the Court of Appeal, the majority suggested that the police officers' actions were "irrational" and "repugnant to our concept of the administration of criminal justice" and indicative of an "incipient Star Chamber attitude". Their findings with respect to the seriousness of the violation were simply not supported by the evidence. There was also no justification for their assessment that the police conduct demonstrated bad faith. Further, both courts below assumed that admitting the evidence would condone the underlying infringement. This reasoning is inconsistent with a proper interpretation of s. 24(2).

Premièrement, l'admission d'une preuve matérielle et de déclarations volontaires ne compromet pas l'équité du procès. La chaîne stéréophonique trouvée en la possession de M existait avant la violation de la *Charte*; elle n'a pas été créée par cette violation. De la même façon, on ne saurait prétendre que la preuve fondée sur les empreintes digitales a été produite par la violation de la *Charte*. Les empreintes digitales relevées dans la maison des victimes et sur les biens volés s'y trouvaient avant toute violation. Pour ce qui est des déclarations écrites, il ressort nettement de la preuve qu'elles ont été faites volontairement après que les intimés eurent été régulièrement inculpés, qu'ils eurent reçu la mise en garde d'usage, qu'on leur eut dit qu'ils pouvaient garder le silence et qu'on leur eut dit aussi qu'ils avaient, en vertu de la *Charte*, le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Deuxièmement, la détention représente une atteinte relativement mineure et anodine aux droits dont les intimés jouissent aux termes de la *Charte*. La détention a été de courte durée et le policier n'a pas exercé de contrainte physique. Les intimés reconnaissent être allés rencontrer les policiers volontairement et dans un esprit de coopération. La preuve témoigne d'un respect des individus et de leurs droits garantis par la *Charte*, tels que les concevaient à l'époque la police et les tribunaux. Immédiatement après l'arrestation, les intimés ont été informés des droits que leur conférait la *Charte*. S'il y a eu violation de la *Charte*, elle revêtait le caractère d'une erreur isolée commise de bonne foi. Finalement, en l'espèce, il est plus probable que ce soit l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'introduction par effraction est une infraction grave et l'exclusion de la preuve a eu l'effet immédiat sur le procès de priver la poursuite d'une preuve d'une grande fiabilité et valeur probante en raison d'une violation anodine de la *Charte*.

C'est donc à tort que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont écarté la preuve. Le juge du procès a qualifié de «flagrante» et «choquante» la violation de l'art. 9 de la *Charte* et a laissé entendre qu'il s'en fallait de peu pour qu'elle équivaille à la «torture». De même, la majorité en Cour d'appel a dit que les actes des policiers étaient «irrationnels», «contraire à notre conception de l'administration de la justice criminelle» et révélateurs d'une «attitude pouvant évoquer la Chambre Étoilée». Leurs conclusions relativement à la gravité de la violation ne sont simplement pas appuyées par la preuve. Rien ne justifie non plus leur opinion que la conduite des policiers démontrait la mauvaise foi. De plus, les tribunaux d'instance inférieure ont supposé que l'utilisation de la preuve reviendrait à fermer les yeux sur la violation sous-jacente. Ce raisonnement est incompatible avec une interprétation logique du par. 24(2).

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Upston*, [1988] 1 S.C.R. 1083, aff'g (1987), 86 N.R. 18 (B.C.C.A.), rev'g (1986), 86 N.R. 21 (B.C. Co. Ct.); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Strachan* (1986), 49 C.R. (3d) 289, aff'd [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *McArdle v. Egan* (1933), 150 L.T. 412; *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942; *Holtham v. Commissioner of Police for the Metropolis*, Engl. C.A. (Civ. Div.), November 25, 1987, unreported; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Campbell v. Hudyma* (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 59; *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430; *Re M.H. and The Queen (No. 2)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (Alta. C.A.), aff'g (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (Alta. Q.B.); *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Smith* (1986), 25 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Dedman* (1981), 59 C.C.C. (2d) 97 (Ont. C.A.), aff'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 450 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5], 621(1)(*a*).

Authors Cited

Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 50 O.R. (2d) 375, 8 O.A.C. 31, 18 D.L.R. (4th) 32, 17 C.R.R. 203, 18 C.C.C. (3d) 289, 45 C.R. (3d) 140, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of break, enter and theft. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Bruce Duncan, for the appellant.

Andrew Kerekes, for the respondents.

Jurisprudence

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

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Upston*, [1988] 1 R.C.S. 1083, conf. (1987), 86 N.R. 18 (C.A.C.-B.), inf. (1986), 86 N.R. 21 (C. cté C.-B.); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. v. Strachan* (1986), 49 C.R. (3d) 289, conf. [1988] 2 R.C.S 980; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *McArdle v. Egan* (1933), 150 L.T. 412; *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942; *Holtham v. Commissioner of Police for the Metropolis*, C.A. Angl. (div. civ.), 25 novembre 1987, inédit; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Campbell v. Hudyma* (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 59; *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430; *Re M.H. and The Queen (No. 2)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (C.A. Alb.), conf. (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Alb.); *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Smith* (1986), 25 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Dedman* (1981), 59 C.C.C. (2d) 97 (C.A. Ont.), conf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 2, art. 5], 621(1)*a*).

Doctrine citée

Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 50 O.R. (2d) 375, 8 O.A.C. 31, 18 D.L.R. (4th) 32, 17 C.R.R. 203, 18 C.C.C. (3d) 289, 45 C.R. (3d) 140, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement des accusés relativement à une inculpation d'introduction par effraction et de vol. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Bruce Duncan, pour l'appelante.

Andrew Kerekes, pour les intimés.

The following is the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MCINTYRE, LAMER, WILSON, LA FOREST AND SOPINKA JJ.—The Crown in this case has conceded throughout a breach of s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The only issue properly before us is whether the evidence adduced is to be excluded or not under s. 24(2) of the *Charter*. The majority in the Court of Appeal for Ontario did not enunciate any principle or rule of law with which we disagree: (1985), 18 C.C.C. (3d) 289. They simply applied the law to the facts as found by the trial judge, with which they did not feel justified in interfering.

It is not the proper function of this Court, though it has jurisdiction to do so, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of the courts below under s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion of the matter for that arrived at by the Court of Appeal.

We would accordingly dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I had the benefit of the reasons of the majority but with respect, I am unable to concur in them nor can I agree with the majority's disposition of this appeal.

Since I am of the view that the characterization of the circumstances of this case is of prime importance, I find it necessary at the outset to recite the facts in some detail.

Facts

Between 8:00 p.m. on June 25, 1982, and 3:00 a.m. on June 26, 1982, there was a break and entry in the home of Mr. and Mrs. Laframboise, in the city of Windsor, while the occupants were away. A stereo set, a wrist-watch and some liquor were stolen. On the morning following the theft,

Version française du jugement rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES MCINTYRE, LAMER, WILSON, LA FOREST ET SOPINKA—En l'espèce, le ministère public a admis dans toutes les cours qu'il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La seule question à déterminer en cette Cour est de savoir si la preuve soumise doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario n'ont formulé aucun principe ou règle de droit avec lequel nous ne soyons pas d'accord: (1985), 18 C.C.C. (3d) 289. Ils ont simplement appliqué le droit aux conclusions de fait du juge du procès à l'égard desquelles ils ne s'estimaient pas justifiés d'intervenir.

En l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à cette Cour, bien qu'elle ait compétence pour le faire, de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion en la matière à celle de la Cour d'appel.

Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de la majorité mais, avec égards, je ne puis y souscrire non plus qu'au dispositif.

Comme je suis d'avis que la caractérisation des circonstances de cette affaire revêt une importance capitale en l'espèce, j'estime qu'il est nécessaire au départ de faire un récit assez détaillé des faits.

Les faits

Entre 20 h le 25 juin 1982 et 3 h le 26 juin 1982, dans la ville de Windsor, il y a eu introduction par effraction au domicile de M. et Mme Laframboise, pendant leur absence. Une chaîne stéréophonique, une montre-bracelet et des spiritueux ont été volés. Le lendemain du cambriolage, les détectives

Detectives Reaume and Chevalier were dispatched to the Laframboise residence. Upon their arrival, the detectives were informed by a constable already on the scene that prior to leaving their home, the Laframboises had noticed three young men drinking beer in the Grummetts' back yard, which bordered their own property to the north. This information was thereafter confirmed in a discussion with Mrs. Laframboise, who recalled having already seen one of the youths there on a number of occasions. She added that there was a short conversation between one of the youths and Mr. Laframboise: as the latter was putting his dog in the garage before leaving the house, one of the three men inquired as to whether he always put his dog there. The detectives then met with the neighbour on the southern side of the property who informed them that the yard lights in the Laframboise residence went out at around 10:00 p.m., two hours after the occupants had left. The neighbour did not see anyone in the residence at the time. The detectives then returned to the Grummett residence and questioned a boarder who lived there, Mr. Dura. He told the detectives that he had not seen anybody in the Grummetts' back yard the previous evening.

Reaume et Chevalier se sont rendus chez les Laframboise. Dès leur arrivée, un policier qui se trouvait déjà sur les lieux les a informés qu'avant de quitter leur maison, les Laframboise avaient remarqué trois jeunes gens qui buvaient de la bière dans le jardin des Grummett, qui sont les voisins du côté nord des Laframboise. Ce renseignement a par la suite été confirmé au cours d'un entretien avec Mme Laframboise, qui se souvenait d'y avoir déjà vu à plusieurs reprises l'un des jeunes gens en question. Elle a ajouté que l'un des jeunes gens avait eu une brève conversation avec M. Laframboise; alors que celui-ci mettait son chien dans le garage avant de partir, le jeune homme lui a demandé s'il y laissait toujours le chien. Les détectives sont ensuite allés voir le voisin du côté sud, qui leur a dit que les lumières extérieures s'étaient éteintes chez les Laframboise vers 22 h, soit deux heures après leur départ. Le voisin n'a vu personne dans la maison à ce moment-là. Les détectives sont ensuite retournés chez les Grummett pour y interroger un pensionnaire, M. Dura, qui leur a dit n'avoir remarqué personne dans le jardin des Grummett la veille.

While the detectives were receiving Mr. Dura's information, a car pulled up in the Grummetts' driveway. Mr. Grummett was returning from an out-of-town trip. The detectives went to meet him and informed him of the break-in and investigation. As he had been away, he could not confirm the presence of the youths in his back yard the preceding evening. Nevertheless, on the basis of the description of the young men given to him by the detectives, he recognized "the Murphy lad". He then went into his home to call the Murphy residence and asked Murphy to come over with his friends who were with him the night before. Detective Chevalier was informed by Mr. Grummett that three young men were on their way over. Both officers went back to the front porch of the Laframboise residence to wait for them.

Alors que les détectives interrogeaient M. Dura, une voiture est arrivée chez les Grummett. C'était M. Grummett qui revenait d'un voyage. Les détectives sont allés à sa rencontre et l'ont mis au courant de l'introduction par effraction et de l'enquête. Ayant été absent, il n'était pas en mesure de confirmer la présence des jeunes gens dans son jardin la veille. Néanmoins, le signalement donné par les détectives lui a permis de reconnaître «le jeune Murphy». Il est alors entré chez lui pour téléphoner chez les Murphy et a demandé à Murphy de venir avec ses compagnons de la veille. Monsieur Grummett a informé le détective Chevalier que trois jeunes gens allaient venir. Les deux policiers sont retournés sur le perron de la résidence des Laframboise pour les y attendre.

The young men arrived a short while later, accompanied by the Grummetts' son, who left the group to enter into his parents' house. The Laframboises, who were with the detectives at the

Les jeunes gens sont arrivés peu de temps après, accompagnés du fils des Grummett qui a quitté le groupe pour entrer chez ses parents. Les Laframboise, qui étaient à ce moment-là avec les détec-

time, recognized Murphy and Sevigny as two of the youths in the Grummetts' back yard the previous evening. Detective Reaume went to meet the respondents at the Grummetts' driveway, while Detective Chevalier went back into the Laframboise residence with the couple. Detective Reaume identified himself to the youths and asked them their names, addresses and dates of birth. He then asked the respondents: "You guys want to have a seat in our car? We want to talk to you." All three complied and sat in the back seat of the car. Detective Reaume sat in the front. It was an unmarked patrol car. As the youths were seated, Detective Reaume asked them: "You guys save me a trip back and tell me where the stereo is?" One of them, Murphy, spontaneously answered and, while the content of his reply was not disclosed in evidence, both counsel agreed in their oral pleadings that it was an incriminating reply. At this time, Detective Chevalier returned to the patrol car and Detective Reaume formally placed the three respondents under arrest on a charge of break and enter and theft. The youths were given the customary caution and read their rights to counsel pursuant to the then newly-enacted *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. All replied that they understood their rights. The events in the patrol car lasted only a few minutes. The youths were then driven to the police station and put in separate interview rooms. At no time did any of them request the presence of a lawyer. An inculpatory statement was obtained from each of them. Their fingerprints were taken. Later that evening, Murphy led the policemen to the crawlspace under his house, where the stereo set was recovered. The fingerprints of Duguay and Murphy were eventually matched to the fingerprints found on the stereo, and Duguay's fingerprints were also matched to those found on the window through which access to the Laframboise residence was gained.

tives, ont reconnu Murphy et Sevigny comme deux des jeunes gens qui étaient dans le jardin des Grummett la veille au soir. Le détective Reaume est allé rencontrer les intimés dans l'allée des Grummett, tandis que le détective Chevalier est rentré avec les Laframboise dans leur maison. Le détective Reaume s'est présenté aux jeunes gens et leur a demandé leurs noms, adresses et dates de naissance. Il a ensuite dit aux intimés: [TRADUCTION] «Voulez-vous prendre place dans notre voiture, les gars? Nous avons à vous parler.» Les trois ont obtempéré et se sont assis à l'arrière de la voiture. Le détective Reaume s'est installé à l'avant. Il s'agissait d'un véhicule de patrouille non identifié. Dans la voiture, le détective Reaume leur a demandé: [TRADUCTION] «Voulez-vous m'épargner un voyage, les gars? Dites-moi où se trouve la chaîne stéréo.» L'un d'eux, Murphy, a répondu spontanément et, bien que la teneur de sa réponse n'ait pas été mise en preuve, les deux avocats ont convenu à l'audition que la réponse était incriminante. À ce moment-là, le détective Chevalier a regagné la voiture de police et le détective Reaume a officiellement arrêté les trois intimés sous l'inculpation d'introduction par effraction et de vol. On leur a fait la mise en garde habituelle et on les a informés de leur droit à l'assistance d'un avocat aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui venait d'être adoptée. Tous ont répondu qu'ils comprenaient quels étaient leurs droits. Les événements qui se sont déroulés dans la voiture de police n'ont duré que quelques minutes. Les jeunes gens ont ensuite été emmenés au poste de police où on les a mis dans des salles d'entrevue séparées. Ils n'ont jamais demandé qu'un avocat soit présent et chacun d'eux a fait une déclaration incriminante. On a pris leurs empreintes digitales. Plus tard dans le courant de la soirée, Murphy a conduit les policiers au vide sanitaire qui se trouve sous sa maison et où la chaîne stéréophonique avait été placée. Les empreintes digitales de Duguay et de Murphy correspondaient à celles relevées sur la chaîne stéréo. De plus, les empreintes sur la fenêtre par laquelle on s'était introduit dans la maison des Laframboise étaient identiques à celles de Duguay.

Judgments

County Court (Criminal Division)

At trial, the Crown sought to introduce as evidence the written statements, the stereo set and the fingerprints. There was a *voir dire* on the admissibility of this evidence, and Huneault J. ruled all of it inadmissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. As a result, the Crown's case collapsed and the respondents were acquitted.

Huneault J. first ruled that the respondents had been submitted to an arbitrary detention, contrary to s. 9 of the *Charter*. He found that, as they stepped into the cruiser in response to Detective Reaume's request, the respondents were in effect under arrest. While they had not been formally arrested, the judge found that Detective Reaume had already formed the intention of arresting the respondents and that he would not have let them go had they tried to get out of the car. No formal arrest was made at that time because Detective Chevalier had momentarily left his partner and the youths in order to escort the Laframboises back into their house. According to Detective Reaume, standard police practice required two officers to be present when an arrest was being made, to assure the corroboration of the arresting officer's testimony.

The trial judge also found that at the time the respondents stepped into the car, the officers did not have the evidence necessary to support a conviction on the charge of break and entry and theft. He relied on Detective Reaume's testimony who at one point candidly said in cross-examination that while he believed he had reasonable and probable grounds to arrest the respondents pursuant to s. 450 of the *Criminal Code*, he did not have enough evidence to lay a charge.

The trial judge found that the officers could not honestly believe that they had probable and reasonable grounds for an arrest. He held: "I find

Les jugements

Cour de comté (division criminelle)

Au procès, le ministère public a tenté de produire en preuve les déclarations écrites, la chaîne stéréophonique ainsi que les empreintes digitales. La question de l'admissibilité de ces éléments de preuve a fait l'objet d'un voir-dire et le juge Huneault les a déclarés irrecevables en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme le ministère public était alors dans l'impossibilité de faire sa preuve, les intimés ont été acquittés.

Le juge Huneault a d'abord décidé que les intimés avaient été soumis à une détention arbitraire en violation de l'art. 9 de la *Charte*. Il a conclu que dès le moment où ils sont montés dans la voiture de police à la demande du détective Reaume, les intimés se trouvaient en réalité en état d'arrestation. Ils n'avaient pas encore été officiellement arrêtés, mais le juge a conclu que le détective Reaume avait déjà formé l'intention d'arrêter les intimés et qu'il ne les aurait pas laissés partir s'ils avaient essayé de sortir de la voiture. Il n'y a pas eu d'arrestation officielle à ce moment-là parce que le détective Chevalier avait quitté momentanément son collègue et les jeunes gens pour raccompagner les Laframboise chez eux. Selon le détective Reaume, la pratique normalement suivie par la police nécessite la présence de deux agents lors d'une arrestation afin de s'assurer que le témoignage de l'agent qui procède à l'arrestation sera corroboré.

Le juge du procès a conclu en outre qu'au moment où les intimés sont montés dans la voiture, les policiers ne disposaient pas de la preuve nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'introduction par effraction et de vol. Il s'est fondé sur le témoignage du détective Reaume qui, à un moment donné, a candidement admis au cours de son contre-interrogatoire qu'il croyait avoir des motifs raisonnables et probables d'arrêter les intimés en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*, mais qu'il ne possédait pas de preuves suffisantes pour porter une accusation.

De l'avis du juge du procès, les policiers ne pouvaient honnêtement croire qu'ils avaient des motifs probables et raisonnables de procéder à une

as a fact that there was absolutely no basis for Detective Chevalier's opinion that the three youths were the culprits" (Case on Appeal, at p. 259). He explained that, while the evidence showed that the respondents may have had an opportunity to commit the break-in, there was "no evidence whatsoever to warrant a prosecution of the charge, let alone support a conviction" (Case on Appeal, at p. 262). It was emphasized that the detectives "had no evidence against the individuals which would result in a conviction" (Case on Appeal, at p. 262).

The trial judge concluded that the arrest was for the officers "a means of conducting their investigation" and he ruled that the arrest was not made in accordance with the provisions of s. 450 of the *Criminal Code*. He then referred to a definition of "arbitrary detention" given in Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2nd rev. ed. 1975), at p. 235: "the proscription here is against detention, imprisonment or exile without specific authorization under existing law". On this basis, as there was no lawful authority for the arrest of the respondents, Huneault J. found a breach of s. 9 of the *Charter*. He remarked that the unlawful arrest constituted a "blatent [*sic*] violation of the rights and freedoms" of the accused (Case on Appeal, at p. 263).

The last step in the trial judge's analysis was to find that the illegally-obtained evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He referred to the "community shock" test, which was the approach enunciated in the pre-*Charter* case of *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. He adopted the view that s. 24(2) was intended to exclude evidence which is constitutionally tainted to such a degree that its admission would "shock the values of the right thinking members of the community". Reviewing the evidence, he concluded:

arrestation. Il a dit: [TRADUCTION] «Je conclus, vu la preuve, que l'opinion du détective Chevalier que les trois jeunes gens étaient les coupables n'avait absolument aucun fondement» (dossier, à la p. 259). Il a précisé que, s'il se dégageait de la preuve que les intimés avaient pu avoir l'occasion de commettre l'introduction par effraction, [TRADUCTION] «aucun élément de preuve ne justifiait des poursuites relatives à l'infraction, ni, à plus forte raison, une déclaration de culpabilité» (dossier, à la p. 262). Il a souligné que les détectives [TRADUCTION] «ne disposaient contre les individus en question d'aucune preuve qui aurait permis d'obtenir une déclaration de culpabilité» (dossier, à la p. 262).

Le juge du procès a conclu que l'arrestation était pour les policiers [TRADUCTION] «une façon de mener leur enquête» et que cette arrestation n'était pas conforme aux dispositions de l'art. 450 du *Code criminel*. Il s'est référé ensuite à la définition de «détention arbitraire» donnée par Tarnopolsky dans *The Canadian Bill of Rights* (2nd rev. ed. 1975), à la p. 235: [TRADUCTION] «Sont proscrits la détention, l'emprisonnement ou l'exil qui ne sont pas expressément autorisés par un texte législatif.» Le juge Huneault a donc conclu que, puisque l'arrestation des intimés n'était pas justifiée en droit, il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. Il a fait remarquer que l'arrestation illégale constituait une [TRADUCTION] «violation flagrante des droits et libertés» des accusés (dossier, à la p. 263).

La dernière étape de l'analyse du juge du procès était de conclure que la preuve obtenue illégalement devait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'est référé au critère du «choc de la collectivité» qu'énonce l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le juge Huneault a adopté le point de vue selon lequel le par. 24(2) vise à exclure des éléments de preuve qui vont tellement à l'encontre de la Constitution que leur admission [TRADUCTION] «choquerait les membres bien pensants de la collectivité». Ayant examiné la preuve, il est arrivé à la conclusion suivante:

Other than some actual form of torture, I cannot think of anything more shocking to the right thinking member of the community that the courts would allow police officers to introduce evidence which they have obtained through the nefarious means of an unlawful arrest. To admit such evidence would, in effect mean, that the courts sanction unlawful arrests by the police. Far be it from this court to give that blessing. I therefore rule as inadmissible any utterances or statements made by the accused in this case. I further rule inadmissible, any evidence which the police might have obtained as a result of such utterances or statements. Fingerprint evidence which arises out of the fact that these accused were fingerprinted following their arrest is also ruled inadmissible.

(Case on Appeal, at pp. 265-66)

Ontario Court of Appeal

The Crown argued on appeal that the trial judge erred in finding a violation of s. 9, and that he also erred in excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The appeal was dismissed by the majority (MacKinnon A.C.J.O. and Martin J.A.): (1985), 18 C.C.C. (3d) 289. Zuber J.A. wrote a strong dissent.

Delivering the reasons of the majority, MacKinnon A.C.J.O. reviewed the definition of an "arbitrary" detention. He expressed the view that where the grounds upon which an arrest is made fall "just short" of constituting reasonable and probable cause, a detention may nevertheless fall outside the scope of s. 9 of the *Charter* if the person making the arrest honestly, though mistakenly, believed that the requisite grounds existed. In such circumstances, MacKinnon A.C.J.O. remarked, "the arrest, though subsequently found to be unlawful, could not be said to be capricious or arbitrary" (p. 296). However, he accepted the findings of Huneault J. that the arresting officers did not hold an honest belief that the youths were the culprits, and that the circumstances did not establish reasonable and probable grounds for the arrest. MacKinnon A.C.J.O. accordingly agreed with the trial judge's characterization that the arrest was made for the purpose of "assisting the investigation." The actions of the police officers were suggested to be "irrational" and "high-

[TRADUCTION] Exception faite de la torture, je ne puis penser à rien de plus révoltant pour les membres bien pensants de la collectivité que de voir les tribunaux permettre aux policiers de produire des éléments de preuve qu'ils ont obtenus par le moyen infâme d'une arrestation illégale. Admettre une telle preuve reviendrait en fait à dire que les tribunaux sanctionnent les arrestations illégales effectuées par la police. C'est là précisément ce que cette cour ne veut pas faire. Par conséquent, je juge irrecevables toutes déclarations faites par les accusés en l'espèce. Je déclare irrecevable en outre tout élément de preuve que la police a pu obtenir par suite de telles déclarations. Est également rejetée la preuve fondée sur la prise des empreintes digitales des accusés après leur arrestation.

(Dossier, aux pp. 265 et 266)

Cour d'appel de l'Ontario

En appel, le ministère public a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en concluant à une violation de l'art. 9 et que c'est à tort aussi qu'il avait exclu la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'appel a été rejeté par la majorité (le juge en chef adjoint MacKinnon et le juge Martin): (1985), 18 C.C.C. (3d) 289. Pour sa part, le juge Zuber a rédigé une forte dissidence.

Le juge en chef adjoint MacKinnon, qui a prononcé les motifs de la majorité, a considéré la définition de détention «arbitraire». Il s'est dit d'avis que, lorsque les motifs d'une arrestation ne constituent [TRADUCTION] «pas tout à fait» une cause raisonnable et probable, la détention peut néanmoins échapper à l'application de l'art. 9 de la *Charte*, si la personne qui a effectué l'arrestation croyait sincèrement, mais à tort, à l'existence des motifs requis. En pareil cas, a fait remarquer le juge MacKinnon, [TRADUCTION] «l'arrestation, même jugée illégale par la suite, ne pourrait être qualifiée d'absurde ou d'arbitraire» (p. 296). Il a toutefois accepté les constatations de fait du juge Huneault que les policiers qui ont procédé à l'arrestation ne croyaient pas sincèrement que les jeunes gens étaient coupables et que les circonstances n'établissaient aucun motif raisonnable et probable pour l'arrestation. Le juge MacKinnon a donc convenu avec le juge du procès que l'arrestation a été effectuée pour [TRADUCTION] «les aider dans l'enquête». Les actes des policiers ayant été

handed" (p. 296) and the trial judge's conclusion that the arrest constituted an arbitrary detention was not disturbed.

With respect to the exclusion of the evidence, MacKinnon A.C.J.O. ruled that the trial judge did not err in finding that the present case fell within s. 24(2) of the *Charter*. The majority acknowledged that Huneault J.'s language was "somewhat excessive in condemning the action of the two detectives". Nevertheless, in their opinion, "the manner in which the police proceeded suggested a somewhat incipient Star Chamber attitude" (p. 298). They held that the breach was not a slight one, noting that "[i]t is repugnant to our concept of the administration of criminal justice and to the rights of citizens in a free and democratic society, to make them subject to arbitrary arrest for investigative purposes" (p. 298).

The majority essentially considered three groups of factors, namely, the lack of good faith on the part of the officers, the relative seriousness of the offence and the lack of urgency in proceeding the way the policemen did. MacKinnon A.C.J.O. stressed that "the arrest was not made in good faith" and that there was "a deliberate breach of the Charter right for an illegal purpose" (p. 299). It was emphasized by the majority that admitting the evidence notwithstanding the violation would amount to a condonation of the perceived police misconduct. MacKinnon A.C.J.O. said (at p. 300):

> If the court should turn a blind eye to this kind of conduct, then the police may assume that they have the court's tacit approval of it. I do not view the exclusion of the evidence as a punishment of the police for their conduct, although it is to be hoped that it will act as a future deterrent. It is rather an affirmation of fundamental values of our society, and the only means in this case of ensuring that the individual's Charter rights are not illusory. [Emphasis added.]

qualifiés de [TRADUCTION] «irrationnels» et «arbitraires» (p. 296), il a maintenu la conclusion du juge du procès que l'arrestation constituait une détention arbitraire.

Pour ce qui est de l'exclusion de la preuve, le juge MacKinnon a statué que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en concluant que la présente espèce relevait du par. 24(2) de la *Charte*. La majorité a toutefois reconnu que le juge Huneault avait employé des termes [TRADUCTION] «un peu excessifs pour condamner les actes des deux détectives». Il n'en demeurait pas moins, selon la majorité, que [TRADUCTION] «la façon de procéder de la police trahissait une attitude qui peut évoquer la Chambre Étoilée» (p. 298). La majorité a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une violation insignifiante et a déclaré: [TRADUCTION] «Il est contraire à notre conception de l'administration de la justice criminelle et aux droits des citoyens dans une société libre et démocratique de permettre que ceux-ci soient exposés à l'arrestation arbitraire à des fins d'enquête» (p. 298).

La majorité a étudié essentiellement trois groupes de facteurs: l'absence de bonne foi de la part des policiers, la gravité relative de l'infraction et l'inexistence d'une situation d'urgence qui aurait pu justifier les actes des policiers. Le juge MacKinnon a souligné que [TRADUCTION] «l'arrestation n'a pas été effectuée de bonne foi» et qu'«on a délibérément, dans un dessein illégal, porté atteinte à un droit garanti par la Charte» (p. 299). La majorité a insisté sur le fait qu'admettre la preuve en dépit de la violation reviendrait à tolérer ce qui paraît être une inconduite policière. Le juge MacKinnon dit, à la p. 300:

> [TRADUCTION] Si la cour devait fermer les yeux sur ce type de conduite, la police pourrait présumer qu'elle lui donne son approbation tacite. Pour ma part, je ne vois pas l'exclusion de la preuve comme une punition infligée aux policiers pour leur conduite, quoiqu'on puisse espérer que cela aura un effet dissuasif pour l'avenir. L'exclusion constitue plutôt une confirmation de valeurs fondamentales ayant cours dans notre société et représente, en l'occurrence, la seule façon de s'assurer que les droits garantis aux particuliers par la Charte ne sont pas illusoires. [Je souligne.]

The majority accordingly confirmed the exclusion of the evidence by the trial judge.

Zuber J.A. expressed contrary views on both issues. He seemed prepared to hold that there had been no breach of s. 9 of the *Charter*. On the assumption that there was such a breach, however, he reached the alternative conclusion that the respondents fell short of their burden of persuading the Court that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In fact, he thought it more likely that the exclusion of the evidence would entail such a consequence.

Zuber J.A. could not agree with the trial judge's finding that there was "absolutely no basis" for the detectives' suspicion in the circumstances. While it was not clear to him that reasonable and probable grounds existed at the time of the arrest, he disagreed that the detectives' belief was "a pure flight of fancy" nor could he accept that the arrest was "capricious" or "random". He remarked that, contrary to what had been assumed at trial, s. 450 of the *Criminal Code* does not require that the reasonable and probable grounds "be made up of evidence that can later be adduced in a courtroom" (p. 302). Zuber J.A. suggested that there were sufficient grounds for the detention not to be an arbitrary one.

Notwithstanding his "serious doubts" respecting the arbitrary nature of the detention, Zuber J.A. rested his dissent on the sole ground that, assuming a violation of s. 9 of the *Charter* had occurred, the evidence should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

The learned judge pointed out that the use of a "community shock" test amounted to a rewriting of s. 24(2). He expressed the view that "the formulation of a judgment premised on s. 24(2) of the Charter requires more than a recitation of all of the circumstances followed by a selection of the result" (p. 304). It was also Zuber J.A.'s view that the decision under appeal lacked a clear appreciation of the principles involved in a s. 24(2) analysis. Consequently, he enumerated five criteria

La majorité a en conséquence maintenu la décision du juge du procès d'exclure la preuve.

Quant au juge Zuber, il a exprimé un avis contraire sur les deux points. Il paraissait disposé à décider qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. Il a conclu toutefois que, même à supposer l'existence d'une violation, les intimés n'avaient pas réussi à s'acquitter du fardeau qui leur incombait de convaincre la cour que l'utilisation de la preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En fait, selon le juge Zuber, il était plus probable que l'exclusion de la preuve produise un tel résultat.

Le juge Zuber n'a pu souscrire à la conclusion du juge du procès que les soupçons des détectives n'avaient dans les circonstances «absolument aucun fondement». Bien qu'il ne fût pas certain de l'existence de motifs raisonnables et probables au moment de l'arrestation, il a rejeté le point de vue selon lequel la croyance des détectives était [TRADUCTION] «pure imagination» et que l'arrestation était [TRADUCTION] «absurde» ou «faite au hasard». Il a signalé que, contrairement à ce qu'on avait supposé au procès, l'art. 450 du *Code criminel* n'exige pas que les motifs raisonnables et probables [TRADUCTION] «consistent en des éléments de preuve pouvant être produits par la suite devant un tribunal» (p. 302). D'après le juge Zuber, il existait en l'espèce des motifs suffisants et la détention ne pouvait pas être qualifiée d'arbitraire.

Malgré ses «doutes sérieux» quant au caractère arbitraire de la détention, le juge Zuber a fondé son opinion dissidente sur le seul fait que, à supposer qu'il y ait eu violation de l'art. 9 de la *Charte*, la preuve ne devait pas être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le savant juge a signalé que le recours au critère du «choc de la collectivité» équivalait à une reformulation du par. 24(2). Il s'est dit d'avis que [TRADUCTION] «pour fonder un jugement sur le par. 24(2) de la Charte, on ne peut pas se contenter de simplement relater toutes les circonstances, puis de choisir un résultat» (p. 304). Le juge Zuber estimait en outre que la décision attaquée n'était pas claire quant à l'appréciation des principes en jeu dans une analyse en vertu du par. 24(2). Il a

which should guide the courts in determining whether there is disrepute in each particular case.

First, section 24(2) is not an automatic exclusionary rule. According to Zuber J.A., "[e]vidence obtained as a result of a Charter violation is, as a general rule, admissible" (p. 304). The exclusion of evidence is an exceptional (not necessarily rare) remedy. Zuber J.A. also warned that a widespread application of the blind-eye argument would move s. 24(2) of the *Charter* in the direction of an exclusionary rule (at p. 305):

> The logical extension of the blind-eye argument leads to the exclusion of evidence almost automatically and will inevitably lead us to a position very close to the exclusionary rule as it exists in the United States. This would be a result which is clearly inconsistent with the compromise position taken by s. 24(2) itself. On wider grounds, and as a matter of principle, we should be very wary of moving in the direction of an exclusionary rule. The American experience with the exclusionary rule should dampen the ardour of anyone ready to follow that course.

Second, the reliability of the evidence and the effect of its exclusion must be considered. Noting that "[c]ourts are being asked to suppress the truth", the learned judge wrote (at p. 305):

> The question becomes whether the admission of the truth (albeit discovered as a result of a Charter violation) will bring the administration of justice into disrepute. The converse question is, what will the suppression of the truth do to the repute of the administration of justice?

Third, Zuber J.A. remarked that while the *Charter* transformed the law respecting illegally obtained evidence, there had been no abrupt change in our Canadian perception of what is likely to bring disrepute to the administration of justice. Commenting on the present circumstances, he remarked (at p. 306):

ensuite énuméré cinq critères que les tribunaux devraient suivre pour déterminer si, dans un cas donné, l'administration de la justice peut être déconsidérée.

En premier lieu, le par. 24(2) n'est pas une règle d'exclusion automatique. Selon le juge Zuber, [TRADUCTION] «une preuve obtenue par suite d'une violation de la Charte est, en règle générale, admissible» (p. 304). L'exclusion d'éléments de preuve est une réparation exceptionnelle (mais non nécessairement rare). De plus, le juge Zuber a fait une mise en garde contre une application généralisée de l'argument selon lequel il ne faut pas fermer les yeux sur les violations (dit «l'argument des yeux fermés») qui entraînerait le par. 24(2) de la *Charte* dans la voie de la règle d'exclusion (à la p. 305):

> [TRADUCTION] L'aboutissement logique de «l'argument des yeux fermés» est l'exclusion presque automatique d'éléments de preuve, ce qui nous mènerait inévitablement à une règle très proche de la règle d'exclusion qui existe aux États-Unis. Pareil résultat serait manifestement incompatible avec le compromis que représente le par. 24(2) lui-même. Pour des motifs plus généraux et par principe, nous devrions nous méfier de toute tendance vers une règle d'exclusion. L'expérience américaine devrait modérer l'ardeur des partisans d'une telle règle.

En deuxième lieu, il faut tenir compte de la fiabilité de la preuve et de l'effet de son exclusion. Faisant remarquer que [TRADUCTION] «on demande aux tribunaux de supprimer la vérité», le savant juge écrit (à la p. 305):

> [TRADUCTION] La question qui se pose alors est de savoir si l'admission de la vérité (même si elle a été découverte par suite d'une violation de la Charte) déconsidérera l'administration de la justice. Inversement, on peut se demander quelles conséquences la suppression de la vérité aura sur la réputation de l'administration de la justice.

En troisième lieu, le juge Zuber signale que, si la *Charte* est venue transformer le droit en matière de preuve obtenue illégalement, notre conception canadienne de ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice n'a pas brusquement changé pour autant. Commentant la situation en l'espèce, il fait observer (à la p. 306):

Had this case taken place prior to 1982, all of the evidence excluded by the trial judge would have been admitted without exciting any notice whatever.

Fourth, controlling the police has no place in the determination whether evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Zuber J.A. recognized that there existed specific remedies for police misconduct both in the civil and criminal law. He held that s. 24(2) does not provide a remedy for police misconduct, because "[w]hatever penalty there may be in excluding the evidence in a given case does not fall on the police. It falls on the public" (p. 306).

Finally, the disrepute must be established on the basis of the views of the whole community.

Applying these principles to the circumstances of the case, Zuber J.A. concluded that, contrary to the finding of the trial judge, there was some basis in fact for the arrest. It followed that the conduct of the officers was not tainted with bad faith. He disagreed with the majority that the offence committed by the respondents was not a serious one. He noted that "break and entry of a dwelling carries a maximum penalty of life imprisonment" (p. 307), that the evidence sought to be excluded was "clear, cogent and reliable" (p. 305) and that its exclusion "led to the collapse of the Crown's case" (p. 308). The effect of the exclusion on the victims was also considered. In this case, Zuber J.A. recalled the significant participation of the Laframboises in the criminal process and the broken expectations which have likely resulted from their experience with the police and the courts (at p. 308):

In my view, the plight of the victim is also a relevant circumstance within s. 24(2). His dwelling was broken into and his possessions were stolen. He expended his time and energy by reporting the matter to the police, testifying at the preliminary hearing and apparently by attending at the trial ready to testify again. However, his recourse to the law has yielded him nothing. He, no

[TRADUCTION] Avant 1982, tous les éléments de preuve écartés par le juge du procès en l'espèce auraient été admis sans qu'on n'en fasse aucun cas.

En quatrième lieu, l'exercice d'un contrôle sur la police n'a rien à voir dans la décision d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Zuber a reconnu qu'il existe en droit civil et en droit criminel des recours particuliers pour les cas d'inconduite policière. Le paragraphe 24(2) ne prévoit pas de réparation pour le cas d'inconduite policière parce que, selon lui [TRADUCTION] «Ce n'est pas la police qui subit les conséquences de l'exclusion de la preuve dans une affaire donnée. C'est le public» (p. 306).

Finalement, la déconsidération doit être établie en fonction de l'opinion de tous les membres de la collectivité.

Appliquant ces principes aux circonstances de la présente affaire, le juge Zuber conclut que, contrairement à ce qu'avait décidé le juge du procès, les faits justifiaient à un certain point l'arrestation. La conduite des policiers n'était donc pas entachée de mauvaise foi. Contrairement à la majorité, le juge Zuber ne pensait pas que l'infraction commise par les intimés n'avait rien de grave. Il a fait remarquer à ce propos que [TRADUCTION] «l'introduction par effraction dans une maison d'habitation entraîne une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité» (p. 307), que la preuve qu'on voulait faire écarter était [TRADUCTION] «claire, convaincante et digne de foi» (p. 305) et que son exclusion [TRADUCTION] «a mis le ministère public dans l'impossibilité de faire sa preuve» (p. 308). Il a tenu compte également de l'effet de l'exclusion sur les victimes. Le juge Zuber a rappelé, à cet égard, l'ampleur de la participation des Laframboise au processus de justice criminelle et l'amertume que leur avait vraisemblablement causée leur expérience avec la police et les tribunaux (à la p. 308):

[TRADUCTION] À mon avis, la situation de la victime est également une circonstance pertinente aux fins du par. 24(2). On s'est introduit par effraction dans sa maison et on a volé ses biens. Elle a donné de son temps et de son énergie pour signaler l'affaire à la police, témoigner à l'enquête préliminaire et, apparemment, comparaître au procès prête à témoigner de nouveau.

doubt, has some interesting impressions as to the course of these proceedings.

Zuber J.A. further noted that the link between the *Charter* violation and the finding of the stolen goods was weak, and that it was weaker still between the violation and the obtention of the fingerprint evidence. Zuber J.A. consequently would have set aside the verdicts of acquittal and directed a new trial.

It must be noted that, at the time, the trial judge and the Ontario Court of Appeal did not have the benefit of the judgment of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, nor of the subsequent judgments in which this Court considered the application of s. 24(2) of the *Charter*, namely, those in *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Upston*, [1988] 1 S.C.R. 1083; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59.

Arguments

The parties argued this appeal on the basis that a violation of s. 9 of the *Charter* had occurred. The Crown conceded at the outset that the compliance of the youths to the officer's request to get in the car may have constituted an arbitrary detention, contrary to s. 9 of the *Charter*. The argument, therefore, rested on whether the admission of the evidence obtained subsequently to this violation would bring the administration of justice into disrepute.

The Crown's main submission was that the lower courts erred in failing to recognize that evidence obtained in violation of a *Charter* right is nevertheless *prima facie* admissible. Illegally obtained evidence, in the Crown's view, should only be excluded in exceptional (not necessarily rare) cases which fall within the scope of s. 24(2). The Crown noted that, in excluding the evidence, the Court of Appeal emphasized that it could not condone improper police conduct which could be

Toutefois, cela ne lui a rien apporté de recourir à la justice. Il serait sans doute intéressant de savoir l'impression que lui ont laissée ces procédures.

Le juge Zuber a souligné en outre que le lien entre la violation de la *Charte* et la découverte des biens volés était ténu et que le lien entre la violation et l'obtention de la preuve sous forme d'empreintes digitales était encore plus ténu. Il était donc d'avis d'annuler les verdicts d'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Il convient de faire remarquer que le juge du procès et la Cour d'appel de l'Ontario n'ont bénéficié ni de l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, ni des arrêts ultérieurs dans lesquels la Cour a examiné la question de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, savoir: *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, *R. c. Upston*, [1988] 1 R.C.S. 1083, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59.

Les arguments

Aux fins du présent pourvoi, les parties ont tenu pour avéré qu'il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. Le ministère public a reconnu dès le départ qu'il a pu y avoir détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte* lorsque les jeunes gens sont montés dans la voiture à la demande du policier. Le débat a en conséquence porté sur la question de savoir si l'utilisation de la preuve obtenue à la suite de cette violation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le ministère public a fait valoir principalement que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en ne reconnaissant pas qu'une preuve obtenue d'une manière qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* est néanmoins admissible *prima facie*. Une preuve obtenue illégalement, d'après le ministère public, ne doit être écartée que dans les cas exceptionnels (mais non nécessairement rares) auxquels s'applique le par. 24(2). Le ministère public a fait remarquer qu'en écartant la

"explained" neither by urgency nor by good faith. Such an approach, the Crown argued, amounts to reversing the rule of *prima facie* admissibility which is said to follow from the clear words of s. 24(2) and substituting in its place an American-style quasi-automatic rule of exclusion accompanied by some exceptions. The approach advocated by the Court of Appeal requires the Crown to bring the case within one of these exceptions, and this, it was submitted, constitutes an error of law.

The Crown further argued that, on a proper analysis of all the circumstances, using the guidelines set forth by this Court in *Collins*, the evidence was incorrectly excluded by the lower courts. A specific submission was made with respect to the fairness of the trial, in that the admission of voluntary confessions does not affect the fairness of the trial. On that basis, the admission of the statements in this case would not go to fairness, nor would the admission of the stolen goods and fingerprints, because "real" evidence does not go to fairness. It was also submitted that none of the other factors in *Collins* militate in favour of exclusion, and that the lower courts erred in holding that the requisite burden had been discharged by the respondents.

The respondents' first submission went to the jurisdiction of an appellate court to review a trial judge's finding of fact as well as his finding respecting the exclusion of the evidence. According to the respondents, a decision to exclude made pursuant to s. 24(2) of the *Charter* cannot be reversed unless it is shown to be unreasonable.

In the alternative, the respondents invoked for the first time in these proceedings a breach of s. 10 of the *Charter*. Relying on *Collins*, they argued that, as the respondents were not informed of their right to counsel immediately upon their entering the patrol car, the admission of the subsequently-obtained statements would necessarily affect the

preuve en question, la Cour d'appel a souligné qu'elle ne pouvait fermer les yeux sur une conduite policière irrégulière qui ne pouvait «s'expliquer» ni par l'urgence de la situation ni par la bonne foi. Selon le ministère public, cette attitude équivaut à renverser la règle de l'admissibilité *prima facie* qui découle du texte non équivoque du par. 24(2), pour y substituer une règle d'exclusion quasi automatique comportant certaines exceptions, proche de la règle américaine. L'approche préconisée par la Cour d'appel impose au ministère public l'obligation de démontrer que l'espèce relève d'une de ces exceptions, ce qui, a-t-on soutenu, constitue une erreur de droit.

Le ministère public a fait valoir également qu'une analyse de toutes les circonstances, selon les principes énoncés par cette Cour dans l'arrêt *Collins*, démontre que les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort d'exclure la preuve. On a soutenu en particulier que l'admission d'aveux volontaires n'était pas de nature à compromettre l'équité du procès. Suivant cet argument, l'admission des déclarations en l'espèce ne nuirait pas à l'équité du procès, pas plus que ne le ferait l'admission des biens volés et des empreintes digitales, parce que la preuve «matérielle» n'a rien à voir avec l'équité. De plus, on a soutenu qu'aucun des autres facteurs énumérés dans l'arrêt *Collins* ne milite en faveur de l'exclusion et que les juridictions inférieures ont commis une erreur en décidant que les intimés s'étaient acquittés de leur fardeau de preuve.

Le premier argument des intimés concernait la compétence d'un tribunal d'appel de réviser une conclusion de fait du juge du procès ainsi que la conclusion de ce dernier relative à l'exclusion de la preuve. D'après les intimés, une décision d'exclure prise en vertu du par. 24(2) de la *Charte* ne peut être infirmée que si on démontre qu'elle n'est pas raisonnable.

Subsidiairement, les intimés ont allégué, pour la première fois dans ces procédures, une violation de l'art. 10 de la *Charte*. S'appuyant sur l'arrêt *Collins*, ils ont soutenu que, comme on ne les avait pas informés de leur droit à l'assistance d'un avocat dès qu'ils étaient montés dans la voiture de police, l'admission des déclarations obtenues par la suite

fairness of the trial. As for the other factors of exclusion, the respondents argued that the test in *Collins* should lead to the exclusion of the evidence in this case.

Analysis

In view of the position taken by the Crown in this appeal, I am prepared to rest my opinion solely on s. 24(2) of the *Charter*. Nevertheless, I find it necessary to express my views as to whether there was a breach of s. 9 of the *Charter* in the circumstances of the present case.

Section 9 of the Charter

Section 9 of the *Charter* reads as follows:

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

What is at issue here is the characterization of the evidence by the trial judge, later accepted and relied upon by the Court of Appeal. In my view, the trial judge's findings rest on an erroneous appreciation of the grounds required for an arrest without warrant under s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

The trial judge found that the arrest was for the officers "a means of conducting their investigation". He stressed that the facts known to the police officers did not give them enough evidence to establish the respondents' guilt in a court of law. He wrote:

Detective Reaume admits that notwithstanding their arrest, if they had not subsequently obtained inculpatory statements, the accused would have been released. Detective Reaume admitted that at the time of the arrest he had no evidence against the individuals that would result in a conviction. Detective Chevalier said, "We arrested them to determine whether they actually did it or not". He said he believed them to be guilty and was trying to get a case against them and hoped to get a statement. [Emphasis added.]

(Case on Appeal, at p. 262)

The trial judge focussed on part of the evidence offered by the officers. The gist of Detective Reaume's testimony was that, while there was not

aurait nécessairement une incidence sur l'équité du procès. Pour ce qui est des autres facteurs, les intimés ont prétendu que l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Collins* menait à l'exclusion de la preuve en l'espèce.

Analyse

Étant donné la position du ministère public dans le présent pourvoi, je suis prête à fonder mon opinion sur le par. 24(2) de la *Charte* uniquement. Je crois néanmoins nécessaire d'exprimer mon avis sur la question de la violation de l'art. 9 de la *Charte*.

L'article 9 de la Charte

L'article 9 de la *Charte* dit:

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Est en cause ici la caractérisation de la preuve par le juge du procès, acceptée par la suite par la Cour d'appel. À mon avis, les conclusions du juge du procès reposent sur une appréciation erronée des motifs justifiant une arrestation sans mandat en vertu de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*.

Le juge du procès a conclu que l'arrestation représentait pour les policiers «une façon de mener leur enquête». Il a souligné que les faits connus des policiers ne constituaient pas une preuve suffisante pour établir la culpabilité des intimés devant un tribunal:

[TRADUCTION] Le détective Reaume convient que, nonobstant leur arrestation, les accusés auraient été relâchés s'ils n'avaient pas fait par la suite des déclarations incriminantes. Le détective Reaume reconnaît qu'au moment de l'arrestation, il ne disposait d'aucun élément de preuve qui aurait entraîné une déclaration de culpabilité dans le cas des individus en question. Le détective Chevalier a dit: «Nous les avons arrêtés afin de déterminer si c'étaient eux les auteurs du crime.» Il a affirmé qu'il les croyait coupables, qu'il essayait de réunir des preuves contre eux et qu'il espérait obtenir une déclaration. [Je souligne.]

(Dossier, à la p. 262)

Le juge du procès a mis l'accent sur une partie seulement de la preuve produite par les policiers. Dans son témoignage le détective a dit en sub-

enough evidence to convict, there was enough evidence to arrest:

Q. All right; so to answer the question directly, you do believe that you have the right to arrest someone and then carry on an investigation about that person to see whether or not the investigation reveals further evidence that may allow you to lay a charge?

A. You missed one thing. I needed reasonable and probable grounds to arrest. I must have that for me to do that and you're right with the rest of your statement.

Q. So it would be fair to conclude on your evidence that you felt that you had enough to arrest, but that you did not have enough to lay a charge?

A. That's true.

(Case on Appeal, at pp. 206-7)

Detective Chevalier's testimony is to the same effect (Case on Appeal, at pp. 230-31). The powers of a peace officer to arrest a suspect without a warrant are conferred by s. 450 of the *Criminal Code*, which reads as follows:

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

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

The origins of that disposition are found in the common law power of arrest. In *McArdle v. Egan* (1933), 150 L.T. 412, the Court of Appeal of England considered the extent of a police officer's power to arrest without warrant. Lord Hewart C.J. set out a test which was adopted by the Court (at p. 412):

The law is very concisely stated in the well-known edition of Bullen and Leake (3rd edit.) at p. 795, note: "A constable is justified in arresting a person without a warrant upon a reasonable suspicion of a felony having been committed and of the person being guilty of it".

The "reasonable suspicion" criterion was incorporated in specific statutes, one of which was considered by the Privy Council in *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942. Police officers in

stance que la preuve n'était pas suffisante pour obtenir une déclaration de culpabilité, mais qu'elle l'était pour effectuer une arrestation:

[TRADUCTION] Q. Bien; en clair, vous croyez, n'est-ce pas, que vous avez le droit d'arrêter quelqu'un et puis de mener une enquête sur cette personne dans une tentative de découvrir d'autres éléments de preuve qui pourront vous permettre de porter une accusation?

R. Vous avez oublié une chose. Il fallait que j'aie des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Cela est nécessaire, mais pour ce qui est du reste, vous avez raison.

Q. Alors, il serait juste de conclure de votre témoignage que vous avez cru posséder une preuve suffisante pour effectuer l'arrestation, mais non pas pour porter une accusation?

R. C'est exact.

(Dossier, aux pp. 206 et 207)

Le témoignage du détective Chevalier va dans le même sens (dossier, aux pp. 230 et 231). C'est l'article 450 du *Code criminel* qui investit les agents de la paix du pouvoir d'arrêter un suspect sans mandat. L'article 450 dit:

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

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

Cette disposition tire ses origines du pouvoir d'arrestation en *common law*. Dans l'affaire *McArdle v. Egan* (1933), 150 L.T. 412, la Cour d'appel d'Angleterre a examiné l'étendue du pouvoir d'un agent de police d'arrêter sans mandat. Le juge en chef lord Hewart a formulé un critère qui a été adopté par la cour (à la p. 412):

[TRADUCTION] La règle de droit est énoncée d'une façon très concise dans une note figurant à la p. 795 de l'édition bien connue de Bullen et Leake (3e éd.): «Un agent de police est justifié d'arrêter une personne sans mandat s'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction majeure a été commise et que cette personne en est l'auteur».

Le critère des «motifs raisonnables de soupçonner» a été incorporé dans certaines lois, dont l'une a été examinée par le Conseil privé dans l'arrêt *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942. En Malai-

Malaysia had acted pursuant to a statutory disposition which gave them the power to arrest a person without warrant if there existed a "reasonable suspicion" that this person was concerned in an offence of reckless driving. Delivering the reasons of the Court, Lord Devlin emphasized that, under the statute, the suspicion necessary for an arrest without warrant could rest on evidence which would fall short of convicting the suspect (at pp. 948-49):

> The test of reasonable suspicion prescribed by the Code is one that has existed in the common law for many years. The law is thus stated in *Bullen and Leake*, 3rd ed. (1868), p. 795, the "golden" edition of (1868):
>
> "A *constable* is justified in arresting a person without a warrant, upon a reasonable suspicion of a *felony* having been committed and of the person being guilty of it."
>
> Their Lordships have not found any English authority in which reasonable suspicion has been equated with prima facie proof. In *Dumbell* v. *Roberts* [1944] 1 All E.R. 326, Scott L.J. said, at p. 329:
>
> "The protection of the public is safeguarded by the requirement, alike of the common law and, so far as I know, of all statutes, that the constable shall before arresting satisfy himself that there do in fact exist reasonable grounds for suspicion of guilt. That requirement is very limited. The police are not called upon before acting to have anything like a prima facie case for conviction . . . ."

In reviewing whether the arresting officer's suspicion was "reasonable", a court must therefore keep in mind the important distinction between the evidence which is necessary to convict and the evidence which suffices to ground a reasonable suspicion. Where the court requires that the arresting officer act on nothing less than evidence amounting to a *prima facie* case for conviction of the suspect, it commits an error of law reviewable in appeal. In *Holtham v. Commissioner of Police for the Metropolis*, Engl. C.A. (Civil Division), November 25, 1987 (unreported), the plaintiffs' son was under investigation for murder. The investigating officers had been led to suspect that the plaintiffs themselves might be involved, following a

sie, des agents de police avaient agi en vertu d'une disposition législative qui les autorisait à arrêter une personne sans mandat s'ils avaient des «motifs raisonnables de soupçonner» que cette personne était impliquée dans la perpétration d'une infraction de conduite imprudente. Lord Devlin, qui a rédigé les motifs de cette décision, a souligné que, aux termes de la loi, le soupçon nécessaire pour justifier une arrestation sans mandat pouvait être fondé sur une preuve qui ne suffirait pas pour que le suspect soit déclaré coupable (aux pp. 948 et 949):

> [TRADUCTION] Le critère du soupçon raisonnable prescrit par le Code existe en *common law* depuis bien des années. Le principe est ainsi formulé dans l'édition «d'or» de *Bullen and Leake*, 3e éd. (1868), à la p. 795:
>
> «Un *agent de police* est justifié d'arrêter une personne sans mandat s'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une *infraction majeure* a été commise et que cette personne en est l'auteur.»
>
> Nous n'avons trouvé aucune décision anglaise dans laquelle un soupçon raisonnable a été assimilé à une preuve suffisante à première vue. Dans l'arrêt *Dumbell* v. *Roberts* [1944] 1 All E.R. 326, le lord juge Scott affirme, à la p. 329:
>
> «Le public est protégé par la condition préalable, existant en *common law* et, pour autant que je sache, dans toutes les lois, selon laquelle, avant de procéder à l'arrestation, l'agent de police doit être convaincu de l'existence réelle de motifs raisonnables pour soupçonner la culpabilité. Cette condition est très limitée. Les agents de police ne sont pas tenus, avant d'agir, d'avoir une preuve *prima facie* qui puisse fonder une déclaration de culpabilité . . .»

Pour déterminer si le soupçon du policier qui a effectué l'arrestation était «raisonnable», le tribunal ne doit donc pas perdre de vue la distinction importante qu'il y a entre la preuve nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité et celle qui suffit pour fonder un soupçon raisonnable. Lorsque le tribunal exige que l'arrestation ait été motivée par rien de moins qu'une preuve *prima facie* suffisante pour que le suspect soit reconnu coupable, il commet une erreur de droit donnant lieu à révision en appel. Dans l'affaire *Holtham v. Commissioner of Police for the Metropolis*, C.A. Angl. (division civile), décision non rapportée en date du 25 novembre 1987, le fils des demandeurs faisait l'objet d'une enquête relative à un meurtre.

statement by a neighbour who said he had seen the plaintiffs' son visit his parents and move certain stereo equipment into their house. The officers knew some stereo equipment had been stolen after one of the murders. They consequently obtained a warrant to search the plaintiffs' house. When they visited the house, they were greeted in a friendly and co-operative way. The search revealed nothing, save that the parents denied that their son had visited them, contrary to what the neighbour had said. The plaintiffs were later arrested on a charge of impeding a police investigation. After being found not guilty of this charge, they brought an action for unlawful arrest.

The trial judge held in favour of the plaintiffs. The applicable statutory disposition enabled an arrest without warrant where "a constable, with reasonable cause, [suspected] that an arrestable offence [had] been committed". The trial judge observed that "reasonable suspicion" could rest on evidence insufficient to establish a "*prima facie* case". But he added: "[T]he statute requires [the police] to have reasonable grounds for suspicion, and that, in my view, is something a good deal more than suspicion" (emphasis added). He found there had not been enough of a departure from mere suspicion and held that the arrest was unlawful.

This finding was reversed in appeal. Sir Donaldson, M.R., writing for the Court of Appeal of England, held that the trial judge erred in setting the standard at "something more than suspicion":

> With all respect to the learned judge, I do not think that this is a correct statement of the law. As it was put by Lord Devlin in *Hussien* v *Chong Fook Kam* [1970] AC 942, [1969] 3 All ER 1626, at 948 of the former report, "Suspicion in its ordinary meaning is a state of conjecture or surmise where proof is lacking: 'I suspect but I cannot prove.' " Suspicion may or may not be based on reasonable grounds, but it still remains suspi-

Une déclaration d'un voisin, qui disait avoir vu le fils aller chez ses parents et porter du matériel stéréophonique dans leur maison, a amené les agents chargés de l'enquête à soupçonner que les demandeurs eux-mêmes pouvaient être impliqués dans l'affaire. Les policiers savaient que du matériel stéréophonique avait été volé à la suite d'un des meurtres. Ils ont en conséquence obtenu un mandat de perquisition pour la maison des demandeurs. Quand ils s'y sont rendus, ils ont été accueillis cordialement et on s'est montré coopératif. Rien n'a été découvert au cours de la perquisition et les parents, contredisant le voisin, ont nié avoir reçu la visite de leur fils. Les demandeurs ont par la suite été arrêtés sous l'inculpation d'avoir entravé une enquête policière. Ayant été jugés non coupables de cette accusation, ils ont intenté une action pour arrestation illégale.

Le juge de première instance a rendu une décision en faveur des demandeurs. La disposition législative applicable autorisait l'arrestation sans mandat lorsqu'un [TRADUCTION] «agent de police avait des motifs raisonnables [de soupçonner] la perpétration d'un crime donnant lieu à l'arrestation». Un «soupçon raisonnable», a fait observer le juge de première instance, pouvait être fondé sur une preuve insuffisante pour établir une «cause *prima facie*». Il a toutefois ajouté: [TRADUCTION] «[L]a loi exige que [la police] ait des motifs raisonnables de soupçonner, ce qui, selon moi, est bien davantage qu'un simple soupçon» (je souligne). Le juge a estimé que ce qu'il y avait eu dans cette affaire tenait trop d'un simple soupçon et il a conclu que l'arrestation était illégale.

Cette décision a été infirmée en appel. Le maître des rôles Donaldson, au nom de la Cour d'appel d'Angleterre, a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en établissant une norme qui exigeait [TRADUCTION] «davantage qu'un simple soupçon»:

> [TRADUCTION] Avec égards, je ne crois pas que cet énoncé du principe soit exact. Comme l'a dit lord Devlin dans l'arrêt *Hussien* v *Chong Fook Kam* [1970] A.C. 942, [1969] 3 All ER 1626, à la p. 948 du premier recueil: «Le soupçon dans son sens courant est une conjecture, une hypothèse formée en l'absence de preuves: «Je soupçonne, mais ne puis rien prouver.»» Le soupçon, qu'il soit fondé ou non sur des motifs raisonna-

cion and nothing more. By applying a test of something which was not suspicion but was "something a good deal more than suspicion", I think that the learned judge erred and that this error was fundamental to his conclusion. [Emphasis added.]

The fact that the plaintiffs had lied with respect to their son's visit gave the officers good cause to suspect them of impeding the investigation. Sir Donaldson outlined three possible explanations for this lie: that it was a nervous reaction to a police enquiry; that the plaintiffs had something to hide which was not connected to their son's actions; or that indeed the parents knew their son to be guilty and tried to hide facts which could help the prosecution. Sir Donaldson found that, in the circumstances, the third explanation was the most likely and, accordingly, he found that the arrest was justified and dismissed the plaintiffs' action.

These principles offer guidance in the interpretation of s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*. This Court considered this provision in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56. While that case raised the application of s. 450(1)(*b*) of the *Criminal Code*, Martland J. nevertheless made the following remarks on para. (*a*) (at p. 72):

> This paragraph, limited in its application to indictable offences, deals with the situation in which an offence had already been committed or is expected to be committed. The peace officer is not present at its commission. He may have to rely upon information received from others. The paragraph therefore enables him to act on his belief, if based on reasonable and probable grounds.

In *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, this Court was called upon to determine the extent of the common law power to enter into a person's home in order to effect an arrest. Delivering the reasons of the Court on this point, Dickson J. (as he then was) held that the arresting officers could commit a trespass if they had reasonable and probable cause to believe that the suspect was on the premises. He wrote: "That this information

bles, demeure toujours un soupçon et rien d'autre. En appliquant un critère fondé sur l'existence non pas d'un soupçon mais de «bien davantage qu'un simple soupçon», le savant juge de première instance a, je crois, commis une erreur, erreur qui était un élément fondamental de sa conclusion. [Je souligne.]

Comme les demandeurs avaient menti quant à la visite de leur fils, les policiers avaient de bons motifs de les soupçonner d'entraver l'enquête. Le maître des rôles Donaldson a exposé trois raisons possibles pour ce mensonge: il s'agissait d'une réaction nerveuse face à l'enquête policière; les demandeurs avaient quelque chose à cacher qui n'avait aucun rapport avec les actes de leur fils; ou encore les parents savaient bien que leur fils était coupable et ont essayé de dissimuler des faits pouvant aider la poursuite. Dans les circonstances, le maître des rôles Donaldson a conclu que la troisième hypothèse était la plus vraisemblable et qu'en conséquence l'arrestation était justifiée. Il a donc rejeté l'action des demandeurs.

Ces principes peuvent nous guider dans l'interprétation de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*, disposition qui a été examinée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56. Bien que la question soulevée dans cette affaire ait été celle de l'application de l'al. 450(1)*b*) du *Code criminel*, le juge Martland a néanmoins fait les observations suivantes au sujet de l'al. *a*) (à la p. 72):

> Cet alinéa, qui s'applique seulement aux actes criminels, traite de la situation dans laquelle un acte criminel a déjà été commis ou dans laquelle la perpétration est prévue. L'agent de la paix n'assiste pas à la perpétration. Il peut devoir se fonder sur des renseignements reçus de tiers. Par conséquent, l'alinéa lui permet d'agir d'après ce qu'il croit, s'il s'appuie sur des motifs raisonnables et probables.

Dans l'affaire *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, cette Cour a été appelée à déterminer l'étendue du pouvoir de *common law* de pénétrer dans une habitation pour y effectuer une arrestation. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef), qui a rédigé les motifs de la Cour sur ce point, a statué que les policiers qui ont procédé à l'arrestation pouvaient commettre une intrusion s'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que le suspect se trouvait sur les lieux. Selon lui, «Que cette information ait été du ouï-dire ne

was hearsay does not exclude it from establishing probable cause" (p. 746).

Two recent decisions of provincial Courts of Appeal illustrate that s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code* may be applied to arrest a suspect even though the evidence available to the officers would not be sufficient to convict him. In *Campbell v. Hudyma* (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 59 (C.A.), the plaintiff brought an action for false arrest. She had been arrested after an informant not previously known to the defendant officers advised them that a woman was selling LSD from her purse outside a theatre. The officers arrested the plaintiff, who matched the description given by the informant. Syringes were found in the purse. The plaintiff was taken to the station where it was realized that she was a diabetic and used the syringes for medical reasons. The trial judge held that there was no reasonable and probable cause to suspect the plaintiff and accordingly the arrest was not justified by s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*. This finding was reversed by a majority of the Court of Appeal who held that in view of the policy background of discouraging the street sale of LSD, the information provided to the officers gave them reasonable and probable cause to believe the plaintiff had committed an indictable offence, even though the informant was not previously known to them. For the majority, McClung J.A. noted (at p. 66):

The trial judge found that the detention and search of the plaintiff was not undertaken under reasonable and probable grounds for belief by the defendants that she had sold or was about to sell drugs. With respect I believe that finding is not only reviewable but that it is not supported by the trial record.

McClung J.A. then reviewed the facts relied upon as grounds for arrest, which were six in number (at p. 67):

The judge's reasons list the factors leading to the plaintiff's arrest:

l'empêche pas d'établir un motif probable» (p. 746).

Deux arrêts récents de cours d'appel provinciales démontrent qu'on peut s'autoriser de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel* pour arrêter un suspect, même si la preuve dont disposent les policiers ne suffit pas pour que celui-ci soit déclaré coupable. Dans l'affaire *Campbell v. Hudyma* (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 59 (C.A.), la demanderesse a engagé des poursuites pour arrestation illégale. Elle avait été arrêtée quand une indicatrice que les policiers défendeurs ne connaissaient pas auparavant leur a fait savoir qu'une femme vendait, à l'extérieur d'un théâtre, du LSD qu'elle avait dans son sac à main. Les policiers ont arrêté la demanderesse, qui répondait au signalement donné par l'indicatrice. On a découvert des seringues dans son sac à main. La demanderesse a donc été emmenée au poste de police, où l'on s'est rendu compte qu'elle était diabétique et se servait des seringues pour des raisons médicales. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de soupçonner la demanderesse et que, par conséquent, l'arrestation n'était pas justifiée par l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*. Cette décision a été rejetée par la majorité en Cour d'appel, qui a dit que, vu la politique visant à décourager la vente du LSD dans la rue, l'information fournie aux policiers constituait un motif raisonnable et probable de croire que la demanderesse avait commis un acte criminel, même si les policiers ne connaissaient pas l'indicatrice. Parlant au nom de la majorité, le juge McClung signale (à la p. 66):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que la demanderesse a été détenue et fouillée sans que les défendeurs aient aucun motif raisonnable et probable de croire qu'elle avait vendu ou qu'elle allait vendre des stupéfiants. Avec égards, j'estime non seulement que cette conclusion donne lieu a révision, mais qu'elle n'est pas appuyée par le dossier du procès.

Le juge McClung a ensuite passé en revue les six faits sur lesquels on s'était fondé pour procéder à l'arrestation (à la p. 67):

[TRADUCTION] Les facteurs qui ont mené à l'arrestation de la demanderesse sont énumérés dans les motifs du juge:

The onus is on the defence to prove the existence of reasonable and probably [*sic*] grounds. The defence says, in determining whether, their impression, there were reasonable and probable grounds, they relied on the following factors:

(1) information from the informant;

(2) the fact the area was known to have been a location where drug transactions were made as an everyday occurrence;

(3) a similarity of the plaintiff with the informant's description;

(4) the attitude and reaction of the plaintiff;

(5) the finding of two or three syringes reinforced this impression;

and I should mention:

(6) of Constable Hudyma who said, "there was a gut reaction",

although I note he had been in the police force for only a period of one year.

In all likelihood, these elements would not suffice to convince a jury beyond a reasonable doubt that the plaintiff had sold LSD. Nevertheless, it sufficed in the majority's opinion to give reasonable and probable cause for the officers' suspicion. A second illustration is provided by *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54 (N.S.C.A.) In that case as well, a drug trafficker was arrested in circumstances which were held to amount to reasonable and probable grounds for suspicion, but which in all probability could not have secured a conviction.

I conclude from the foregoing that, when he arrests a person without a warrant pursuant to s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*, a peace officer is not required to have evidence which would secure the conviction of the suspect. Not every arrest results in a conviction. Certainty beyond a reasonable doubt is required to convict, but that is not the language used by the enabling disposition of the *Criminal Code* as regards arrests. The threshold is significantly lower. The officer is authorized to act where the circumstances are such that, in the mind of a reasonable person, they would give rise to a belief in the likelihood that the person concerned is guilty.

Il incombe à la défense de prouver l'existence de motifs raisonnables et probables. La défense allègue qu'en déterminant si, à leur avis, il existait des motifs raisonnables et probables, les policiers se sont fondés sur les éléments suivants:

(1) l'information fournie par l'indicatrice;

(2) le fait qu'on savait qu'il s'agissait d'un endroit où se vendaient des stupéfiants tous les jours;

(3) la ressemblance entre la demanderesse et le signalement donné par l'indicatrice;

(4) l'attitude et la réaction de la demanderesse;

(5) la découverte de deux ou trois seringues, qui a renforcé l'impression qu'avaient les policiers;

et je dois mentionner aussi le fait que

(6) l'agent Hudyma a dit: «C'était instinctif»,

mais je constate qu'il était membre du corps policier depuis un an seulement.

Selon toute vraisemblance, ces éléments n'auraient pas suffi pour convaincre un jury, hors de tout doute raisonnable, que la demanderesse avait vendu du LSD. Ils suffisaient néanmoins, de l'avis de la majorité, pour donner aux policiers des motifs raisonnables et probables de l'en soupçonner. La seconde illustration nous vient de l'arrêt *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54 (C.A.N.-É.) Dans cette affaire, un trafiquant de stupéfiants avait été arrêté dans des circonstances qui, a-t-on jugé, fournissaient des motifs raisonnables et probables de soupçonner, mais qui n'auraient probablement pas pu fonder une déclaration de culpabilité.

Je conclus de ce qui précède que, lorsqu'il arrête quelqu'un sans mandat en vertu de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*, un agent de la paix n'est pas tenu de disposer d'une preuve qui assurerait une déclaration de culpabilité. Les arrestations n'aboutissent pas toutes à une déclaration de culpabilité. Une certitude hors de tout doute raisonnable est requise pour une déclaration de culpabilité, mais ce ne sont pas les termes utilisés dans le *Code criminel* en matière d'arrestations. L'exigence qu'il pose est sensiblement moins sévère. L'agent de la paix est autorisé à agir lorsque les circonstances sont de nature à amener une personne raisonnable à croire que l'individu en question est vraisemblablement coupable.

The trial judge did not apply this test in the present case. He directed his mind to the question whether the evidence upon which the officers proceeded "would result in a conviction". In my respectful view, the trial judge erred in setting a threshold more onerous than belief of guilt based on reasonable and probable grounds. This error tainted his characterization of the circumstances as an "arrest for investigative purposes" and ultimately led to the exclusion of the evidence at trial and in the Court of Appeal as well.

Turning now to the test which should have been applied by the courts below, I find that it was reasonable for the officers to believe that the break-in occurred at 10:00 p.m., when the yard lights went out. The burglars would have had to turn the lights off in order not to be seen by the neighbours. The other circumstances revealed by the investigation, while insufficient to convict the respondents, did however tend to make them suspects. When last seen by the Laframboises at 8:00 p.m., there was no indication that the youths were leaving. To the contrary, they had a case of beer with them. Certainly, the youths had seen the Laframboises close the house and had the opportunity to commit the break-in. Mr. Dura's lie with respect to the presence of the respondents in the Grummetts' back yard could lead the officers to believe that he was trying to hide something from them. It could have been something Mr. Dura himself had done, but in the absence of any other indication, the officers were entitled to believe that it was as likely that Mr. Dura tried to conceal something the respondents had done. The conversation between one of the youths and Mr. Laframboise, the previous evening, with respect to putting the dog in the garage, indicated that the respondents were curious whether the dog was left in the house to guard it. Such a curiosity would naturally tend to confirm the officers' suspicion. It is necessary to emphasize that all these circumstances were analyzed by officers with a combined experience of 39 years on the force. In all likelihood, this was not the first break-in they were called upon to investigate. While the evidence is not explicit on this point, given their knowledge of the neighbourhood and appreciation of the fact that some liquor was stolen and other circumstances of the break-

Le juge du procès n'a pas appliqué ce critère en l'espèce. Il s'est demandé plutôt si la preuve sur laquelle les policiers se sont fondés «aurait permis d'obtenir une déclaration de culpabilité». J'estime, avec égards, que le juge du procès a fait une erreur en imposant une exigence plus stricte que celle d'une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Cette erreur l'a amené à conclure, à tort, qu'il s'agissait d'une «arrestation à des fins d'enquête» et a finalement conduit à l'exclusion de la preuve au procès et aussi en Cour d'appel.

Abordant maintenant le critère qu'auraient dû appliquer les juridictions inférieures, j'estime qu'il était raisonnable de la part des policiers de croire que l'introduction par effraction avait eu lieu à 22 h, au moment où les lumières extérieures se sont éteintes. En effet, il fallait que les cambrioleurs les éteignent pour se dérober à la vue des voisins. Les autres circonstances se dégageant de l'enquête, bien qu'insuffisantes pour que les intimés soient déclarés coupables, tendaient néanmoins à les rendre suspects. Quand les Laframboise les ont vus à 20 h, rien n'indiquait que les jeunes gens étaient sur le point de s'en aller. Bien au contraire, car ils avaient une caisse de bière. Ils ont certainement vu les Laframboise fermer la maison et ils ont eu l'occasion de commettre l'introduction par effraction. Le mensonge de M. Dura concernant la présence des intimés dans le jardin des Grummett a pu amener les policiers à croire qu'il tentait de leur dissimuler quelque chose. Il pouvait s'agir d'un acte commis par M. Dura lui-même mais, en l'absence de tout autre indice, les policiers étaient en droit de penser qu'il était tout aussi probable qu'il essayait de cacher quelque acte commis par les intimés. La conversation de la veille, dans laquelle l'un des jeunes gens avait demandé à M. Laframboise si celui-ci mettait le chien dans le garage, indiquait que les intimés étaient curieux de savoir si on le laissait dans la maison pour qu'il la garde. Pareille curiosité aurait naturellement eu tendance à confirmer les soupçons des policiers. Il faut souligner que ces circonstances ont été analysées par des agents qui, ensemble, comptaient trente-neuf années d'expérience dans la police. Il est fort probable que ce n'était pas la première introduction par effraction sur laquelle ils avaient eu à enquêter. Quoique la

in, it may have been natural for them to suspect inexperienced neighbourhood youths instead of sophisticated out-of-town burglars. I agree that this evidence falls short of establishing the respondents' guilt beyond a reasonable doubt, but in my view, it could very well have led a reasonable person to believe it was likely that the respondents committed the break-in.

While the circumstances described above might have sufficed to authorize the arrest pursuant to s. 450 of the *Criminal Code*, an additional fact was relied upon by the detectives. When Mr. Grummett told Detective Chevalier that the respondents were on their way over, the officer understood that the persons responsible for the break-in were coming. The officer did not witness the phone conversation. In his initial police report and at the preliminary enquiry, the detective stated that Mr. Grummett had simply told him three persons were coming. However, in cross-examination on the *voir dire*, Detective Chevalier specified that Mr. Grummett told him that the three who were coming were the culprits:

Q. All I'm trying to find out sir is nothing that he had said to you assisted you in coming to the conclusion that these three people were the ones responsible.

A. Yes, he did. What he said to us indicated that those three people were responsible. The three people responsible would be coming to the residence.

Q. The three people you wanted would be coming to the residence, but not the three people responsible. He didn't know — he wasn't even in town.

A. I understood it was the three people we wanted for the B & E.

(Case on Appeal, at p. 221)

Detective Reaume did not hear this conversation between his partner and Mr. Grummett. When Detective Chevalier saw the respondents approach-

preuve ne soit pas explicite sur ce point, étant donné qu'ils connaissaient le quartier, qu'ils savaient que des spiritueux avaient été volés et qu'ils étaient au courant d'autres circonstances dans lesquelles l'introduction par effraction avait eu lieu, il était peut-être normal de soupçonner des jeunes gens inexpérimentés du quartier au lieu de cambrioleurs d'expérience venant d'ailleurs. Tout en convenant que la preuve en question ne suffit pas pour établir la culpabilité des intimés hors de tout doute raisonnable, j'estime néanmoins qu'elle aurait fort bien pu amener une personne raisonnable à penser que les intimés avaient probablement commis l'introduction par effraction.

Quoique les circonstances qui viennent d'être décrites aient pu suffire pour justifier l'arrestation en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*, les détectives se sont aussi fondés sur un autre fait. Quand M. Grummett a dit au détective Chevalier que les intimés allaient venir, celui-ci croyait qu'il s'agissait des auteurs de l'introduction par effraction. Le détective Chevalier n'avait pas été témoin de la conversation téléphonique. Dans son rapport initial et à l'enquête préliminaire, il a signalé que M. Grummett lui avait simplement dit que trois personnes venaient. Toutefois, quand il a été contre-interrogé au cours du voir-dire, le détective Chevalier a précisé qu'aux dires de M. Grummett, les trois qui venaient étaient les coupables:

[TRADUCTION] Q. Tout ce que j'essaie d'établir, Monsieur, c'est qu'il ne vous a rien dit qui a pu vous amener à la conclusion que les trois personnes en question étaient responsables du crime.

R. Si. Ce qu'il nous a dit indiquait que ces trois personnes en étaient responsables, que c'étaient les auteurs du crime qui allaient venir.

Q. Les trois personnes que vous recherchiez venaient à la maison, mais non les trois auteurs du crime. Il ne savait pas si c'étaient eux; il n'était même pas en ville au moment du crime.

R. J'ai cru comprendre qu'il s'agissait des trois personnes que nous recherchions relativement à l'introduction par effraction.

(Dossier, à la p. 221)

Le détective Reaume n'a pas entendu cette conversation entre son collègue et M. Grummett. Quand le détective Chevalier a vu s'approcher les

ing on the sidewalk, he said to his colleague: "Those are the three". Detective Reaume testified that he took this to mean that the three were responsible for the break and entry:

Q. Now if the words were in fact: "Those are the three", can you tell me what, in your mind, that meant?

A. It meant that those are the ones that broke in.

Q. Simply by those words: "Those are the three".

A. Yes, by the way my partner and I work.

(Case on Appeal, at p. 203)

The trial judge rejected this evidence and refused to find that Mr. Grummett had indeed said the three who were coming were the actual culprits. The trial judge wrote: "I find it beyond belief that if Grummett had said something to the effect that the guilty parties were on their way, the detectives would not have followed up on that and ascertained the source of Grummett's information" (Case on Appeal, at p. 259). Consequently, Huneault J. ruled that the information given to the detective was simply that the three who were in the back yard the night before were on their way over, with no indication that they actually were responsible for the break-in. With respect, I am of the view that Detective Chevalier was entitled to rely on any information given to him by Mr. Grummett without first ascertaining its source or validity. As said earlier, hearsay evidence is admissible to establish probable cause for suspicion. I mention that in *Campbell* and *Brown*, the arresting officers likewise acted on unverified hearsay information. Also, implicit in the trial judge's remark is the concern that it was impossible for Mr. Grummett to know whether or not the respondents were actually guilty. With respect, for reasons already given, that is not a proper criterion under s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*. I note that Detective Chevalier's testimony on his state of mind following the conversation with Mr. Grummett is corroborated by the fact that the former thereafter said to his partner: "These are the three". No evidence contradicts Detective Chevalier's testimony, as Mr. Grummett did not testify at trial. The content of his phone call to the

intimés sur le trottoir, il a dit à son collègue: [TRADUCTION] «Ce sont ces trois-là.» Le détective Reaume a témoigné en avoir déduit que les trois étaient les auteurs de l'introduction par effraction:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, si les mots employés étaient en fait: «Ce sont ces trois-là», pouvez-vous m'indiquer ce que, selon vous, cela voulait dire?

R. Cela voulait dire que c'étaient ceux-là qui avaient commis l'introduction par effraction.

Q. Les seuls mots: «Ce sont ces trois-là»?

R. Oui, c'est ce que cela signifie entre mon collègue et moi.

(Dossier, à la p. 203)

Le juge du procès a rejeté ce témoignage et a refusé de conclure que M. Grummett avait dit en fait que les trois personnes qui venaient étaient les coupables. Le juge du procès affirme: [TRADUCTION] «Je n'arrive pas à croire que, si Grummett avait dit que les coupables arrivaient ou quelque chose de semblable, les détectives n'auraient pas donné suite à cette remarque pour déterminer d'où Grummett tenait ce renseignement» (dossier, à la p. 259). Le juge Huneault a décidé en conséquence que l'information donnée au détective était simplement que les trois personnes qui se trouvaient la veille au soir dans le jardin des Grummett arrivaient et que rien n'indiquait qu'elles étaient en réalité responsables de l'introduction par effraction. Avec égards, je suis d'avis que le détective Chevalier était en droit de se fier à tout renseignement que lui fournissait M. Grummett, sans avoir a en déterminer d'abord la provenance ou l'exactitude. Comme je l'ai déjà dit, une preuve par ouï-dire est admissible pour établir un motif probable de soupçonner. Je fais remarquer que, dans les affaires *Campbell* et *Brown* également, les policiers qui ont effectué l'arrestation se sont fondés sur du ouï-dire non vérifié. De plus, l'observation du juge du procès traduit implicitement une certaine inquiétude devant le fait qu'il était impossible à M. Grummett de savoir si les intimés étaient vraiment coupables. Avec égards, pour les raisons déjà exposées, il ne s'agit pas là d'un critère approprié aux fins de l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*. Je signale que le témoignage du détective Chevalier concernant ce qu'il croyait être la situation après sa conversation avec M. Grum-

Murphy residence was not established. Having said this, while I do not necessarily agree with his conclusion on this point, I must respect the trial judge's assessment of the credibility of the witnesses and subsequent "finding of fact" that no information respecting the respondents' guilt was given by Mr. Grummett to the officer.

Be that as it may, and assuming that the circumstances of the present case amount to something less than reasonable and probable grounds, I would still entertain doubts whether it would necessarily follow that the detention was arbitrary. It would appear that where persons are detained without reasonable and probable cause, it does not necessarily follow that their detention is "arbitrary" within the meaning of s. 9 of the *Charter*. This Court considered the meaning of "arbitrary" in the recent case of *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621. Delivering the reasons of the Court, Le Dain J. wrote (at p. 633):

> Although authorized by statute and carried out for lawful purposes, the random stop for the purposes of the spot check procedure nevertheless resulted, in my opinion, in an arbitrary detention because there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise. [Emphasis added.]

A detention is arbitrary if it is the product of an untrammelled discretion. That is not what happened here. There was a rational investigative process leading up to the "detention" and arrest. There was an overriding preoccupation to meet the standard prescribed by s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The criterion guiding the detectives' actions was the existence of reasonable and probable grounds for suspicion. Assuming that these grounds did not exist, in my view the circumstances did not sufficiently depart from the prescribed norm to conclude that the detention was

mett est confirmé par le fait qu'il a dit plus tard à son partenaire: «Ce sont ces trois-là.» Aucun élément de preuve ne contredit le témoignage du détective Chevalier, car M. Grummett n'a pas déposé au procès. Le contenu de son appel téléphonique chez les Murphy n'a pas été établi. Cela dit, bien que je ne souscrive pas nécessairement à la conclusion du juge du procès sur ce point, je dois respecter son appréciation de la crédibilité des témoins ainsi que sa «conclusion de fait» subséquente qu'aucun renseignement concernant la culpabilité des intimés n'avait été communiqué au policier par M. Grummett.

Quoi qu'il en soit, et à supposer que les circonstances de l'espèce ne constituent pas des motifs raisonnables et probables, j'aurais tout de même des doutes quant à savoir s'il s'ensuivrait nécessairement que la détention était arbitraire. Il semble en effet que ce n'est pas parce que des personnes sont détenues sans motif raisonnable et probable que leur détention est nécessairement «arbitraire» au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Cette Cour a étudié le sens du mot «arbitraire» dans son arrêt récent *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621. Le juge Le Dain, qui a rédigé les motifs de la Cour, écrit (à la p. 633):

> Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. [Je souligne.]

Une détention est arbitraire si elle résulte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans restriction. Ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. Au contraire, il y a eu un processus rationnel d'enquête qui a mené à la «détention» et à l'arrestation. On s'est attaché d'abord et avant tout à satisfaire à la norme prescrite par l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*. Le critère qui a guidé l'action des détectives était celui de l'existence de motifs raisonnables et probables de soupçonner. À supposer l'absence de tels motifs, j'estime que les circonstances ne s'écartent pas assez de la norme pour qu'il soit

arbitrary. The arrest was neither capricious nor random.

For these reasons, as well as for those expressed by Zuber J.A., I entertain strong reservations that a breach of s. 9 of the *Charter* occurred here. In view, however, of the position taken by the Crown with respect to this aspect of the case, I will rest my opinion solely on the question whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Section 24(2) of the Charter

Section 24(2) of the *Charter* reads as follows:

24. (1) ...

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

Appellate Power to Review a Decision to Exclude Evidence

The question whether evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is a question of law from which an appeal will generally lie (*Collins*, *supra*, at p. 276). The present instance was brought before this Court on that basis. The Crown appealed as of right pursuant to s. 621(1)(*a*) of the *Criminal Code* on the ground that Zuber J.A. dissented on the application of s. 24(2) to the case at bar. Moreover, this is not a case where the questions raised by the application of s. 24(2) are limited to the assessment of testimonial evidence or determination of facts. The Crown argues that incorrect principles were applied by the Court of Appeal and that its decision to uphold the exclusion of the evidence pursuant to s. 24(2) was premised on an error of law. As well, I note that in the case of *Genest*, *supra*, this Court allowed an appeal from a decision not to exclude evidence pursuant to s. 24(2). An important aspect of that case, like the present one, turned on the issue of whether the breach was a

possible de conclure au caractère arbitraire de la détention. L'arrestation n'était pas absurde et elle n'a pas été effectuée au hasard.

Pour ces motifs, ainsi que pour ceux exprimés par le juge Zuber en Cour d'appel, je doute fort qu'il y ait eu en l'espèce infraction à l'art. 9 de la *Charte*. Compte tenu toutefois de la position qu'a prise le ministère public relativement à cet aspect de l'affaire, je fonde mon opinion sur la seule question de savoir si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* est ainsi conçu:

24. (1) ...

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

Pouvoir d'une cour d'appel de réviser une décision portant exclusion d'éléments de preuve

La question de savoir si une preuve doit être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est une question de droit qui peut, en règle générale, faire l'objet d'un appel (*Collins*, précité, à la p. 276). C'est ce qui est à la base du présent pourvoi. Le ministère public s'est pourvu de plein droit en vertu de l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel* parce que le juge Zuber a exprimé une opinion dissidente sur la question de l'applicabilité du par. 24(2) en l'espèce. De plus, il ne s'agit pas d'un cas où les questions soulevées par l'application du par. 24(2) se limitent à l'appréciation de la preuve testimoniale ou à la détermination de faits. Le ministère public soutient que la Cour d'appel a appliqué des principes erronés et que sa décision de confirmer l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) est fondée sur une erreur de droit. Je note en outre que, dans l'arrêt *Genest*, précité, cette Cour accueille l'appel d'une décision de ne pas exclure la preuve en vertu du par. 24(2). Un aspect important de cette affaire, comme en l'espèce, était de

serious one. In these circumstances, I have no hesitation in coming to the conclusion that this Court should exercise its jurisdiction to review the findings of the Court of Appeal with respect to the application of s. 24(2) in the present case.

Burden of Proof Under s. 24(2) of the *Charter*

It is now clear that s. 24(2) of the *Charter* does not provide for the automatic exclusion of evidence obtained as a result of the infringement of a protected right. Not every *Charter* violation will give rise to the remedy provided for by that section. The Chief Justice, writing for the Court on that point in *Simmons*, *supra*, at p. 532, said:

> The final question in this appeal is whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As Lamer J. noted in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the *Charter* enshrines a position with respect to evidence obtained in violation of *Charter* rights that falls between two extremes. Section 24(2) rejects the American rule that automatically excludes evidence obtained in violation of the Bill of Rights (see, for example, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), and *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)). It also shuns the position at common law that all relevant evidence is admissible no matter how it was obtained (see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272). Evidence may be excluded under s. 24(2) if having regard to all the circumstances, it is established that the admission of it would bring the administration of justice into disrepute.

As well, in *Strachan*, *supra*, at p. 1008, the Chief Justice reiterated this principle:

> Any denial of a *Charter* right is serious, but s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule. Not every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence.

In order for the remedy of exclusion to become available, the individual whose *Charter* rights have been infringed bears the burden of persuading the court that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. By

déterminer s'il s'agissait d'une violation grave. Dans ces circonstances, je conclus sans hésitation que cette Cour devrait exercer sa compétence pour réviser les conclusions de la Cour d'appel relativement à l'application du par. 24(2) en l'espèce.

La charge de la preuve aux fins du par. 24(2) de la *Charte*

Il est clair maintenant que le par. 24(2) de la *Charte* ne prévoit pas l'exclusion automatique d'éléments de preuve obtenus par suite d'une atteinte à un droit protégé. Les violations de la *Charte* ne donneront pas lieu dans tous les cas à la réparation prévue par ce paragraphe. Voici ce que disait le Juge en chef, qui a rédigé les motifs de la Cour sur ce point dans l'affaire *Simmons*, précitée, à la p. 532:

> La dernière question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme l'a noté le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la *Charte* enchâsse un point de vue situé entre deux extrêmes en ce qui concerne la preuve obtenue en violation des droits qu'elle garantit. Le paragraphe 24(2) rejette la règle américaine qui écarte automatiquement la preuve obtenue en violation du Bill of Rights (voir, par exemple, les arrêts *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), et *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)). Il évite également le point de vue en *common law* selon lequel tout élément de preuve pertinent est admissible peu importe la façon dont il a pu être obtenu (voir l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272). Les éléments de preuve peuvent être écartés en vertu du par. 24(2) s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le Juge en chef a réitéré ce principe dans l'arrêt *Strachan*, précité, à la p. 1008:

> Toute négation d'un droit garanti par la *Charte* est grave, mais le par. 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique. Ce n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve.

Pour bénéficier du recours de l'exclusion d'éléments de preuve, la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés doit convaincre le tribunal que, eu égard aux circonstances, l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2)

hypothesis, s. 24(2) is premised on a violation of the *Charter*. The individual must therefore move the analysis beyond this starting point and engage in a balancing of all the circumstances. He must bring the court to consider the interplay between the seriousness of the violation, the fairness of the trial and the effect of exclusion. In this context, courts are sometimes pressed to exclude the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because to admit it would condone the underlying violation. Courts are thereby invited to use the remedy of exclusion to discipline improper police conduct. Such an argument, if accepted, would greatly reduce the applicant's burden under s. 24(2). As every breach of the *Charter* is serious and as no court wishes to condone improper police conduct, the argument provides the means to avoid engaging in any sort of balancing. Taken to its logical extreme, this reasoning leads to the automatic exclusion of evidence.

In my view, the blind-eye reasoning is based on the incorrect assumption that a decision not to exclude pursuant to s. 24(2) of the *Charter* means that the court condones the underlying violation. The equation however does not necessarily follow. There may be, in certain cases, "particular circumstances [which] provide a rational basis for holding that the admission of the evidence will at least give the appearance of condoning misconduct" (*R. v. Strachan* (1986), 49 C.R (3d) 289 (B.C.C.A.), at p. 311, *per* Esson J.A.) Such circumstances would be relevant in the application of s. 24(2). Other than these special cases, it would be, in my view, incorrect to assume that admitting the evidence condones the underlying infringement. Moreover, as held by this Court in *Collins* and *Genest*, it is generally not proper for a court to exclude evidence with a view to controlling the police. The main reason for this is that the price of exclusion is not paid by the police, and that consequently, from the police's point of view, exclusion generally would amount to no punishment at all. The public and the victims of the offence are those who are affected by the exclusion. For these reasons, I am of the view that the blind-eye reasoning

présuppose une violation de la *Charte*. Quiconque l'invoque doit donc aller au-delà de ce point de départ et procéder à une appréciation de toutes les circonstances. Il doit amener le tribunal à examiner les incidences mutuelles de la gravité de la violation, de l'équité du procès et de l'effet de l'exclusion. Dans ce contexte, on exhorte parfois les tribunaux à exclure la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce que son admission reviendrait à tolérer la violation sous-jacente. On invite ainsi les tribunaux à recourir à l'exclusion comme mesure disciplinaire en cas de conduite policière irrégulière. Cet argument, s'il était retenu, allégerait considérablement le fardeau incombant à celui qui présente une demande fondée sur le par. 24(2). Comme toute violation de la *Charte* est grave et comme aucun tribunal ne veut fermer les yeux sur une conduite policière irrégulière, cet argument fournit un moyen d'éviter d'avoir à soupeser les différentes considérations pertinentes. À la limite, ce raisonnement aboutit à l'exclusion automatique d'éléments de preuve.

À mon avis, l'argument des «yeux fermés» repose sur la supposition erronée qu'une décision de ne pas exclure la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* signifie que le tribunal tolère la violation sous-jacente. L'équation ne se vérifie pas toujours. Il peut exister dans certains cas [TRADUCTION] «des circonstances particulières [qui] fournissent un fondement rationnel à la conclusion que l'utilisation de la preuve donnera à tout le moins l'impression qu'on tolère une conduite irrégulière» (*R. v. Strachan* (1986), 49 C.R. (3d) 289 (C.A.C.-B.), à la p. 311, le juge Esson). De telles circonstances seraient pertinentes relativement à l'application du par. 24(2). Mis à part ces cas particuliers, je pense qu'on aurait tort de supposer que l'admission de la preuve revient à tolérer la violation sous-jacente. D'autre part, comme l'a conclu cette Cour dans les arrêts *Collins* et *Genest*, il n'appartient pas, en règle générale, à un tribunal d'écarter des éléments de preuve en vue d'exercer un contrôle sur la police. La raison principale en est que ce n'est pas la police qui paye le prix de l'exclusion de sorte que, du point de vue de la police, l'exclusion n'est généralement pas une punition. Ce sont le public et les victimes de l'infraction qui subissent les consé-

is inconsistent with a proper interpretation of s. 24(2).

In the present instance, the trial judge considered the violation of s. 9 of the *Charter* to be "blatant", "shocking", "nefarious", and he suggested that it fell just short of "torture". He then applied the blind-eye reasoning, holding that to admit the evidence would sanction unlawful arrests by the police. Similarly, in the Court of Appeal, the majority suggested that the police officers' actions were "irrational", "high-handed", "repugnant to our concept of the administration of criminal justice" and indicative of an "incipient Star Chamber attitude". The majority thereafter applied the blind-eye reasoning and stated that admitting the evidence would authorize the police to assume that they have the courts tacit approval of the improper conduct. Neither the trial judge nor the majority in the Court of Appeal gave reasons explaining why the admission of the impugned evidence could be equated with judicial condonation in the present circumstances. With respect, I see no reason for making that assumption in the case at bar, particularly since I do not share the somewhat excessive language used by the courts below to characterize police conduct in this case.

The Criteria Under s. 24(2) and Their Application

The applicable criteria were first considered in *Collins*, a decision, as I mentioned earlier, from which the trial judge and the Court of Appeal did not benefit at the time they rendered their decision. As restated by the Chief Justice in *Simmons*, *supra*, at pp. 533-34, these criteria are as follows:

The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. Evidence that might in some way affect the fairness of the trial would tend to bring the administration of justice into disrepute and in general should be excluded. Within this category, Lamer J. [in *Collins*]

quences de l'exclusion. Pour ces raisons, j'estime que l'argument des «yeux fermés» est incompatible avec une interprétation logique du par. 24(2).

Dans la présente affaire, le juge du procès a tenu pour «flagrante», «choquante» et «infâme» la violation de l'art. 9 de la *Charte* et a laissé entendre à cet égard, qu'il s'en fallait de peu pour qu'elle équivaille à la «torture». Appliquant ensuite l'argument des «yeux fermés», il a conclu que l'utilisation de la preuve reviendrait à sanctionner des arrestations illégales effectuées par la police. De même, la majorité en Cour d'appel a indiqué que les actes des policiers étaient «irrationnels», «arbitraires» et «contraires à notre conception de l'administration de la justice criminelle» et révélateurs d'une «attitude pouvant évoquer la Chambre Étoilée». Puis, la majorité a appliqué le raisonnement des «yeux fermés» et a affirmé que, si la preuve en question était admise, la police serait autorisée à croire que les tribunaux approuvent tacitement la conduite irrégulière. Ni le juge du procès ni la majorité en Cour d'appel n'a expliqué pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, l'admission des éléments de preuve attaqués pouvait être perçue comme une expression de l'approbation des tribunaux. Avec égards, je ne vois en l'espèce aucune justification à cette présomption, d'autant plus que je ne souscris pas aux termes assez excessifs employés par les tribunaux d'instance inférieure pour qualifier la conduite policière dans cette affaire.

Les critères à appliquer aux fins du par. 24(2)

Les critères applicables ont été examinés pour la première fois dans l'arrêt *Collins*, un arrêt, comme je l'ai déjà mentionné, dont ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'avaient pu prendre connaissance au moment où ils ont rendu leurs décisions respectives. Ces critères, reformulés par le Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité, aux pp. 533 et 534, sont les suivants:

Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui se rapportent à l'équité du procès. Les éléments de preuve susceptibles de porter atteinte de quelque façon à l'équité du procès auraient tendance à déconsidérer l'administration de la justice et ils devraient généralement

distinguished between the type of evidence obtained (at pp. 284-85):

> It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens*, *supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violation as defined by the conduct of the law enforcement authorities. In this category, an assessment of whether the breach was committed in good faith, whether it was one of a merely technical nature or whether it was deliberate and flagrant falls to be considered. Also within this category is the consideration of whether the *Charter* violation was motivated by circumstances of urgency or from fear of destruction of evidence. Finally, if other investigatory techniques had been available or if the evidence could have been obtained in a manner which would not have infringed the *Charter*, the violation would tend to be construed as more serious.

The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. The decision to exclude evidence always represents a balance between the interests of truth on one side and the integrity of the judicial system on the other. In some cases the harm to the integrity of the judicial system resulting from excluding the evidence will be so great

être écartés. Dans cette catégorie, le juge Lamer [dans l'arrêt *Collins*] établit une distinction entre le genre d'éléments de preuve obtenus (aux pp. 284 et 285):

> Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

Le second ensemble de facteurs à prendre en considération concerne la gravité de la violation de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités responsables de l'application de la loi. Dans cette catégorie, il y a lieu d'examiner si la violation a été commise de bonne foi, s'il s'agissait d'une simple irrégularité ou d'une violation intentionnelle et flagrante. Il convient aussi de déterminer si la violation a été motivée par une situation d'urgence ou par la crainte que des éléments de preuve ne soient détruits. Enfin, s'il avait été possible d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête ou d'obtenir la preuve d'une manière non contraire à la *Charte*, on aurait tendance à considérer la violation commise comme étant plus grave.

Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. La décision d'écarter des éléments de preuve met toujours en balance l'intérêt qu'il y a à découvrir la vérité d'une part, et l'intégrité du système judiciaire d'autre part. Dans certains cas, le préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire par l'exclusion de la preuve sera si

that exclusion and not admission will bring the administration of justice into disrepute. This would be the case if evidence necessary to substantiate a charge were excluded on the basis of a trivial *Charter* violation.

I shall consequently examine the evidence in light of these criteria.

Fairness at the Trial

The evidence excluded by the trial judge consisted of the stolen stereo set, fingerprints obtained at the station, at the Laframboise residence and on the stolen goods, as well as written statements elicited from each of the respondents.

The stereo set found in Murphy's possession existed prior to the *Charter* violation and was not created by it. Likewise, the fingerprint evidence cannot be said to have been manufactured by the *Charter* violation. The fingerprints were in the Laframboise residence and on the stolen goods before any infringement occurred.

Fingerprint evidence, like real evidence, falls outside the scope of the right against self-incrimination. In *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.), declaratory proceedings were taken to attack the constitutionality of s. 455.5(5) of the *Criminal Code*, which provides that a person charged with an indictable offence may be required to attend for the purpose of having his fingerprints taken. It was argued that this disposition forced the accused to testify against himself contrary to his rights under ss. 11(*d*) and 13 of the *Charter*. Durand J. conducted an extensive review of the case law and found that [TRANSLATION] "[f]ingerprints are accordingly not testimony and a person does not testify against himself when he provides them" (p. 442).

This conclusion was later approved by the Alberta Court of Appeal in *Re M.H. and The Queen (No. 2)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 384, aff'g (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (Q.B.), leave to appeal to this Court granted, September 19, 1985, [1985]

grand que ce sera l'exclusion et non l'utilisation de cette preuve qui aura pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Tel serait le cas si un élément de preuve nécessaire pour justifier l'accusation était écarté à cause d'une violation anodine de la *Charte*.

Je me propose donc d'examiner la preuve à la lumière de ces critères.

L'équité du procès

Les éléments de preuve écartés par le juge du procès étaient la chaîne stéréophonique volée, les empreintes digitales prises au poste de police, celles relevées au domicile des Laframboise et sur les biens volés ainsi que les déclarations écrites obtenues de chacun des intimés.

La chaîne stéréophonique trouvée en la possession de Murphy existait antérieurement à la violation de la *Charte*; elle n'a pas été créée par cette violation. De la même façon, on ne saurait prétendre que la preuve fondée sur les empreintes digitales a été produite par la violation de la *Charte*. Les empreintes digitales relevées dans la maison des Laframboise et sur les biens volés s'y trouvaient avant toute violation.

La preuve que constituent les empreintes digitales, comme la preuve matérielle, ne fait pas entrer en jeu le droit de ne pas s'incriminer. Dans l'affaire *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qué.), on a intenté une action déclaratoire attaquant la constitutionnalité du par. 455.5(5) du *Code criminel*, qui dispose qu'une personne accusée d'un acte criminel peut être tenue de comparaître pour la prise de ses empreintes digitales. On a soutenu que cette disposition forçait l'accusé à témoigner contre lui-même, ce qui constituait une atteinte aux droits garantis par l'al. 11*d*) et l'art. 13 de la *Charte*. Le juge Durand a fait une analyse fouillée de la jurisprudence et est arrivé à cette conclusion: «Les empreintes digitales ne sont donc pas un témoignage et une personne ne témoigne pas contre elle-même lorsqu'elle les fournit» (p. 442).

Cette conclusion a par la suite été approuvée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Re M.H. and The Queen (No. 2)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 384, conf. (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (B.R.); autorisation de pourvoi devant cette Cour accordée

2 S.C.R. ix. Likewise, it was held in *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (Ont. H.C.), that (at p. 211):

It is clear that in law, neither the presumption of innocence nor the fairness of an accused's trial are affected by statutory provisions which authorize the police to require an accused to submit to physical tests or procedures which may produce incriminating evidence.

The constitutional validity of s. 455.5(5) of the *Criminal Code* was considered by this Court in the recent case of *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. Delivering the reasons of the Court, La Forest J. found that the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted pursuant to that provision did not offend any *Charter* rights or freedoms. On the specific question of the right to counsel and fairness, he wrote (at p. 415):

I am unable to grasp the significance of s. 10 (the right to counsel) to these issues in the circumstances of these cases. Nor do I see how the respondents could be said to be witnesses in proceedings against themselves under s. 11(*c*) of the *Charter* (see *Re Jamieson and The Queen, supra*; see also the cases on the much broader provision of the Fifth Amendment against self-incrimination in the United States Constitution, particularly *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), at p. 764, discussed in Moenssens, *supra*, at pp. 62-66.

Section 11(*d*) guarantees a fair trial. If the fingerprints were obtained in a manner consistent with the principles of fundamental justice, it is not readily apparent how their use as evidence could affect the fairness of a trial.

Real evidence has consistently been held by this Court not to affect the fairness of a trial. In *Simmons*, *supra*, drugs had been found taped to the waist of the accused. The majority of this Court held that the drugs had been found in violation of the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The Chief Justice said (at p. 534):

le 19 septembre 1985, [1985] 2 R.C.S. ix. Également, dans la décision *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (H.C. Ont.), à la p. 211, on a conclu:

[TRADUCTION] Il est évident qu'en droit des dispositions législatives autorisant la police à requérir d'un prévenu qu'il se soumette à des tests ou à des procédés physiques pouvant produire une preuve incriminante ne portent atteinte ni à la présomption d'innocence ni à l'équité du procès du prévenu.

La constitutionnalité du par. 455.5(5) du *Code criminel* a été étudiée par cette Cour dans l'arrêt récent *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Le juge La Forest, au nom de la Cour, a conclu qu'on ne porte atteinte à aucun droit ni à aucune liberté garantis par la *Charte* lorsqu'on prend en vertu de cette disposition les empreintes digitales d'une personne qui a été arrêtée mais qui n'a pas encore été déclarée coupable. Sur la question précise du droit à l'assistance d'un avocat et à l'équité, le juge La Forest écrit, à la p. 415:

Je ne puis saisir le rapport qu'il y a entre l'art. 10 (le droit à un avocat) et les points litigieux en l'espèce, compte tenu des circonstances. Je ne vois pas non plus comment les intimés peuvent être considérés comme obligés de témoigner contre eux-mêmes, en contravention à l'al. 11*c*) de la *Charte* (voir *Re Jamieson and The Queen*, précité; voir aussi la jurisprudence relative à la disposition beaucoup plus large du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis interdisant l'auto-incrimination, en particulier l'affaire *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), à la p. 764, analysée dans Moenssens, précité, aux pp. 62 à 66.

L'alinéa 11*d*) garantit un procès équitable. Si les empreintes digitales ont été prélevées conformément aux principes de justice fondamentale, on ne voit guère comment leur utilisation comme élément de preuve pourrait avoir un effet sur l'équité d'un procès.

Cette Cour a dit de façon constante que la preuve matérielle n'a aucune incidence sur l'équité d'un procès. Dans l'affaire *Simmons*, précitée, on avait découvert des stupéfiants fixés autour de la taille de l'accusée au moyen de bandes adhésives. La majorité de cette Cour a conclu que les stupéfiants avaient été découverts d'une manière qui violait les droits garantis à l'accusée par l'art. 8 de la *Charte*. Le Juge en chef dit ceci, aux pp. 534 et 535:

The evidence obtained as a result of the strip search was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations. As Belzil J.A. observed in *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (Alta C.A.), at p. 372:

> What is sought to be excluded here is pre-existing physical evidence which the appellant was attempting to conceal to prevent its detection and rightful seizure . . . .

Unlike the situation in *Therens*, *supra*, the accused here was in no way conscripted against herself. The admission of the evidence in this case, in contrast to *Therens*, would therefore not tend to affect adversely the fairness of the trial process.

In *Strachan*, *supra*, at p. 1007, narcotics were found in the accused's possession in a manner which infringed his *Charter* right to counsel. Delivering the reasons of the Court, the Chief Justice wrote:

> The factors concerning the fairness of the trial are especially important when the right to counsel has been violated because of the concern that an accused has been incriminated by statements improperly elicited by the police. Unlike *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, and *R. v. Manninen*, *supra*, where the breach of the right to counsel resulted in self-incriminatory statements, no such statements were elicited in this case. Admission of the narcotics themselves would not render the trial unfair.

Likewise, in *Jacoy*, *supra*, at p. 559, where narcotics were seized in violation of the accused's right to counsel, the Chief Justice held:

> Evidence of narcotics is real evidence that existed independently of the *Charter* violation. This factor distinguishes this appeal from *Therens*, where the evidence was created by the accused as a result of the violation. Admission of evidence of this latter sort detracts from the fairness of the trial process, real evidence does not.

Even in the United States, where the exclusion of the evidence obtained in violation of the Fourth Amendment is a firmly established rule, it was held by White J., delivering the reasons of the

La preuve obtenue par suite de la fouille à nu était une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte*. Comme l'a fait remarquer le juge Belzil dans l'arrêt *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Alb.), à la p. 372:

> [TRADUCTION] Ce que l'on cherche à exclure en l'espèce est une preuve matérielle préexistante que l'appelant s'efforçait de cacher pour empêcher sa détection et sa saisie légitime . . .

Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Therens*, précitée, l'accusée en l'espèce n'était aucunement conscrite contre elle-même. L'utilisation de la preuve en l'espèce, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Therens*, n'aurait donc pas tendance à compromettre le caractère équitable du procès.

Dans l'affaire *Strachan*, précitée, à la p. 1007, on a découvert, par des moyens qui portaient atteinte à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, que l'accusé avait des stupéfiants en sa possession. Le Juge en chef, au nom de la Cour, écrit:

> Les facteurs concernant l'équité du procès sont particulièrement importants lorsqu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat en raison de la crainte qu'un accusé ait été incriminé par des déclarations obtenues irrégulièrement par la police. Contrairement aux arrêts *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et *R. c. Manninen*, précité, où la violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avait entraîné des déclarations ayant un effet auto-incriminant, de telles déclarations n'ont pas été obtenues en l'espèce. L'utilisation en preuve des stupéfiants eux-mêmes ne rendrait pas le procès inéquitable.

De même, dans l'affaire *Jacoy*, précitée, où des stupéfiants avaient été saisis en violation du droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, le Juge en chef conclut, à la p. 559:

> Les stupéfiants découverts constituent une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Ce facteur distingue le présent pourvoi de l'affaire *Therens* où la preuve avait été créée par l'accusé par suite de la violation reprochée. L'utilisation de ce dernier genre d'éléments de preuve nuit à l'équité du procès, alors que ce n'est pas le cas d'une preuve matérielle.

Même aux États-Unis où l'exclusion de la preuve obtenue d'une manière non conforme au Quatrième amendement est une règle bien établie, le juge White, qui a rédigé les motifs de la majo-

majority in *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), that the indiscriminate exclusion of "inherently trustworthy tangible evidence" unacceptably impedes the truth-finding function of criminal trials and ultimately leads to disrespect for the judicial process (pp. 907-8).

For these reasons, I conclude that the admission of the stereo set and fingerprint evidence would not affect the fairness of the trial in the present case.

Turning now to the written statements obtained from the accused, they also in my view fall outside the scope of the privilege in the present instance. While they obviously are of a testimonial nature, the evidence clearly establishes that they were freely volunteered after the respondents had properly been charged, given the customary caution, told that they could remain silent and told as well that they had the right to retain and instruct counsel pursuant to the *Charter*. The situation is analogous with the case of *Upston*. There, three policemen came to the accused's home with a valid search warrant. Prior to reading the right to counsel, there was a conversation between one of the officers and the accused. The policeman asked whether the accused owned everything in the house. This question sought an incriminating reply, as it was directed to obviating any defence of non-ownership. The accused answered in the affirmative. He was then read his *Charter* right to counsel and there was a second conversation in which further incriminating statements were obtained. The Crown only sought to introduce the latter statements. The trial judge held that they had been voluntarily given:

> It's clear that the accused completely understood all that was said to him and that the statement was voluntary. The atmosphere was completely neutral. The accused did not request counsel and he was completely cognitive of all that was going on and being said. When I say he understood all, I am referring to both the confession and the **Charter** warning as well.

((1986), 86 N.R. 21 (B.C. Co. Ct.), at p. 21)

rité dans l'affaire *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), a dit que l'exclusion inconsidérée d'une [TRADUCTION] «preuve matérielle qui est en soi digne de foi» crée des obstacles inacceptables à la détermination de la vérité dans un procès criminel et aboutit au discrédit du processus judiciaire (pp. 907 et 908).

Pour ces raisons, je conclus que l'admission de la chaîne stéréophonique et de la preuve par empreintes digitales ne compromettrait pas l'équité du procès en l'espèce.

Pour ce qui est des déclarations écrites obtenues des accusés, j'estime qu'elles ne bénéficient pas elles non plus de l'exclusion. Malgré leur caractère manifestement testimonial, il ressort nettement de la preuve qu'elles ont été faites volontairement après que les accusés eurent été régulièrement inculpés, qu'ils eurent reçu la mise en garde d'usage, qu'on leur eut dit qu'ils pouvaient garder le silence et qu'on leur eut dit aussi qu'ils avaient en vertu de la *Charte* le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. La situation est donc analogue à celle qui se présentait dans l'affaire *Upston*. Dans cette affaire, trois policiers s'étaient présentés chez l'accusé munis d'un mandat de perquisition valide. Avant que l'accusé ne soit informé de son droit d'avoir recours à un avocat, il y a eu une conversation entre lui et l'un des policiers. Le policier lui a demandé si tout ce qu'il y avait dans la maison lui appartenait. Cette question visait à tirer de l'accusé une réponse incriminante puisqu'on tentait par là de parer à toute défense de non-possession. L'accusé a répondu par l'affirmative. C'est alors qu'on lui a fait lecture de son droit, garanti par la *Charte*, à l'assistance d'un avocat. A suivi une seconde conversation au cours de laquelle d'autres déclarations incriminantes ont été obtenues. Le ministère public n'a essayé de produire en preuve que ces dernières déclarations. Le juge du procès a décidé qu'elles avaient été faites volontairement:

> [TRADUCTION] Il est évident que l'accusé avait parfaitement compris tout ce qu'on lui avait dit et que la déclaration était volontaire. L'ambiance était tout à fait neutre. L'accusé n'a pas demandé l'assistance d'un avocat et il se rendait parfaitement compte de tout ce qui se passait et se disait. Quand je dis qu'il a tout compris, je parle aussi bien de la confession que de la mise en garde donnée pour se conformer à la **Charte**.

((1986), 86 N.R. 21 (C. cté C.-B.), à la p. 21)

It was not disputed in that case that the accused's right to counsel had been breached in that he was not informed of his rights at the outset of the detention. Nevertheless, this Court dismissed the appeal from the Court of Appeal of British Columbia (1987), 86 N.R. 18 and held that the evidence should not be excluded pursuant to s. 24(2). For the Court, La Forest J. said that (*Upston, supra*, at pp. 1083-84):

> [T]he evidence adduced was not obtained as a result of that breach but, as the trial judge found, was completely voluntary after he had been informed of his right to counsel. The evidence was thus not obtained in a manner that infringed or denied a *Charter* right within the meaning of s. 24 of the *Charter* and should consequently not be excluded. [Emphasis added.]

In *Upston*, no compulsion of any kind tainted the voluntary nature of the statements made by the accused, and I take that case to suggest that the fairness of the trial would not be affected by the admission of a voluntary confession.

Before the *Charter*, it had been held that the right against self-incrimination was limited to testimonial evidence which could not be said to have been voluntarily given by the accused. In *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, Laskin J. (as he then was) wrote for the majority (at p. 909):

> Again, an accused could not before the enactment of the *Canadian Bill of Rights* nor can he since its enactment claim any immunity or privilege against the admissibility of his voluntary disclosures where they are relevant to a charge against him. [Emphasis added.]

This has remained true since the enactment of the *Charter*. In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, leave to appeal to this Court refused, February 24, 1986, [1986] 1 S.C.R. viii, the Ontario Court of Appeal reviewed the nature of the right to remain silent. The accused was questioned in his own house by police officers investigating the commission of a fraud. During the questioning, at a time when he had not yet been arrested and when the officers had no reasonable and probable

On ne niait pas dans cette affaire-là que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat avait été violé en ce sens qu'on ne l'avait pas informé de ses droits dès le commencement de la détention. Cette Cour a néanmoins rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 86 N.R. 18 et a statué que la preuve ne devait pas être écartée en vertu du par. 24(2). Le juge La Forest dit au nom de la Cour (arrêt *Upston*, précité, aux pp. 1083 et 1084):

> [L]a preuve produite n'a pas été obtenue par suite de cette violation mais, comme le juge du procès l'a constaté, elle a été fournie totalement volontairement après qu'on eut informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. La preuve n'a donc pas été obtenue d'une façon qui nie ou viole un droit garanti par la *Charte* au sens de l'art. 24 de la *Charte* et ne doit donc pas être exclue. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Upston*, pas la moindre contrainte n'était venue vicier le caractère volontaire des déclarations de l'accusé et j'infère de cet arrêt que l'admission d'une confession volontaire n'aurait pas nui à l'équité du procès.

Antérieurement à la *Charte*, il avait été établi que le droit de ne pas s'incriminer se limitait à la preuve testimoniale dont on ne pouvait dire qu'elle avait été fournie volontairement par l'accusé. Dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) écrit au nom de la majorité, à la p. 909:

> En outre, le prévenu ne pouvait pas, avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, et ne peut, depuis son adoption, alléguer l'existence de quelque immunité ou privilège contre l'admissibilité en preuve des faits qu'il a délibérément divulgués et qui ont trait à une accusation portée contre lui. [Je souligne.]

C'est tout aussi vrai après l'adoption de la *Charte*. Dans l'affaire *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, autorisation de pourvoi devant cette Cour refusée le 24 février 1986, [1986] 1 R.C.S. viii, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la nature du droit au silence. Dans cette affaire, l'accusé avait été interrogé dans sa propre maison par des policiers qui menaient une enquête sur la perpétration d'une fraude. Au cours de l'interrogatoire, à un moment où il n'avait pas encore été arrêté et où les

grounds to suspect he was guilty, the accused made certain inculpatory statements. At trial, the accused sought to have these statements excluded from the evidence on the basis that they were obtained as a result of an infringement of his rights under ss. 11(*c*) and 10(*b*) of the *Charter*. The trial judge admitted the statements and convicted the accused. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Delivering the reasons of the Court of Appeal, Martin J.A. extensively reviewed the sources of a suspect's right to silence. This right was held to operate at the investigative stage as well as at the trial stage. The court found that while the police have the right to ask questions of any person, they have no power to compel that person to answer. If the person refuses to comply, then he must be allowed to proceed on his way, unless there are reasonable and probable grounds for an arrest. Martin J.A. further stated that (at p. 95):

> If, however, the suspect chooses to answer questions put to him by the police, his answers are admissible if the prosecution establishes that his statements were voluntary.

He later held (at p. 97): "I am of the view that s. 11(*c*) of the *Charter* has no application to the admissibility of the appellant's answers in response to police questioning." It must be stressed that in *Esposito*, the court held that the accused was not detained during the questioning that took place in the living room of his own house. Nevertheless, the case stands for the proposition that the admission of voluntary statements does not affect the fairness of a trial.

In the present case, the respondents themselves argue that their encounter with the officers was voluntary and co-operative. They write in their factum (at p. 3):

> The three young men were co-operative throughout the investigation. They had voluntarily come to meet the officers in front of the premises broken into.

Murphy's initial incriminating response to Detective Reaume's question was given spontaneously. There was no compulsion. The evidence suggests

policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable de soupçonner qu'il était coupable, l'accusé a fait certaines déclarations incriminantes. Au procès, l'accusé a cherché à faire exclure ces déclarations du fait qu'elles avaient été obtenues par suite d'une atteinte aux droits que lui garantissaient les al. 11*c*) et 10*b*) de la *Charte*. Le juge du procès a admis les déclarations et a reconnu l'accusé coupable. L'appel a été rejeté par la Cour d'appel.

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel, le juge Martin fait une revue détaillée des origines du droit d'un suspect de garder le silence. Ce droit, a-t-il été jugé, vaut aussi bien au stade de l'enquête qu'à celui du procès. La cour a conclu que, si la police a le droit de poser des questions à n'importe qui, elle n'est pas autorisée à contraindre une personne à répondre. Si la personne en question refuse d'obtempérer, il faut lui permettre de s'en aller, à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables et probables de l'arrêter. Le juge Martin ajoute (à la p. 95):

> [TRADUCTION] Si, toutefois, le suspect choisit de répondre aux questions que la police lui pose, ses réponses sont admissibles en preuve, si la poursuite en établit le caractère volontaire.

Plus loin, il dit (à la p. 97): [TRADUCTION] «Je suis d'avis que l'al. 11*c*) de la *Charte* ne s'applique pas à l'admissibilité des réponses données par l'appelant aux questions de la police.» Je dois souligner que, dans l'affaire *Esposito*, la cour a jugé que l'accusé n'était pas détenu pendant l'interrogatoire qui a eu lieu dans le salon de sa propre maison. Quoi qu'il en soit, l'arrêt établit que l'admission de déclarations volontaires ne compromet pas l'équité d'un procès.

En l'espèce, les intimés eux-mêmes affirment que c'est volontairement et dans un esprit de coopération qu'ils étaient allés voir les policiers. Leur mémoire contient le passage suivant (à la p. 3):

> [TRADUCTION] Les trois jeunes gens se sont montrés coopératifs tout au cours de l'enquête. Ils étaient allés volontairement rencontrer les policiers devant la maison dans laquelle on s'était introduit par effraction.

Murphy a donné spontanément sa réponse incriminante initiale à la question du détective Reaume. Aucune contrainte n'avait été exercée. La preuve

that the respondents had come to meet the officers with a view to letting the cat out of the bag. After the formal charge, the young men indicated that they understood the caution, the right to silence and right to counsel. But they nevertheless decided to give written statements without first instructing counsel. The atmosphere was one of co-operation. The statements were written a very short time after the arrest. The Crown did not seek to introduce as evidence Murphy's initial reply in the patrol car. In these circumstances, I am of the view that the admission of the statements would not affect the fairness of the trial.

Seriousness of the Violation

In assessing the seriousness of the underlying violation of the *Charter*, this Court in *Collins* suggested considering whether the impugned conduct was "serious" as opposed to "technical", and whether it was "deliberate, wilful or flagrant" as opposed to "inadvertent or committed in good faith" (p. 283). As the Chief Justice said in *Strachan*, *supra*, at p. 1008, I agree that "[a]ny denial of a *Charter* right is serious". It does not necessarily follow, however, that every denial will give rise to the remedy provided for by s. 24(2) of the *Charter*.

In the case of a violation of s. 9 of the *Charter*, I am of the view that the duration and intensity of the detention are relevant factors in determining the relative seriousness of the infringement.

The detention here lasted a very brief period of time. Detective Reaume's uncontradicted testimony is that his partner was away from the patrol car for a total of two minutes. I would conclude that the detention was therefore of a relatively insignificant duration. Moreover, in my view, the circumstances indicate that this very brief detention was not tainted with any coercive overtones whatsoever. Some recent cases illustrate that the imperative nature of the language used by the officer as well as the coercive nature of the other circum-

permet de penser que les intimés étaient allés rencontrer les policiers avec l'intention de tout dévoiler. Après que l'accusation eut été portée, les jeunes gens ont indiqué qu'ils comprenaient la mise en garde et qu'ils comprenaient aussi qu'ils avaient le droit de garder le silence et le droit à l'assistance d'un avocat. Ils ont néanmoins décidé de faire des déclarations écrites sans avoir d'abord retenu les services d'un avocat. Tout s'est passé dans un climat de coopération. La rédaction des déclarations a suivi de très peu l'arrestation. Le ministère public n'a pas tenté de produire en preuve la réponse initialement donnée par Murphy dans la voiture de police. Dans ces circonstances, j'estime que l'admission des déclarations ne nuirait pas à l'équité du procès.

La gravité de la violation

Pour évaluer la gravité de la violation de la *Charte*, cette Cour propose dans l'arrêt *Collins* une démarche qui consiste à se demander si la violation était «grave» ou n'était qu'une simple «irrégularité» et si elle était «intentionnelle, volontaire ou flagrante», par opposition à une violation commise «par inadvertance ou de bonne foi» (p. 283). Comme le dit le Juge en chef dans l'arrêt *Strachan*, précité, à la p. 1008, «[t]oute négation d'un droit garanti par la *Charte* est grave». Cependant, cela ne signifie pas nécessairement que chaque violation ouvrira droit à la réparation prévue au par. 24(2) de la *Charte*.

Je suis d'avis que, dans le cas d'une violation de l'art. 9 de la *Charte*, la durée et la rigueur de la détention sont des facteurs pertinents dans la détermination de la gravité relative de cette violation.

En l'espèce, la détention a été de très courte durée. Selon le témoignage incontesté du détective Reaume, son collègue a été absent de la voiture de police pendant un total de deux minutes. J'en conclus donc que la durée de la détention a été relativement insignifiante. De plus, à mon avis, les circonstances indiquent que cette très brève détention ne comportait pas le moindre élément de coercition. Suivant certaines décisions récentes, le caractère impératif du langage tenu par le policier ainsi que la nature coercitive des autres circons-

stances are relevant factors in appreciating whether there has been a detention. It would naturally follow that the more coercive the circumstances, the more serious the detention. In *R. v. Smith* (1986), 25 C.C.C. (3d) 361 (Man. C.A.), the accused and his common-law wife were visited by the police in the course of an investigation into the violent death of the woman's child. They were both asked to come down to the station "to discuss the matter further". At that time, there was no reason to believe that the accused was responsible for the infant's death. The accused was taken into an interview room for a first series of questions. The investigating officers then left the room and verified the accused's story in questioning the child's mother. She provided them with the necessary grounds of suspicion, and when the officers returned to the interview room where the accused had remained all this time, he was charged with the child's murder, cautioned and read his rights to counsel. He did not ask for legal assistance but rather voluntarily answered a series of questions, answers which constituted the incriminating statements leading to his conviction. The Manitoba Court of Appeal unanimously confirmed the finding by the trial judge that the statements should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The accused claimed he had been improperly detained and denied his right to counsel during the first interview. Writing for the Court, Huband J.A. dismissed this argument. He held that the hour spent in the interview room at the police station did not constitute a detention (at p. 368):

In the present case there was no physical constraint. Nor was there any "demand or direction". There was a request that the accused attend the Public Safety Building, which the accused was free to refuse. There was a request that he co-operate in providing information as to the circumstances of the death of the child which, once again, he was free to refuse. There was no physical constraint, nor any demand or direction that he remain in the interview-room after the first interview had been completed. And, throughout the entire period, until the

tances sont des facteurs pertinents à prendre en considération pour déterminer s'il y a eu détention. Il en découlerait naturellement que, plus les circonstances sont coercitives, plus la détention est grave. Dans l'affaire *R. v. Smith* (1986), 25 C.C.C. (3d) 361 (C.A. Man.), la police s'était présentée chez l'accusé et son épouse de fait dans le cadre d'une enquête sur la mort violente de l'enfant de cette femme. On leur a demandé de se rendre au poste de police [TRADUCTION] «pour continuer de parler de la question». Il n'y avait à ce moment-là aucune raison de croire que c'était l'accusé qui avait causé la mort de l'enfant. L'accusé a été conduit dans une salle d'entrevue pour une première série de questions. Les policiers chargés de l'enquête ont alors quitté la salle et ont vérifié le récit de l'accusé en interrogeant la mère de l'enfant. Elle leur a fourni les motifs nécessaires pour soupçonner l'accusé et, quand ils sont retournés dans la salle d'entrevue où celui-ci était demeuré tout ce temps, ils l'ont accusé du meurtre de l'enfant, lui ont lu la mise en garde et l'ont informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Sans demander l'assistance d'un avocat, il a répondu volontairement à une autre série de questions. Ses réponses constituaient les déclarations incriminantes qui ont permis de le reconnaître coupable. La Cour d'appel du Manitoba a été unanime à confirmer la conclusion du juge du procès que les déclarations ne devaient pas être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'accusé a soutenu que, lors de la première entrevue, il était irrégulièrement détenu et avait été victime d'une atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge Huband, qui a rédigé les motifs de la cour, a rejeté cet argument. Selon lui, l'heure passée dans la salle d'entrevue au poste de police ne constituait pas une détention (à la p. 368):

[TRADUCTION] En l'espèce, aucune contrainte physique n'a été exercée. De plus, il n'y a eu ni «sommation» ni «ordre». On a simplement demandé à l'accusé de se présenter au Public Safety Building, ce qu'il pouvait refuser de faire. On lui a demandé de coopérer en fournissant des renseignements concernant les circonstances dans lesquelles étaient survenue la mort de l'enfant, ce qu'il était également libre de ne pas faire. Il n'y a pas eu de contrainte physique, pas de sommation ni d'ordre de rester dans la salle d'entrevue à la fin de la

police officers had a second interview with Donna Popiel, the police officers had no reason to think that the accused was criminally involved in the death of the child. [Emphasis added.]

A second illustration is the case of *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.) As part of their investigation, police officers had attended the home of the accused, informed him that they were investigating a murder and told him that they "would like to ask him some questions". The accused replied: "Just a minute. I'll get dressed and go with you". He then accompanied the officers back to the police station. There was no arrest because the officers did not have the requisite grounds. A number of questions were asked and at the end of a two-hour interview the accused said: "There's no sense going on any further with this. I did it". He was then charged and his rights were read to him. At trial, the statement was admitted and the accused was convicted. The appeal was dismissed by the Ontario Court of Appeal, on the ground that the accused was not detained within the meaning of s. 10(*b*) of the *Charter* when he made the statements. For the court, Tarnopolsky J.A. noted that there was no coercive demand or direction which prompted the response in order to induce the accused to submit himself to the questioning (at p. 284):

Clearly, in the case at bar, there was no "demand or direction". In fact, there was not even a "request" that the appellant accompany the officers to the police station.

. . .

Although the fact that the questioning in this case took place in a police station could be a factor to consider on the issue of whether there has been a detention, in the circumstances it is not enough. Nor, for that matter, was the fact of asking whether the appellant's clothes could be examined because of what appeared to be blood on them. There was no evidence that this was done as a "demand or direction", nor that it was being used as a means of depriving Bazinet of his liberty of movement, nor that there was any reasonable belief on his part that he had to submit to such examination.

première entrevue. Et, au cours de toute la période en question, jusqu'à leur seconde entrevue avec Donna Popiel, les policiers n'avaient aucune raison de croire que l'accusé était criminellement impliqué dans la mort de l'enfant. [Je souligne.]

On trouve une deuxième illustration dans l'affaire *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.) Dans le cadre de leur enquête, des policiers s'étaient rendus au domicile de l'accusé, lui avaient fait savoir qu'ils enquêtaient sur un meurtre et lui avaient dit qu'ils [TRADUCTION] «aimeraient lui poser quelques questions». L'accusé a répondu: [TRADUCTION] «Un instant. Je vais m'habiller et je viens.» Puis il est allé avec les policiers au poste de police. Les policiers ne l'ont pas arrêté parce qu'ils n'avaient pas les motifs requis pour le faire. Un bon nombre de questions lui ont été posées et, au terme d'une entrevue qui a duré deux heures, l'accusé a dit: [TRADUCTION] «Inutile de continuer. C'est moi qui l'ai fait.» On l'a alors inculpé et on lui a fait lecture de ses droits. Au procès, la déclaration a été admise en preuve et l'accusé a été reconnu coupable. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté pour le motif que l'accusé, au moment où il avait fait les déclarations, n'était pas détenu au sens de l'al. 10*b*) de la *Charte*. Parlant au nom de la Cour, le juge Tarnopolsky a souligné l'absence de toute sommation et de tout ordre coercitif visant à amener l'accusé à se soumettre à l'interrogatoire (à la p. 284):

[TRADUCTION] De toute évidence, il n'y a eu en l'espèce ni «sommation» ni «ordre». De fait, les policiers n'ont même pas «demandé» à l'appelant de les accompagner au poste de police.

. . .

Bien que le fait que l'interrogatoire dont il s'agit a eu lieu dans un poste de police puisse être un facteur à considérer ou déterminer s'il y a eu détention, cela ne suffit pas dans les circonstances. Pas plus d'ailleurs que le fait d'avoir demandé à examiner les vêtements de l'appelant parce qu'ils paraissaient être tachés de sang. La preuve n'établit pas que cela s'est fait à titre de «sommation» ou d'«ordre», ni qu'il s'agissait d'une façon de priver Bazinet de la liberté de se déplacer, ni qu'il a pu raisonnablement croire qu'il était tenu de se soumettre à un tel examen.

While the circumstances in *Smith* and *Bazinet* differed from the ones in the present case, I find some support with respect to the issue at hand in that a request to come down to the station to "discuss the matter further" and an affirmation that the police "would like to ask some questions" were considered not to amount to a demand or direction.

A third illustration is provided by the case of *Esposito*, which I discussed earlier. The accused argued that his right to counsel pursuant to s. 10(*b*) of the *Charter* had been infringed and that the statements made during his questioning should be excluded from the evidence. The Ontario Court of Appeal rejected the argument. It held that the accused was not detained prior to his arrest, when he made the incriminating statements. Martin J.A. wrote (at p. 101):

The questions put to the appellant in the case at bar did not contain intimidating or inducing overtones. Although Constable O'Grady informed the appellant, just prior to arresting him, that he did not believe him, the prior questioning was not hostile or coercive in nature. Constable O'Grady was not asked on the *voir dire* whether the appellant would have been permitted to leave or terminate the questioning. It would seem, however, to be implicit from Constable O'Grady's statement that he had no grounds for arresting the appellant, that the appellant was free to terminate the interview. The appellant was represented by counsel but did not testify on the *voir dire*, although he was entitled to do so [on] the issue of the voluntariness of the statement without being subject to cross-examination on the issue of guilt. There is no evidence on the record that the appellant actually believed that his freedom was restrained and, in my view, the circumstances would not lead him reasonably to believe that his freedom had been restrained. There was no evidence that the appellant was subject to a demand or direction with which he might reasonably believe he was required to comply. Unless all questioning of a suspect by a police officer, in the absence of a warning that the suspect is free to leave and is entitled to refuse to answer, constitutes a detention under s. 10(*b*) of the Charter, the questioning of the appellant in his home by Constable O'Grady, in the circumstances, did not constitute such a detention. In my view, the appellant was not detained within the meaning of s. 10(*b*) of the Charter when he gave the incriminating

Quoique les circonstances dans les affaires *Smith* et *Bazinet* soient différentes de la situation en l'espèce, j'y vois un certain rapport avec la question dont nous sommes saisis parce qu'il a été jugé qu'une demande d'aller au poste de police «pour continuer de parler de la question» et le fait de dire que les policiers «aimeraient poser quelques questions» n'étaient pas assimilables à une sommation ou à un ordre.

Une troisième illustration est fournie par l'affaire *Esposito*, dont j'ai déjà parlé. L'accusé soutenait qu'il y avait eu atteinte à son droit d'avoir recours à un avocat, garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte*, et que les déclarations qu'il avait faites au cours de l'interrogatoire devaient être exclues comme éléments de preuve. Ce moyen a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a dit que l'accusé n'était pas en état de détention, avant son arrestation, quand il a fait les déclarations incriminantes. Le juge Martin écrit (à la p. 101):

[TRADUCTION] Les questions posées à l'appelant en l'espèce n'avaient rien d'intimidant ni ne constituaient une incitation. Quoique l'agent O'Grady ait informé l'appelant, juste avant de l'arrêter, qu'il ne le croyait pas, l'interrogatoire qui venait d'avoir lieu n'avait aucun caractère hostile ou coercitif. Au cours du voir-dire, on n'a pas demandé à l'agent O'Grady s'il aurait permis à l'appelant de partir ou de mettre fin à l'interrogatoire. Il semble toutefois se dégager implicitement de la déclaration de l'agent O'Grady qu'il n'avait aucun motif d'arrêter l'appelant et que celui-ci était libre de terminer l'entrevue. L'appelant, qui était représenté par un avocat, n'a pas témoigné au voir-dire, alors qu'il aurait pu le faire relativement à la question du caractère volontaire de la déclaration, sans être soumis à un contre-interrogatoire sur la question de la culpabilité. Le dossier n'établit pas que l'appelant croyait réellement qu'on restreignait sa liberté et, à mon avis, les circonstances n'étaient pas de nature à l'amener à croire raisonnablement à une restriction de sa liberté. Rien n'indique qu'on a adressé à l'appelant un ordre ou une sommation auxquels il pouvait raisonnablement se supposer tenu d'obtempérer. À moins que tout interrogatoire d'un suspect qu'un policier mène, sans l'avoir informé qu'il est libre de partir et qu'il peut refuser de répondre, ne constitue une détention pour les fins de l'al. 10*b*) de la Charte, l'interrogatoire de l'appelant à son domicile par l'agent O'Grady n'était pas dans les circonstances une telle détention. Selon moi, l'appelant n'était pas détenu au sens de l'al. 10*b*) de la Charte lorsqu'il a donné, chez

answers at his home in response to questions put to him by Constable O'Grady. [Emphasis added.]

The cases of *Smith*, *Bazinet* and *Esposito* suggest that the detention in the present case is a borderline one, a relatively minor and trifling infringement on the respondents' *Charter* rights. It bears repetition that the encounter took place in a neighbourhood with which the respondents were familiar; that the officers were met in plain view of the Grummetts' residence; that there were three persons met by a single officer; that a single question was asked by the police officer; that a polite and courteous manner was used by the investigating officer; that the respondents conceded having voluntarily attended the police in a spirit of co-operation; that at no time during the brief encounter did they offer any resistance; that no physical compulsion whatsoever was used by the officer; and that the encounter took place in an unmarked patrol car which was not equipped with automatic locks. In my view, these circumstances do not bear the mark of intimidating or coercive overtones which would be characteristic of a more serious infringement on the respondents' rights.

The trial judge and the majority of the Court of Appeal suggested that this police conduct could be compared to torture and to practices of the Star Chamber. They characterized the encounter as an "arrest for investigative purposes". In my view, this characterization exaggerates and distorts what actually happened. It rests on an erroneous understanding of the power to arrest without warrant. Under section 450(1)(*a*) of the *Criminal Code*, there can be such an arrest even though the available evidence would be insufficient to convict the suspect. The *Criminal Code* itself contemplates that not every arrest will result in a conviction. It does not follow, however, that, where the evidence does not subsequently result in a conviction, the initial arrest was "for investigative purposes", "repugnant to our concept of the administration of criminal justice", "high-handed", "irrational" or "shocking". It remains an arrest on reasonable suspicion. In the complete absence of compulsion of any kind, it is in my view quite an exaggeration to suggest that two minutes spent in a police car fall just short of torture. In the presence of circum-

lui, les réponses incriminantes aux questions que lui a posées l'agent O'Grady. [Je souligne.]

Compte tenu des affaires *Smith*, *Bazinet* et *Esposito*, on peut conclure que la détention en l'espèce est un cas limite, une atteinte relativement mineure et anodine aux droits dont les intimés jouissent en vertu de la *Charte*. Il convient de répéter que la rencontre a eu lieu dans un quartier que les intimés connaissaient et à un endroit clairement visible de la maison des Grummett; qu'un seul policier est allé rencontrer trois personnes; que ce policier ne leur a posé qu'une seule question; qu'il a fait preuve de politesse et de courtoisie; que les intimés reconnaissent être allés rencontrer les policiers volontairement et dans un esprit de coopération; qu'au cours de la brève rencontre, les intimés n'ont jamais offert la moindre résistance; que le policier n'a exercé aucune contrainte physique; et que la rencontre a eu lieu dans un véhicule de patrouille non identifié qui n'était pas muni de serrures automatiques. À mon avis, ces circonstances ne présentent pas l'aspect intimidant ou coercitif qui aurait caractérisé une violation plus grave des droits des intimés.

Le juge du procès et la majorité en Cour d'appel ont laissé entendre que la conduite des policiers en l'espèce était comparable à la torture et aux pratiques de la Chambre Étoilée. Ils ont décrit la rencontre comme une «arrestation à des fins d'enquête». Or, j'estime que cette caractérisation est exagérée et dénature la réalité. Elle repose sur une fausse conception du pouvoir d'arrêter sans mandat. L'alinéa 450(1)*a*) du *Code criminel* autorise une telle arrestation, même lorsque la preuve dont on dispose ne suffit pas pour que le suspect soit déclaré coupable. Le *Code criminel* lui-même admet la possibilité que les arrestations n'aboutissent pas toutes à des déclarations de culpabilité. Cela ne veut pas dire cependant que, dans un cas où la preuve ne permet pas d'obtenir par la suite une déclaration de culpabilité, l'arrestation initiale a été effectuée «à des fins d'enquête», ni qu'elle est «contraire à notre conception de l'administration de la justice criminelle», «arbitraire», «irrationnelle» ou «choquante». Elle conserve son caractère d'arrestation fondée sur un soupçon raisonnable. En l'absence totale de contrainte, j'estime qu'il est

stances which either meet or fall just short of meeting the threshold of reasonable and probable cause for suspicion, it is a distortion to compare the arrest to the practices of the Star Chamber. The findings in the lower courts with respect to the seriousness of the violation are simply not supported by the evidence. Moreover, as is apparent from their testimony, the detectives directed their minds toward meeting the standard in s. 450(1)(*a*) of the *Criminal Code* at the time of the arrest. The officers believed that appropriate police powers were being used for a proper police function. This belief found support in the state of the law as it stood then. The events occurred in July 1982. At that time, the Ontario Court of Appeal had rendered its decision in the case of *R. v. Dedman* (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, aff'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 2. The Court of Appeal had approved, under the common law, a police program to randomly stop cars and verify the owner's registration and apparent sobriety. It could not be said that the arresting officer in *Dedman* was acting in bad faith, although he certainly had no reason whatsoever to believe that the driver he randomly requested to stop had committed an offence. Surely, the present case is much less of a departure from the reasonable and probable norm than there was in *Dedman*. Further, it is appropriate to mention that the *Charter* had only been adopted for a few months prior to the incident here at issue and that there was much uncertainty with respect to the extent to which it would affect police practice. This factor has already been considered by this Court, in *Simmons*, *supra*, at p. 535, and by the British Columbia Court of Appeal, in *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151, at pp. 173-74 (*per* Anderson J.A.), as relevant to the question of good faith. In these circumstances, I find no deliberate contempt or plain disregard for the rights of the respondents. On the contrary, as soon as the formal arrest was made, the respondents' *Charter* rights were read. This evidence shows a respect for individuals and their *Charter* rights, as then understood by the police and the courts. If any violation of the *Charter* did occur, it was one in the nature of an isolated error committed in good faith. In fact, had both officers been together at the time the respondents were met on

exagéré de dire que deux minutes passées dans une voiture de police sont comparables à la torture. Dans des circonstances qui satisfont, ou peu s'en faut, au critère minimal de l'existence de motifs raisonnables et probables de soupçonner, c'est déformer la réalité que de faire un parallèle entre l'arrestation et les pratiques de la Chambre Étoilée. Les conclusions des juridictions inférieures relativement à la gravité de la violation ne sont simplement pas appuyées par la preuve. Il se dégage d'ailleurs des témoignages des détectives qu'au moment de l'arrestation, ces derniers avaient à l'esprit la norme établie par l'al. 450(1)*a*) du *Code criminel*. Ils croyaient exercer des pouvoirs policiers appropriés dans le cadre d'une fonction propre à la police. Cette croyance était justifiée étant donné l'état du droit applicable à l'époque en question. Les événements ont eu lieu en juillet 1982. La Cour d'appel de l'Ontario avait rendu l'arrêt *R. v. Dedman* (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, conf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 2, dans lequel elle approuvait en vertu de la *common law* un programme dans le cadre duquel la police arrêtait des voitures au hasard, vérifiait le permis de conduire du conducteur et vérifiait également si ce dernier était en état d'ébriété. On ne saurait prétendre que le policier dans l'affaire *Dedman* avait agi de mauvaise foi, bien qu'il n'ait eu absolument aucun motif de croire que le conducteur auquel il avait demandé au hasard de s'arrêter avait commis une infraction. En l'espèce, on s'est certainement beaucoup moins écarté de la norme des motifs raisonnables et probables que dans l'affaire *Dedman*. Il convient de mentionner en outre que la *Charte* avait été adoptée quelques mois seulement avant l'incident présentement en cause et qu'il y avait une grande incertitude quant aux effets qu'elle pouvait avoir sur les pratiques policières. C'est un facteur que cette Cour dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 535, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151, aux pp. 173 et 174 (le juge Anderson), ont déjà considéré comme pertinent relativement à la question de la bonne foi. Dans ces circonstances, je ne constate aucune atteinte flagrante ou intentionnelle aux droits des intimés. Au contraire, sitôt l'arrestation effectuée, les intimés ont été informés des droits

the sidewalk, the young men would have been formally charged, cautioned and given their right to counsel on the spot. In my view, the result would in all likelihood have been the same, and the voluntary confessions and real evidence would have been obtained in exactly the same manner. The reason why there was a two-minute delay before the formal charge is that the arresting officer was waiting for his partner to return to the patrol car. I can find no justification, on the facts of this case, for the trial judge's assessment that the police conduct demonstrated bad faith. I can only speculate that his initial error of law coloured his characterization, since in his view there was absolutely no basis for the respondents' arrest, a conclusion which I do not find is supported by the evidence. I share Zuber J.A.'s view that (at p. 307):

> Accepting the trial judge's findings that the two detectives did not believe on reasonable and probable grounds that the three accused were the authors of the break-in, there was nevertheless a basis in fact for their arrest. As mentioned earlier, the arrest was neither random nor capricious. Their following detention was neither oppressive nor inhumane. Nothing in the trial record suggests that the detectives were acting in bad faith.

In my respectful view, these factors respecting the seriousness of the violation suggest that the admission of the evidence would not bring disrepute into the administration of justice.

Effect of Excluding the Evidence

In this last group of factors, two elements are of special importance in the present case. First, the break and entry of a dwelling is a serious offence. As noted by Zuber J.A., it carries a maximum penalty of imprisonment for life. This is the most severe penalty provided by the *Criminal Code*. Second, the immediate effect of the exclusion on

que leur conférait la *Charte*. Cela témoigne d'un respect des individus et de leurs droits garantis par la *Charte*, tels que les concevaient à l'époque la police et les tribunaux. S'il y a eu violation de la *Charte*, elle revêtait le caractère d'une erreur isolée commise de bonne foi. En fait, si les deux policiers avaient été ensemble au moment de la rencontre avec les intimés sur le trottoir, ceux-ci auraient immédiatement été inculpés, mis en garde et informés de leur droit à l'assistance d'un avocat. À mon avis, le résultat aurait probablement été le même et les confessions volontaires ainsi que la preuve matérielle auraient été obtenues exactement de la même manière. S'il s'est écoulé une période de deux minutes avant que l'accusation ne soit officiellement portée, c'est que le policier attendait que son partenaire retourne à la voiture de police. Je ne vois rien dans les faits de la présente affaire qui justifie l'opinion du juge du procès que la conduite des policiers démontrait leur mauvaise foi. Je ne puis que supposer que cette conclusion découle de son erreur de droit initiale car, selon lui, il n'existait absolument aucun motif d'arrêter les intimés, conclusion qui, à mon avis, n'est pas étayée par la preuve. Comme le juge Zuber (à la p. 307), j'estime que:

> [TRADUCTION] Même si l'on accepte la conclusion du juge du procès que les deux détectives n'avaient aucun motif raisonnable et probable de croire que les trois accusés étaient les auteurs de l'introduction par effraction, il n'en existait pas moins des faits justifiant l'arrestation. Comme je l'ai déjà dit, celle-ci n'était ni faite au hasard ni absurde. Leur détention subséquente n'a été ni oppressive ni inhumaine. Rien dans le dossier du procès ne permet de penser que les détectives ont agi de mauvaise foi.

J'estime, avec égards, que pour ce qui est de la gravité de la violation, l'utilisation de la preuve en question ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Conséquences de l'exclusion de la preuve

Dans ce dernier ensemble de facteurs, deux éléments revêtent une importance particulière en l'espèce. Premièrement, l'introduction par effraction dans une maison d'habitation est une infraction grave. Comme le fait remarquer le juge Zuber, elle entraîne une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. C'est la peine la plus

the trial was to withhold from it evidence of great reliability and probative value. The prosecution collapsed because the Crown had no other evidence to adduce. This drastic effect on the trial is all the more significant in light of the trivial nature of the *Charter* infringement and the seriousness of the offence. As it was said in *Collins*, *supra*, at p. 286:

> In my view, the administration of justice would be brought into disrepute by the exclusion of evidence essential to substantiate the charge, and thus the acquittal of the accused, because of a trivial breach of the *Charter*. Such disrepute would be greater if the offence was more serious.

The respondents' infraction was not a victimless one. The Laframboises reported the matter and sought the help of the police and criminal process. They were active participants in the process. They had privately carried out a brief investigation prior to the police arriving at their residence the morning after the theft. They took the time to inform the detectives of all the circumstances and helped them identify the youths. The Laframboises testified at the preliminary enquiry and, as noted by Zuber J.A., apparently attended at the trial. Yet the process yielded nothing in return for their involvement and co-operation with the police. They were aware that the youths confessed that they were the culprits and that some of the stolen goods were found in their possession. I agree with Zuber J.A. that it is "more likely that the exclusion of the evidence in this case will bring the administration of justice into disrepute" (p. 308).

On the whole, it is my view that, having regard to all the criteria set out by this Court to evaluate the opportunity of granting a remedy pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge erred in excluding the evidence. I would allow the appeal and order a new trial.

sévère prévue au *Code criminel*. Deuxièmement, l'exclusion a eu l'effet immédiat sur le procès de priver la poursuite d'une preuve d'une grande fiabilité et valeur probante. Les poursuites n'ont pu être continuées parce que le ministère public n'avait aucun autre élément de preuve à présenter. Le caractère extrême de cet effet sur le procès prend d'autant plus de relief que la violation de la *Charte* est anodine et que l'infraction est grave. Comme on le dit dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 286:

> À mon avis, l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, et donc l'acquittement de l'accusé, à cause d'une violation anodine de la *Charte*. Pareille déconsidération serait d'autant plus grande que l'infraction serait plus grave.

Les intimés n'ont pas commis une infraction qui ne faisait pas de victime. Les Laframboise ont signalé le crime et ont eu recours à la police et au processus de justice criminelle. Ils ont participé activement à ce processus. Ils avaient eux-mêmes fait une petite enquête avant que la police n'arrive chez eux le lendemain du vol. Ils ont pris le temps d'informer les détectives de toutes les circonstances et les ont aidés à identifier les jeunes gens. Les Laframboise ont témoigné à l'enquête préliminaire et, comme le souligne le juge Zuber, ont apparemment comparu au procès. Ce procès ne leur a pourtant rien apporté en échange de leur participation au processus et de leur collaboration avec la police. Ils savaient que les jeunes gens avaient avoué être les coupables et que certains des biens volés avaient été retrouvés en leur possession. Je suis d'accord avec le juge Zuber qu'il est [TRADUCTION] «plus probable que c'est l'exclusion de la preuve qui déconsidérera l'administration de la justice en l'espèce» (p. 308).

En définitive, je suis d'avis que, compte tenu de tous les critères établis par cette Cour pour déterminer s'il convient d'accorder le recours prévu au par. 24(2) de la *Charte*, c'est à tort que le juge du procès a écarté la preuve. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: Kerekes, Collins, Toronto.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente.*

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés: Kerekes, Collins, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1989 Vol. 1

2e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 141-299

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 141-299

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

American Airlines Inc. *v.* Canada (Competition Tribunal) **236**

Courts — Competition Tribunal — Jurisdiction — Leave to intervene — Role of the interveners — Whether interveners may participate fully in the proceedings — Competition Tribunal Act, S.C. 1986, c. 26, s. 9(3).

Andrews *v.* Law Society of British Columbia **143**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before and under the law and equal protection and benefit of law — Citizenship required for call to bar — Whether or not requirement discriminatory with respect to qualified Canadian residents who are not citizens — Whether or not requirement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

Arthur D. Little Inc. *v.* Coopers & Lybrand **293**

Civil procedure — Third party proceedings — Alleged contributory professional negligence — Application to strike out third party notices.

B. (B.) *v.* Child and Family Services **291**

Family law — Guardianship — Child in need of protection — Alternatives for order of protection — Indication in evidence of a possible change in circumstances — Matter referred back to the trial judge — The Child and Family Services Act, C.C.S.M., c. C80, ss. 17(b)(i), 38.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

SOMMAIRE

American Airlines Inc. *c.* Canada (Tribunal de la concurrence) **236**

Tribunaux — Tribunal de la concurrence — Compétence — Autorisation d'intervention — Rôle des intervenants — Les intervenants peuvent-ils participer pleinement aux procédures? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 9(3).

Andrews *c.* Law Society of British Columbia **143**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi, égalité dans la loi et égalité de protection et de bénéfice de la loi — Citoyenneté exigée pour l'inscription au barreau — L'obligation d'être citoyen est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté? — L'obligation est-elle justifiée en vertu de l'article premier — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.

Arthur D. Little Inc. *c.* Coopers & Lybrand **293**

Procédure civile — Appel en garantie — Allégation de négligence professionnelle ayant contribué au dommage — Demande de radiation de l'appel en garantie.

B. (B.) *c.* Services à l'enfant et à la famille **291**

Droit de la famille — Tutelle — Enfant ayant besoin de protection — Options en matière de protection — Indication dans la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Granger *v.* Canada (Canada Employment and Immigration Commission) **141**

Unemployment Insurance — Labour adjustment benefits — Deductions — Pension benefits paid into R.R.S.P. deductible from labour adjustment benefits — Labour Adjustment Benefits Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 89, s. 17.

Ontario (Attorney General) *v.* Pembina Exploration Canada Ltd. **206**

Constitutional law — Division of powers — Jurisdiction of superior and inferior courts — Admiralty law — Fishing net damaged when entangled in unmarked gas well in Lake Erie — Action seeking damages brought in Small Claims Court — Whether or not province's general grant of power to small claims court including admiralty law — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 100, 101 — Small Claims Court Act, R.S.O. 1980, c. 476, s. 55 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 , s. 22.

R. *v.* Gill **295**

Criminal law — Evidence — Attempted murder — Identification evidence — No error by the Court of Appeal.

R. *v.* Hébert **233**

Criminal law — Perjury — Admission by accused that he deliberately lied while giving evidence — Trial judge not allowing accused to complete evidence required to show no intent to mislead the court — New trial ordered.

Criminal law — Defence of compulsion — Perjury — Defence of compulsion not applicable to present circumstances — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

R. *v.* Olson **296**

Criminal law — Extraordinary remedies — *Habeas corpus* — Jurisdiction of Court of Appeal — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear the case on the merits — Whether writ of *habeas corpus* should have been returned to the court of first instance for consideration of the merits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), (iv), 719(2) — Act for more effectually securing the Liberty of Subject, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45, s. 1 — Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings — Part I, SI/85-152, Rules 9, 11.

R. *v.* Roman **230**

Courts — Appellate court jurisdiction — Crown appeal — Jurisdiction of Court of Appeal to interfere in a judgment below restricted to where trial judge found to have erred on a question of law alone — No error at trial involving a question of law alone — Acquittals restored — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(a).

Sobeys Stores Ltd. *v.* Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.) **238**

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Employment law — Provincial tribunal affirming decision requiring

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

preuve d'un changement possible de situation — Affaire renvoyée au juge de première instance — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M., chap. C80, art. 17b)(i), 38.

Granger *c.* Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada) **141**

Assurance-chômage — Prestations d'adaptation — Déductions — Prestations de pension versées dans un R.E.É.R. déductibles du montant des prestations d'adaptation — Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, S.C. 1980-81-82-83, chap. 89, art. 17.

Ontario (Procureur général) *c.* Pembina Exploration Canada Ltd. **206**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence des tribunaux d'instance supérieure et inférieure — Droit en matière d'amirauté — Chalut endommagé après s'être emmêlé dans un puits de gaz non balisé sur le lac Érié — Action en dommages-intérêts intentée devant la cour des petites créances — L'attribution générale de compétence par la province aux cours des petites créances s'étend-elle au droit en matière d'amirauté? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 100, 101 — Loi sur les cours des petites créances, L.R.O. 1980, chap. 476, art. 55 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 22.

R. *c.* Gill **295**

Droit criminel — Preuve — Tentative de meurtre — Preuve d'identification — Aucune erreur de la Cour d'appel.

R. *c.* Hébert **233**

Droit criminel — Parjure — Accusé reconnaît qu'il a intentionnellement menti en témoignant — Juge du procès ne permettant pas à l'accusé de compléter sa preuve pour démontrer qu'il n'avait pas l'intention de tromper le tribunal — Nouveau procès ordonné.

Droit criminel — Défense de contrainte — Parjure — Défense de contrainte inapplicable aux circonstances de l'espèce — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

R. *c.* Olson **296**

Droit criminel — Recours extraordinaires — *Habeas corpus* — Compétence de la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour entendre l'affaire au fond? — Le bref d'*habeas corpus* aurait-il dû être rapporté au tribunal de première instance pour examen au fond? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii), (iv), 719(2) — Acte pour mieux assurer la liberté du sujet, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45, art. 1 — Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario — Partie I, TR/85-152, règles 9, 11.

R. *c.* Roman **230**

Tribunaux — Compétence d'une cour d'appel — Appel interjeté par le ministère public — Compétence de la Cour d'appel

Suite à la page suivante

employee's reinstatement and the retroactive payment of wages — Whether or not power of provincial official and tribunal to hear and determine disputes and to make orders contravening s. 96 and hence *ultra vires* — Constitution Act, 1867, s. 96 — Labour Standards Code, S.N.S. 1972, c. 10, s. 67A(2), (3).

pour modifier le jugement de première instance limitée aux cas où le juge de première instance a commis une erreur portant sur une question de droit seulement — Aucune erreur comportant une question de droit seulement n'a été commise en première instance — Acquittements rétablis — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)a).

Sobeys Stores Ltd. *c.* Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.) **238**

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Droit relatif à l'emploi — Tribunal provincial confirmant une décision qui ordonnait la réintégration d'un employé et le paiement rétroactif de son salaire — Le pouvoir d'un agent et d'un tribunal provinciaux de statuer sur des litiges et de rendre des ordonnances enfreint-il l'art. 96 et est-il donc *ultra vires*? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Labour Standards Code, S.N.S. 1972, chap. 10, art. 67A(2), (3).

Joseph Granger *Appellant*

v.

Canada Employment and Immigration Commission *Respondent*

and

Office of Dubé J., Umpire *Mis en cause*

INDEXED AS: GRANGER *v.* CANADA (CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 19959.

1989: February 1.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment Insurance — Labour adjustment benefits — Deductions — Pension benefits paid into R.R.S.P. deductible from labour adjustment benefits — Labour Adjustment Benefits Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 89, s. 17.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1986] 3 F.C. 70, 29 D.L.R. (4th) 501, 69 N.R. 212, affirming a decision of an Umpire acting pursuant to s. 26 of the *Labour Adjustment Benefits Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 89. Appeal dismissed.

Gilbert Nadon and *Georges Campeau*, for the appellant.

Gaspard Côté, *Q.C.*, and *Carole Bureau*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—We all agree that the appeal should be dismissed.

We share the opinion of Pratte J. of the Federal Court of Appeal that neither the Board of referees nor the Umpire had jurisdiction to grant the relief sought. Given the particular circumstances of this case, this appeal is dismissed without costs.

Joseph Granger *Appelant*

c.

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada *Intimée*

et

Bureau du juge Dubé, juge-arbitre *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: GRANGER *c.* CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA)

N° du greffe: 19959.

1989: 1er février.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Prestations d'adaptation — Déductions — Prestations de pension versées dans un R.E.É.R. déductibles du montant des prestations d'adaptation — Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, S.C. 1980-81-82-83, chap. 89, art. 17.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1986] 3 C.F. 70, 29 D.L.R. (4th) 501, 69 N.R. 212, qui a confirmé une décision d'un juge-arbitre agissant en vertu de l'art. 26 de la *Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 89. Pourvoi rejeté.

Gilbert Nadon et *Georges Campeau*, pour l'appelant.

Gaspard Côté, *c.r.*, et *Carole Bureau*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis de rejeter ce pourvoi.

Nous partageons l'avis de M. le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale que ni le conseil arbitral, ni le juge-arbitre n'avaient la compétence d'ordonner la réparation demandée. Vu les circonstances particulières de l'espèce, ce pourvoi est rejeté sans frais.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Campeau & Ouellet, Montréal.

Solicitors for the respondent: Gaspard Côté and Carole Bureau, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Campeau & Ouellet, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Gaspard Côté et Carole Bureau, Montréal.

The Law Society of British Columbia

and

The Attorney General of British Columbia *Appellants*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

v.

Mark David Andrews

and

Gorel Elizabeth Kinersly *Respondents*

and

The Women's Legal Education and Action Fund, the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, the Canadian Association of University Teachers and the Ontario Confederation of University Faculty Associations *Interveners*

INDEXED AS: ANDREWS *v.* LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

File Nos.: 19955, 19956.

1987: October 5, 6; 1989: February 2.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before and under the law and equal protection and benefit of law — Citizenship required for call to bar — Whether or not requirement discriminatory with respect to qualified Canadian residents who are not citizens — Whether or not requirement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1)

* Le Dain J. took no part in the judgment.

The Law Society of British Columbia

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

c.

Mark David Andrews

et

Gorel Elizabeth Kinersly *Intimés*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés, l'Association canadienne des professeurs d'université et l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ANDREWS *c.* LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

N^os^ du greffe: 19955, 19956.

1987: 5, 6 octobre; 1989: 2 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi, égalité dans la loi et égalité de protection et de bénéfice de la loi — Citoyenneté exigée pour l'inscription au barreau — L'obligation d'être citoyen est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté? — L'obligation est-elle justifiée en vertu de l'article premier —

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

— Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

The respondent Andrews, a British subject permanently resident in Canada met all the requirements for admission to the British Columbia bar except that of Canadian citizenship. His action for a declaration that that requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was dismissed at trial but allowed on appeal. Kinersly, an American citizen who was at the time a permanent resident of Canada articling in the Province of British Columbia, was added as a co-respondent by order of this Court. The constitutional questions before this Court dealt with: (1) whether the Canadian citizenship requirement for admission to the British Columbia bar infringed or denied the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*; (2) if so, whether that infringement was justified by s. 1.

Held:

Section 15(1) of the *Charter*

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; its focus is on the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law" arose in this case because legislation was under attack.

The "similarly situated should be similarly treated" approach will not necessarily result in equality nor will every distinction or differentiation in treatment necessarily result in inequality. The words "without discrimination" in s. 15 are crucial.

Discrimination is a distinction which, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, has an effect which imposes disadvantages not imposed upon others or which withholds or limits access to advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.

L'intimé Andrews, un sujet britannique qui était résident permanent du Canada, remplissait toutes les conditions d'admission au barreau de la Colombie-Britannique à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Son action visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que cette condition violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été rejetée en première instance, mais accueillie en appel. Kinersly, une citoyenne américaine qui, à l'époque, était une résidente permanente du Canada qui faisait son stage dans la province de la Colombie-Britannique, a été ajoutée à titre de coïntimée suite à une ordonnance de cette Cour. Les questions constitutionnelles auxquelles doit répondre la Cour sont de savoir (1) si l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*, et (2) dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par l'article premier.

Arrêt:

Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» ne soulève aucun problème en l'espèce puisque c'est une mesure législative qui est attaquée.

Le point de vue selon lequel «les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue» n'entraînera pas nécessairement l'égalité, pas plus que toute distinction ou différence de traitement ne produira forcément une inégalité. L'expression «indépendamment de toute discrimination» que l'on trouve à l'art. 15 a une importance cruciale.

La discrimination est une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer des désavantages non imposés à d'autres, ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours

individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Generally, the principles applied under the Human Rights Acts are equally applicable to questions of discrimination under s. 15(1). However, the *Charter* requires a two-step approach to s. 15(1). The first step is to determine whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. The second step is to determine whether, if there has been an infringement, it can be justified under s. 1. The two steps must be kept analytically distinct because of the different attribution of the burden of proof; the citizen must establish the infringement of his or her *Charter* right and the state must justify the infringement.

The grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) are not exhaustive. Grounds analogous to those enumerated are also covered and the section may be even broader than that although it is not necessary to answer that question in this case since the ground advanced in this case falls into the analogous category.

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. These words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Given that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, a complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit of the law but must show in addition that the law is discriminatory.

A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, infringes s. 15 equality rights. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act* is such a rule.

Per La Forest J.: The views of McIntyre J. as to the meaning of s. 15(1) were substantially agreed with in so far as relevant to the question of whether or not the impugned provision amounted to discrimination based on "irrelevant personal differences" such as those listed

taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

De façon générale, les principes appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également aux questions de discrimination au sens du par. 15(1). Cependant, la *Charte* exige que l'examen fondé sur le par. 15(1) se fasse en deux étapes. La première étape consiste à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti. La deuxième étape consiste à déterminer, le cas échéant, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier. Les deux étapes doivent être maintenues analytiquement distinctes en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve: le citoyen doit prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte* et l'État doit justifier cette violation.

Les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela, bien qu'il ne soit pas nécessaire, en l'espèce, de répondre à cette question étant donné que le motif invoqué tombe dans la catégorie des motifs analogues.

L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Puisque ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi est discriminatoire.

Une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leur diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15. L'article 42 de la *Barristers and Solicitors Act* constitue une règle de ce genre.

Le juge La Forest: L'opinion du juge McIntyre quant à la signification du par. 15(1) est essentiellement retenue dans la mesure où elle est pertinente à la question de savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination fondée sur des «différences personnelles non perti-

in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation. The opening words of s. 15 referring more generally to equality, however, may have a significance that extends beyond protection from discrimination through the application of law. Nevertheless, all legislative classifications need not be rationally supportable before the courts; s. 15 was not intended to be a tool for the wholesale subjection of legislation to judicial scrutiny.

The impugned legislation distinguished the respondents from other persons on the basis of a personal characteristic which shares many similarities with those enumerated in s. 15. Citizenship is typically not within the control of the individual and is, at least temporarily, a characteristic of personhood which is not alterable by conscious action and which in some cases is not alterable except on the basis of unacceptable costs. Non-citizens are a group of persons who are relatively powerless politically and whose interests are likely to be compromised by legislative decisions.

Citizenship, while properly required for certain types of legitimate governmental objectives, is generally irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. Legislating citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for conditioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society embodied in s. 15. Legislative conditioning on the basis of citizenship may, in certain circumstances, be acceptable in the free and democratic society that is Canada, but that legislation must be justified by the government under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter*

Per Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The legislation at issue was not justified under s. 1.

The objective of the legislation was not sufficiently pressing and substantial to warrant overcoming the rights protected by s. 15. Given that s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one.

nentes» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne. Les termes préliminaires de l'art. 15 qui se rapportent plus généralement à l'égalité peuvent cependant avoir un sens qui va au-delà de la protection contre la discrimination résultant de l'application de la loi. Néanmoins, ce ne sont pas toutes les classifications législatives qui doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux; on n'a pas voulu que l'art. 15 serve à assujettir systématiquement les lois à l'examen judiciaire.

La mesure législative attaquée distingue les intimés d'autres personnes en fonction d'une caractéristique personnelle qui comporte plusieurs traits communs avec celles énumérées à l'art. 15. La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable. Les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe de personnes qui sont relativement dépourvues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives.

Bien que la citoyenneté puisse être exigée à bon droit relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement, elle n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. L'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Une mesure législative qui pose la citoyenneté comme condition peut, dans certains cas, être acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais le gouvernement doit justifier une telle mesure en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: La mesure législative en cause n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

L'objectif de la loi ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la suppression des droits protégés par l'art. 15. Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.

The proportionality test was not met. The requirement of citizenship is not carefully tailored to achieve the objective that lawyers be familiar with Canadian institutions and customs and may not even be rationally connected to it. Most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society but that commitment is not ensured by citizenship. Conversely, non-citizens may be deeply committed to our country. Even if lawyers do perform a governmental function, citizenship does not guarantee that they will honourably and conscientiously carry out their public duties: that is a function of their being good lawyers, not of citizenship.

Per La Forest J.: While in general agreement with McIntyre J. about how the legislation must be approached under s. 1 in balancing the right infringed by the legislation against its objectives, the legislation fails to meet the test of proportionality.

Citizenship neither ensures the objectives of familiarity with Canadian institutions and customs nor of commitment to Canadian society. Restriction of access to the profession to citizens is over-inclusive. Less drastic methods for achieving the desired objectives are available.

While certain state activities may, for both symbolic and practical reasons, be confined to those who are full members of our political society, such restriction should not apply to the legal profession as a whole. The practice of law is primarily a private profession. A lawyer working for a private client does not play a role in the administration of justice requiring citizenship. Ordinary lawyers are not privy to government information and there are rules to restrict lawyers from obtaining confidential governmental information. Their situation differs from those involved in government policy-making or administration.

Per McIntyre and Lamer JJ. (dissenting): The citizenship requirement is reasonable and sustainable under s. 1 given the importance of the legal profession in the government of the country. The measure was not disproportionate to the object to be attained. Non-citizens are encouraged to become citizens and the maximum delay imposed upon the non-citizen from the date of acquisition of permanent resident status is three years. It is reasonable to expect that the newcomer who seeks to

Le critère de proportionnalité n'est pas respecté. L'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. La plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, mais la citoyenneté ne garantit pas cet engagement. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays. Même si les avocats exécutent une fonction gouvernementale, la citoyenneté ne garantit pas qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions publiques honorablement et consciencieusement; ils vont le faire parce qu'ils sont des avocats compétents et non parce qu'ils sont citoyens canadiens.

Le juge La Forest: Bien que le juge partage, d'une manière générale, l'opinion du juge McIntyre quant à la manière dont il faut aborder la mesure législative en vertu de l'article premier, en soupesant le droit violé par cette mesure en fonction des objectifs qu'elle vise, la mesure législative en cause ne respecte pas le critère de proportionnalité.

La citoyenneté ne garantit pas la réalisation des objectifs de familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes, ou d'engagement envers la société canadienne. La restriction aux citoyens canadiens de l'accès à la profession d'avocat est excessive. Il existe des moyens moins draconiens de réaliser ces objectifs.

Même si l'exercice de certaines activités de l'État devrait, pour des raisons à la fois symboliques et pratiques, être limité aux membres à part entière de notre société politique, une telle restriction ne devrait pas s'appliquer à l'ensemble de la profession juridique. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Un avocat qui représente un particulier ne joue dans l'administration de la justice aucun rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté. Les avocats ordinaires ne sont pas au courant de renseignements gouvernementaux et il existe des règles visant à les empêcher d'obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels. Leur situation diffère de celle des avocats qui prennent part à la formulation ou à la mise en œuvre de politiques.

Les juges McIntyre et Lamer (dissidents): L'obligation d'être citoyen est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier étant donné l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays. La mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Ceux qui n'ont pas la citoyenneté sont encouragés à l'obtenir et le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de

gain the privileges and status within the land and the right to exercise the great powers that admission to the practice of law will give should accept citizenship and its obligations as well as its advantages and benefits.

résident permanent. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices.

Cases Cited

By Wilson J.

Referred to: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

By La Forest J.

Referred to: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

By McIntyre J. (dissenting as to the application of s. 1)

Referred to: *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States v. Caro-*

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

Citée par le juge McIntyre (dissident quant à l'application de l'article premier)

Arrêts mentionnés: *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *United States v.*

lene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

Statutes and Regulations Cited

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(*b*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 15(1), (2), 25, 27, 32.
Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 10.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States of America, 14th Amendment.
Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(7).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 17.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 1, 22.
Immigration Act, S.C. 1910, c. 27.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(*b*).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 38.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35.
Solicitors (Amendment) Act 1974 (U.K.), 1974, c. 26, s. 1.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Authors Cited

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
Ethica Nichomacea, trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925).
European Convention on Human Rights, 23 U.N.T.S. 222, art. 14.
Head, Ivan L. "The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada", [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lenoir, Robert L. "Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario" (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527.
Lepofsky, M. David and Hart Schwartz. "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115.
Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: B. Blackwell, 1946.
Schaar, John H. "Equality of Opportunity and Beyond," in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds.,

Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

Lois et règlements cités

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 15(1), (2), 25, 27, 32.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 17.
Constitution des États-Unis d'Amérique, 14e Amendement.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1*b*).
Human Rights Act, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(7).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 1, 22.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, chap. I-2, art. 38.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 10.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'immigration, S.C. 1910, chap. 27.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, chap. 15.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 12(1)*b*).
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, chap. 51.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, chap. 35.
Solicitors (Amendment) Act 1974 (R.-U.), 1974, chap. 26, art. 1.

Doctrine citée

Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 14.
Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
Éthique de Nicomaque, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, p. 129, art. 6. Garnier Flammarion, 1965.
Head, Ivan L. «The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada», [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lenoir, Robert L. «Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario» (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527.
Lepofsky, M. David et Hart Schwartz. «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115.
Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: B. Blackwell, 1946.
Schaar, John H. «Equality of Opportunity and Beyond,» in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds.,

Nomos IX: Equality. New York: Atherton Press, 1967.

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and the Law*, 2nd ed. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.

Tussman, Joseph T. and Jacobus tenBroek. «The Equal Protection of Laws» (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 2 B.C.L.R. 305, 27 D.L.R. (4th) 600, [1986] 4 W.W.R. 474, allowing an appeal from a judgment of Taylor J. (1985), 66 B.C.L.R. 363, 22 D.L.R. (4th) 9, [1986] 1 W.W.R. 252. Appeal dismissed, McIntyre and Lamer JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative; the second in the negative.

Irwin Nathanson, *Q.C.*, and *Rhys Davies*, for the appellant the Law Society of British Columbia.

Joseph Arvay, for the appellant the Attorney General of British Columbia.

Elizabeth C. Goldberg and *David Lepofsky*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Julie Hudon*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Alison Scott, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Richard F. Taylor, for the intervener the Attorney General for Alberta.

P. B. C. Pepper, *Q.C.*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

D. G. Cowper and *W. S. Martin*, for the respondents.

Mary Eberts and *Gwen Brodsky*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

J. David Baker, for the intervener the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped.

Steven Barrett, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the

Nomos IX: Equality. New York: Atherton Press, 1967.

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and the Law*, 2nd ed. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.

Tussman, Joseph T. and Jacobus tenBroek. "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 2 B.C.L.R. 305, 27 D.L.R. (4th) 600, [1986] 4 W.W.R. 474, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Taylor (1985), 66 B.C.L.R. 363, 22 D.L.R. (4th) 9, [1986] 1 W.W.R. 252. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Lamer sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Irwin Nathanson, *c.r.*, et *Rhys Davies*, pour l'appelante la Law Society of British Columbia.

Joseph Arvay, pour l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Elizabeth C. Goldberg et *David Lepofsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et *Julie Hudon*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Alison Scott, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Richard F. Taylor, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

P. B. C. Pepper, *c.r.*, pour l'intervenante la Fédération des professions juridiques du Canada.

D. G. Cowper et *W. S. Martin*, pour les intimés.

Mary Eberts et *Gwen Brodsky*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

J. David Baker, pour l'intervenante la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés.

Steven Barrett, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeurs d'université et

Ontario Confederation of University Faculty Associations.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I am in complete agreement with him as to the way in which s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should be interpreted and applied. I also agree with my colleague as to the way in which s. 15(1) and s. 1 of the *Charter* interact. I differ from him, however, on the application of s. 1 to this particular case.

As my colleague points out, s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, differentiates between citizens and non-citizens with respect to admission to the practice of law. The distinction denies admission to non-citizens who are in all other respects qualified. While the citizenship requirement applies only to those non-citizens who are permanent residents, it has the effect of requiring those permanent residents to wait for a minimum of three years from the date of establishing their permanent residence before they can be considered for admission to the Bar. It imposes a burden, in the form of some delay in obtaining admission, on permanent residents who have acquired all or some of their legal training abroad.

I agree with my colleague that a rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment solely on the ground that they are not Canadian citizens violates the equality rights of that class. I agree with him also that it discriminates against them on the ground of their personal characteristics, i.e., their non-citizen status. I believe, therefore, that they are entitled to the protection of s. 15.

Before turning to s. 1, I would like to add a brief comment to what my colleague has said concern-

l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge McIntyre et je partage entièrement son avis quant à la façon dont le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* devrait être interprété et appliqué. Je partage également son avis quant à la façon dont le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte* interagissent. Je diverge cependant d'opinion quant à l'application de l'article premier en l'espèce.

Comme le souligne mon collègue, l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, établit une distinction entre ceux qui ont la citoyenneté canadienne et ceux qui ne l'ont pas en ce qui concerne l'admission à la pratique du droit. Cette distinction empêche ceux qui n'ont pas la citoyenneté d'être admis à la pratique du droit bien qu'ils se qualifient à tous autres égards. Bien que l'obligation d'être citoyen s'applique seulement à ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui sont résidents permanents, elle a pour effet de les obliger à attendre un minimum de trois ans à compter de la date où ils établissent leur résidence permanente avant que leur admission au barreau puisse être considérée. La distinction impose un fardeau, sous la forme d'un délai d'admission, aux résidents permanents qui ont reçu, en totalité ou en partie, leur formation juridique à l'étranger.

Je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté canadienne viole les droits à l'égalité de cette catégorie. Je partage également son avis qu'une telle règle établit à leur détriment une distinction fondée sur leurs caractéristiques personnelles, c'est-à-dire leur statut de personnes qui n'ont pas la citoyenneté. Je crois donc qu'elles ont droit à la protection de l'art. 15.

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais ajouter quelques mots à ce que mon collègue a dit

ing non-citizens permanently resident in Canada forming the kind of "discrete and insular minority" to which the Supreme Court of the United States referred in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-53, n. 4.

Relative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among "those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending": see J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), at p. 151. Non-citizens, to take only the most obvious example, do not have the right to vote. Their vulnerability to becoming a disadvantaged group in our society is captured by John Stuart Mill's observation in Book III of *Considerations on Representative Government* that "in the absence of its natural defenders, the interests of the excluded is always in danger of being overlooked . . . ." I would conclude therefore that non-citizens fall into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15. I emphasize, moreover, that this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. While legislatures must inevitably draw distinctions among the governed, such distinctions should not bring about or reinforce the disadvantage of certain groups and individuals by denying them the rights freely accorded to others.

I believe also that it is important to note that the range of discrete and insular minorities has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. For example, Stone J. writing in 1938, was concerned with religious, national and racial minorities. In enumerating the specific grounds in s. 15, the framers of the *Charter* embraced these concerns in 1982 but

au sujet des résidents permanents qui n'ont pas la citoyenneté canadienne et qui forment le genre de [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» dont parle la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4.

Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] «ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus»: voir J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 151. Pour ne citer que l'exemple le plus évident, ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas le droit de vote. Le risque qu'ils deviennent un groupe défavorisé dans notre société est illustré par l'observation de John Stuart Mill dans le livre troisième des *Considerations on Representative Government* selon laquelle [TRADUCTION] «en l'absence de leurs défenseurs naturels, les intérêts des exclus risquent toujours d'être négligés . . . « Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté font partie d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15. Je tiens en outre à souligner qu'il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. Par exemple, en 1938, le juge Stone se disait préoccupé par les minorités religieuses, nationales et raciales. En énumérant des motifs précis à l'art. 15., les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations

also addressed themselves to the difficulties experienced by the disadvantaged on the grounds of ethnic origin, colour, sex, age and physical and mental disability. It can be anticipated that the discrete and insular minorities of tomorrow will include groups not recognized as such today. It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

While I have emphasized that non-citizens are, in my view, an analogous group to those specifically enumerated in s. 15 and, as such, are entitled to the protection of the section, I agree with my colleague that it is not necessary in this case to determine what limit, if any, there is on the grounds covered by s. 15 and I do not do so.

Section 1

Having found an infringement of s. 15 of the *Charter*, I turn now to the question whether the citizenship requirement for entry into the legal profession in British Columbia constitutes a reasonable limit which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1.

As my colleague has pointed out, the onus of justifying the infringement rests upon those seeking to uphold the legislation, in this case the Attorney General of British Columbia and the Law Society of British Columbia, and the analysis to be conducted is that set forth by Chief Justice Dickson in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

The first hurdle to be crossed in order to override a right guaranteed in the *Charter* is that the objective sought to be achieved by the impugned law must relate to concerns which are "pressing and substantial" in a free and democratic society. The Chief Justice stated at pp. 138-39:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter*

en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur, de leur sexe, de leur âge et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui. Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir.

Bien que j'aie souligné que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent, à mon avis, un groupe analogue à ceux qui sont expressément énumérés à l'art. 15 et qu'à ce titre elles ont droit à la protection de l'article, je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de fixer la limite, s'il y a lieu, des motifs visés par l'art. 15 et m'abstiendrai de le faire.

L'article premier

Ayant conclu à l'existence d'une violation de l'art. 15 de la *Charte*, je vais maintenant examiner la question de savoir si l'obligation d'être citoyen pour être admis à l'exercice de la profession juridique en Colombie-Britannique constitue une limite raisonnable dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article premier.

Comme l'a fait remarquer mon collègue, la responsabilité de justifier la violation incombe à ceux qui cherchent à maintenir la mesure législative, savoir en l'espèce le procureur général de la Colombie-Britannique et la Law Society of British Columbia, et l'analyse qui doit être faite est celle que mentionne le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Le premier obstacle à franchir en vue de supprimer un droit garanti dans la *Charte* est que l'objectif visé par la mesure législative contestée doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» dans une société libre et démocratique. Le Juge en chef affirme, aux pp. 138 et 139:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que

right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

This, in my view, remains an appropriate standard when it is recognized that not every distinction between individuals and groups will violate s. 15. If every distinction between individuals and groups gave rise to a violation of s. 15, then this standard might well be too stringent for application in all cases and might deny the community at large the benefits associated with sound and desirable social and economic legislation. This is not a concern, however, once the position that every distinction drawn by law constitutes discrimination is rejected as indeed it is in the judgment of my colleague, McIntyre J. Given that s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one.

The second step in a s. 1 inquiry involves the application of a proportionality test which requires the Court to balance a number of factors. The Court must consider the nature of the right, the extent of its infringement, and the degree to which the limitation furthers the attainment of the legitimate goal reflected in the legislation. As the Chief Justice stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768:

> Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their

visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

À mon avis, il s'agit toujours d'une norme appropriée lorsqu'on reconnaît que ce ne sont pas toutes les distinctions entre des individus et des groupes qui violent l'art. 15. Si toutes les distinctions entre des individus et des groupes avaient pour effet de violer l'art. 15, cette norme pourrait alors fort bien se révéler trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas et avoir pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à des lois socio-économiques justes et souhaitables. Toutefois, cela devient sans intérêt si l'on rejette le point de vue selon lequel toute distinction établie par la loi constitue de la discrimination, comme l'a fait d'ailleurs mon collègue le juge McIntyre dans ses motifs. Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.

La deuxième étape d'un examen fondé sur l'article premier comporte l'application d'un critère de proportionnalité, en vertu duquel la Cour doit soupeser un certain nombre de facteurs. La Cour doit examiner la nature du droit, l'étendue de sa violation et jusqu'à quel point la restriction permet d'atteindre l'objectif légitime contenu dans la mesure législative. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

> En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif;

effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

The appellant Law Society submitted that the Court of Appeal erred in its consideration of the citizenship requirement by failing to accord proper recognition to the role of the legal profession in the governmental process of the country and in failing to consider that Canadian citizenship could reasonably be regarded by the legislature as a requirement for the practice of law. The respondents, on the other hand, argued that the Court of Appeal was right in concluding that there was not a sufficiently rational connection between the required personal characteristic of citizenship and the governmental interest in ensuring that lawyers in British Columbia are familiar with Canadian institutions, are committed to Canadian society, and are capable of playing a role in our system of democratic government. I am in general agreement with the reasoning of the Court of Appeal on this aspect of the case for the following reasons.

The trial judge in this case concluded that the discrimination against non-citizens in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* was justified under s. 1 of the *Charter*. He said ((1985), 22 D.L.R. (4th) 9), at p. 21:

> I find citizenship to be a personal characteristic which is relevant to the practice of law on account of the special commitment to the community which citizenship involves and not merely because the practical familiarity with the country necessary for that occupation can generally be expected in the case of citizens.

On appeal McLachlin J.A., as she then was, found that the exclusion of non-citizens was not rationally connected to the governmental interest in ensuring that lawyers had a sufficient knowledge of local affairs and institutions for the competent practice of law. She stated ((1986), 27 D.L.R. (4th) 600), at p. 612:

elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

La Law Society appelante a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur dans son examen de l'obligation d'être citoyen, en ne reconnaissant pas toute l'importance du rôle de la profession juridique dans le processus gouvernemental du pays et en ne considérant pas que la citoyenneté canadienne pouvait raisonnablement être perçue par la législature comme une condition de la pratique du droit. D'autre part, les intimés ont fait valoir que la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de lien rationnel suffisant entre la caractéristique personnelle requise qui est d'être citoyen et l'intérêt qu'a le gouvernement à garantir que les avocats de la Colombie-Britannique connaissent bien les institutions canadiennes, qu'ils sont engagés envers la société canadienne et qu'ils sont capables de jouer un rôle dans notre système de gouvernement démocratique. De façon générale, je suis d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel sur cet aspect de l'affaire pour les raisons suivantes.

Le juge de première instance, en l'espèce, a conclu que la discrimination dont sont victimes, en vertu de l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Voici ce qu'il dit ((1985), 22 D.L.R. (4th) 9), à la p. 21:

> [TRADUCTION] J'estime que la citoyenneté est une caractéristique personnelle qui est pertinente relativement à la pratique du droit en raison de l'engagement particulier qu'elle implique envers la société et pas simplement parce qu'on peut généralement s'attendre à ce que les citoyens aient la familiarité pratique avec le pays nécessaire à l'exercice de cette profession.

En appel, le juge McLachlin (tel était alors son titre) a conclu que l'exclusion de ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'avait pas de lien rationnel avec l'intérêt qu'a le gouvernement à garantir que les avocats connaissent suffisamment les affaires et les institutions locales pour pratiquer le droit avec compétence. Elle affirme ceci ((1986), 27 D.L.R. (4th) 600), à la p. 612:

Citizenship does not ensure familiarity with Canadian institutions and customs. Only citizens who are not natural-born Canadians are required to have resided in Canada for a period of time. Natural-born Canadians may reside in whatever country they wish and still retain their citizenship. In short, citizenship offers no assurance that a person is conscious of the fundamental traditions and rights of our society. The requirement of citizenship is not an effective means of ensuring that the persons admitted to the bar are familiar with this country's institutions and customs: see *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189 at p. 195, 5 Alta. L.R. (2d) 136, 10 A.R. 120.

I appreciate the desirability of lawyers being familiar with Canadian institutions and customs but I agree with McLachlin J.A. that the requirement of citizenship is not carefully tailored to achieve that objective and may not even be rationally connected to it. McDonald J. pointed out in *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, at p. 195 that such a requirement affords no assurance that citizens who want to become lawyers are sufficiently familiar with Canadian institutions and "it could be better achieved by an examination of the particular qualifications of the applicant, whether he is a Canadian citizen, a British subject, or something else".

The second justification advanced by the appellants in support of the citizenship requirement is that citizenship evidences a real attachment to Canada. Once again I find myself in agreement with the following observations of McLachlin J.A., at pp. 612-13:

> The second reason for the distinction — that citizenship implies a commitment to Canadian society — fares little better upon close examination. Only those citizens who are not natural-born Canadians can be said to have made a conscious choice to establish themselves here permanently and to opt for full participation in the Canadian social process, including the right to vote and run for public office. While no doubt most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society, citizenship does not ensure that that is the case. Conversely, non-citizens may be deeply commited [*sic*] to our country.

[TRADUCTION] La citoyenneté ne garantit pas la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes. Seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada doivent avoir résidé ici pendant un certain temps. Les Canadiens nés au Canada peuvent résider dans n'importe quel pays de leur choix et conserver leur citoyenneté. Bref, la citoyenneté n'offre aucune garantie qu'une personne est consciente des traditions et droits fondamentaux de notre société. L'exigence en matière de citoyenneté ne constitue pas un moyen efficace de s'assurer que les personnes admises au barreau connaissent bien les institutions et les coutumes de ce pays: voir *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, à la p. 195, 5 Alta. L.R. (2d) 136, 10 A.R. 120.

Je comprends qu'il est souhaitable que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes, mais je partage l'avis du juge McLachlin que l'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre cet objectif et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. Le juge McDonald a souligné à la p. 195 de la décision *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, qu'une telle exigence ne permet pas de garantir que les citoyens désireux de devenir avocats connaissent suffisamment bien les institutions canadiennes et [TRADUCTION] «qu'on pourrait mieux y parvenir en faisant subir au requérant un examen concernant ses compétences particulières, qu'il soit citoyen canadien, sujet britannique ou autre».

Comme deuxième justification à l'appui de l'obligation d'être citoyen, les appelants ont soutenu que la citoyenneté traduit un véritable attachement au Canada. Encore une fois, je souscris aux observations suivantes du juge McLachlin, aux pp. 612 et 613:

> [TRADUCTION] La deuxième raison de la distinction, savoir que la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne, ne résiste guère mieux à un examen attentif. On peut affirmer que seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada ont délibérément choisi de s'établir ici de façon permanente et de participer pleinement au processus social canadien, ce qui comprend le droit de vote et le droit de se porter candidat à une charge publique. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, la citoyenneté ne garantit pas cela. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays.

The third ground advanced to justify the requirement relates to the role lawyers are said to play in the governance of our country. McLachlin J.A. disputed the extent to which the practice of law involves the performance of a governmental function. She stated at p. 614:

> While lawyers clearly play an important role in our society, it cannot be contended that the practice of law involves performing a state or government function. In this respect, the role of lawyers may be distinguished from that of legislators, judges, civil servants and policemen. The practice of law is first and foremost a private profession. Some lawyers work in the courts, some do not. Those who work in the courts may represent the Crown or act against it. It is true that all lawyers are officers of the court. That term, in my mind, implies allegiance and certain responsibilities to the institution of the court. But it does not mean that lawyers are part of the process of government.

Although I am in general agreement with her characterization of the role of lawyers *qua* lawyers in our society, my problem with this basis of justification is more fundamental. To my mind, even if lawyers do perform a governmental function, I do not think the requirement that they be citizens provides any guarantee that they will honourably and conscientiously carry out their public duties. They will carry them out, I believe, because they are good lawyers and not because they are Canadian citizens.

In my view, the reasoning advanced in support of the citizenship requirement simply does not meet the tests in *Oakes* for overriding a constitutional right particularly, as in this case, a right designed to protect "discrete and insular minorities" in our society. I would respectfully concur in the view expressed by McLachlin J.A. at p. 617 that the citizenship requirement does not "appear to relate closely to those ends, much less to have been carefully designed to achieve them with minimum impairment of individual rights".

Le troisième moyen invoqué à l'appui de l'obligation d'être citoyen porte sur ce que l'on décrit comme le rôle des avocats dans l'administration du pays. Le juge McLachlin a mis en doute la mesure dans laquelle la pratique du droit comporte l'exercice d'une fonction gouvernementale. Voici ce qu'elle affirme, à la p. 614:

> [TRADUCTION] Bien que les avocats jouent clairement un rôle important dans notre société, on ne peut prétendre que la pratique du droit comporte l'exercice d'une fonction d'État ou d'une fonction gouvernementale. À cet égard, le rôle des avocats peut être distingué de celui des législateurs, des juges, des fonctionnaires et des policiers. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Certains avocats plaident devant les tribunaux, d'autres ne le font pas. Ceux qui plaident devant les tribunaux peuvent représenter le ministère public ou agir contre lui. Il est vrai que tous les avocats sont des officiers de justice. Dans mon esprit, cette expression implique un devoir d'allégeance et certaines responsabilités envers les tribunaux en tant qu'institution. Mais cela ne signifie pas que les avocats font partie du processus gouvernemental.

Bien que je sois généralement d'accord avec sa qualification du rôle des avocats en tant qu'avocats dans notre société, le problème que ce moyen de justification me pose est plus fondamental. Dans mon esprit, même si les avocats exécutent une fonction gouvernementale, je ne crois pas que l'obligation qu'ils soient citoyens garantisse de quelque manière que ce soit qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions publiques honorablement et consciencieusement. J'estime qu'ils vont les exécuter parce que ce sont des avocats compétents et non parce que ce sont des citoyens canadiens.

À mon avis, le raisonnement invoqué à l'appui de l'obligation d'être citoyen ne satisfait tout simplement pas aux critères posés dans l'arrêt *Oakes* pour supprimer un droit constitutionnel et particulièrement, comme en l'espèce, un droit conçu pour protéger des «minorités discrètes et isolées» dans notre société. En toute déférence, je suis d'avis de souscrire à l'opinion exprimée par le juge McLachlin, à la p. 617, selon laquelle l'obligation d'être citoyen ne [TRADUCTION] «semble [pas] avoir un rapport étroit avec ces fins et semble encore moins avoir été soigneusement conçue pour les réaliser de façon à porter le moins possible atteinte aux droits individuels».

Disposition

I would dismiss the appeal with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

Q. (1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

Q. (2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

The reasons of McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting in part)—This appeal raises only one question. Does the citizenship requirement for entry into the legal profession contained in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, (the "Act") contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Section 42 provides:

42. The benchers may call to the Bar of the Province and admit as a solicitor of the Supreme Court

(*a*) a Canadian citizen with respect to whom they are satisfied that he . . .

and s. 15 of the *Charter* states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Q. (1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Q. (2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

Version française des motifs des juges McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident en partie)—Ce pourvoi soulève une seule question. L'obligation d'être citoyen pour être admis à la profession juridique, établie à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26 (la «Loi»), est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? L'article 42 prévoit:

[TRADUCTION] **42.** Les membres du conseil du barreau peuvent inscrire au barreau de la province et admettre à titre de procureur de la Cour suprême

a) un citoyen canadien dont ils sont convaincus qu'il . . .

et l'art. 15 de la *Charte* se lit ainsi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

The respondent, Andrews, was a British subject permanently resident in Canada at the time these proceedings were commenced. He had taken law degrees at Oxford and had fulfilled all the requirements for admission to the practice of law in British Columbia, except that of Canadian citizenship. He commenced proceedings for a declaration that s. 42 of the Act violates the *Charter*. He also sought an order in the nature of mandamus requiring the benchers of the Law Society of British Columbia to consider his application for call to the Bar and admission as a solicitor. His action was dismissed at trial before Taylor J. in the Supreme Court of British Columbia in a judgment reported at (1985), 22 D.L.R. (4th) 9. An appeal was allowed in the Court of Appeal (Hinkson, Craig and McLachlin JJ.A., at (1986), 27 D.L.R. (4th) 600), and this appeal is taken by the Law Society of British Columbia, by leave granted November 27, 1986. Pursuant to an order of this Court on January 28, 1987, Gorel Elizabeth Kinersly, an American citizen who was at the time a permanent resident of Canada articling in the province of British Columbia, was added as a co-respondent in this appeal. On January 28, 1987, the Chief Justice stated constitutional questions in the following terms:

(1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Following the judgment in his favour, the respondent Andrews was called to the Bar and admitted as a solicitor in the province of British Columbia and is now a Canadian citizen. The co-respondent,

L'intimé Andrews était un sujet britannique qui était résident permanent du Canada au moment où les présentes procédures ont été entamées. Il avait obtenu un diplôme en droit à Oxford et avait rempli toutes les conditions d'admission à la pratique du droit en Colombie-Britannique, à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Il a entamé des procédures en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 42 de la Loi viole la *Charte*. Il a également cherché à obtenir une ordonnance tenant d'un bref de *mandamus* qui aurait obligé les membres du conseil de la Law Society of British Columbia à examiner sa demande d'inscription au barreau et d'admission à titre de procureur. Le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté son action dans une décision publiée à (1985), 22 D.L.R. (4th) 9. La Cour d'appel, composée des juges Hinkson, Craig et McLachlin, a accueilli l'appel interjeté (publié à (1986), 27 D.L.R. (4th) 600) et le présent pourvoi, formé par la Law Society of British Columbia, a été autorisé le 27 novembre 1986. Conformément à une ordonnance rendue par cette Cour le 28 janvier 1987, Gorel Elizabeth Kinersly, une citoyenne américaine qui, à l'époque, était une résidente permanente du Canada qui faisait son stage dans la province de la Colombie-Britannique, a été ajoutée à titre de coïntimée dans ce pourvoi. Le 18 janvier 1987, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

(1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Suite au jugement rendu en sa faveur, l'intimé Andrews a été inscrit au barreau et admis à titre de procureur dans la province de la Colombie-Britannique et est maintenant citoyen canadien. La

Kinersly, who had expressed an intention to become a Canadian citizen, became eligible to do so on March 15, 1988.

Disposition in the Courts Below

Taylor J., at trial, defined discrimination under s. 15(1) of the *Charter* as the drawing of an irrational distinction between people based on some irrelevant personal characteristic for the purpose, or having the effect, of imposing upon the victim of the discrimination some penalty, disadvantage or indignity, or denying some advantage. He did not consider that the enumerated heads of discrimination in s. 15(1), race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability, were a complete listing of the proscribed bases of discrimination, and said, at p. 16:

> Thus, in order to amount to discrimination under s. 15(1), the personal characteristic on which a distinction is based must either be one which is entirely irrelevant in the context in which the distinction is made or one which is given a significance clearly beyond that which could reasonably be justified in such a context — the distinction must in this sense be irrational.

He said that the test would be the same whether or not the discrimination was on the basis of a characteristic enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. Citizenship, in his view, while not within the term, national origin, is nonetheless a characteristic which could form a basis for discrimination under s. 15(1). He adopted a broad view of the concept of citizenship. He said, at p. 20:

> Citizenship is, I think, a privilege which is understood to carry with it commitments to promote the security and welfare of the country, and to protect the way of life in which Canadians have come to believe, which are not expected of a permanent resident, even a resident sworn to allegiance. A citizen is a part of the country, a resident non-citizen never really more than an attachment to it.

coïntimée Kinersly, qui avait exprimé l'intention de devenir citoyenne canadienne, est devenue admissible à ce titre le 15 mars 1988.

Décisions des tribunaux d'instance inférieure

En première instance, le juge Taylor a défini la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* comme l'établissement entre les individus d'une distinction irrationnelle fondée sur certaines caractéristiques personnelles non pertinentes et ayant pour but ou pour effet d'imposer à la victime de la discrimination une sanction, un désavantage, ou de lui faire subir une certaine indignité ou de la priver d'un certain avantage. Selon lui, les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1), savoir la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques, ne constituent pas une liste exhaustive des motifs prohibés de discrimination, et d'ajouter, à la p. 16:

> [TRADUCTION] Par conséquent, pour qu'il y ait discrimination au sens du par. 15(1), la caractéristique personnelle sur laquelle se fonde une distinction doit être tout à fait sans pertinence dans le contexte où la distinction est établie ou revêtir une importance qui va clairement au-delà de ce qui pourrait être raisonnablement justifié dans ce contexte — à cet égard, la distinction doit être irrationnelle.

Il a affirmé que le critère serait identique peu importe que la distinction soit fondée ou non sur une caractéristique énumérée au par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, la citoyenneté, bien que non visée par l'expression origine nationale, est néanmoins une caractéristique qui pourrait constituer un motif de discrimination au sens du par. 15(1). Il a adopté une interprétation large du concept de la citoyenneté. Il dit, à la p. 20:

> [TRADUCTION] La citoyenneté est, je pense, un privilège qui comporte implicitement des engagements à promouvoir la sécurité et le bien-être du pays et à protéger le mode de vie qu'en sont venus à adopter les Canadiens, ce à quoi on ne s'attend pas de la part d'un résident permanent, même de la part d'un résident qui a prêté le serment d'allégeance. Un citoyen représente une partie du pays alors qu'un résident qui n'a pas la citoyenneté ne pourra jamais vraiment en représenter davantage qu'un élément accessoire.

In determining the relevance of citizenship to entry into the legal profession, he referred to the wide powers accorded to lawyers in the administration of justice and the judicial process which give rise to a duty to protect the system from abuse and to respect the laws of the land. He said, at pp. 20-21:

> It cannot in my view be said that there is anything irrational in the view which has been taken by the Legislature that only Canadian citizens ought to exercise such powers in this province and be entrusted with such responsibilities.

He did not consider that any burden imposed on non-citizens by the citizenship requirement was disproportionate to the relevance of citizenship in view of the nature of the duties and responsibilities of members of the legal profession. He concluded that neither s. 15(1) nor s. 7 of the *Charter* were infringed by the Canadian citizenship requirement in s. 42 of the Act.

McLachlin J.A. wrote the judgment for a unanimous Court of Appeal. She expressed the view, at p. 605, that the real meaning of the concept of equal protection and benefit before and under the law is that:

> ... persons who are "similarly situated be similarly treated" and conversely, that persons who are "differently situated be differently treated".

She referred to two competing approaches which have been adopted in dealing with discrimination under s. 15(1). One view is that any distinction is sufficient to establish discrimination, and when discrimination is found the courts should immediately turn to s. 1 of the *Charter* for a determination of its constitutional validity. The other view is that discrimination under s. 15(1) must be "invidious or pejorative" in nature, in that it must result from an unreasonable classification or unjustifiable differentiation. The second view, then, incorporates principles of justification and reasonableness into s. 15(1) independently of s. 1. She adopted essentially the second view rejecting the

En se prononçant sur la pertinence de la citoyenneté au regard de l'admission à la profession juridique, il a mentionné les vastes pouvoirs conférés aux avocats dans l'administration de la justice et le processus judiciaire qui sont à l'origine d'un devoir de protéger le système contre les abus et de respecter les lois du pays. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 20 et 21:

> [TRADUCTION] À mon avis, on ne peut affirmer qu'il y a quelque chose d'irrationnel dans le point de vue adopté par la législature selon lequel seuls les citoyens canadiens devraient exercer de tels pouvoirs dans cette province et se voir confier de telles responsabilités.

Selon lui, le fardeau que l'obligation d'être citoyen impose aux individus qui n'ont pas la citoyenneté n'est pas disproportionné avec la pertinence de la citoyenneté compte tenu de la nature des devoirs et des responsabilités des membres de la profession juridique. Il a conclu que l'obligation d'être citoyen canadien contenue à l'art. 42 de la Loi ne contrevenait ni au par. 15(1) ni à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge McLachlin a rédigé le jugement unanime de la Cour d'appel. À la page 605, elle se dit d'avis que le véritable sens du concept selon lequel la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, est que:

> [TRADUCTION] ... les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue» et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment» ...

Elle a mentionné deux interprétations divergentes qui ont été adoptées en matière de discrimination au sens du par. 15(1). Selon une interprétation, toute distinction suffit à établir l'existence d'une discrimination et, en cas de conclusion à l'existence de discrimination, les tribunaux devraient recourir immédiatement à l'article premier de la *Charte* pour en déterminer la constitutionnalité. L'autre interprétation porte que la discrimination au sens du par. 15(1) doit être de nature [TRADUCTION] «injuste ou défavorable» en ce sens qu'elle doit découler d'une classification déraisonnable ou d'une différenciation injustifiable. Le second point de vue fait donc entrer dans le par. 15(1) des

proposition that any differentiation would result in a resort to s. 1 of the *Charter*, arguing that it could not have been intended to give a guarantee in s. 15(1) against every legislative classification. To do so, she asserted, would be to trivialize the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and deprive the words "without discrimination" in s. 15(1) of any content and, in effect, to replace s. 15(1) with s. 1. This approach, in her opinion, would mean that many important and socially accepted distinctions, such as restrictions on drunken driving and special provisions for the care, protection, and education of children, would be subject to automatic review under s. 1. To equate the provisions of s. 15(1) with a guarantee against all distinction would, in effect, "elevate s. 15 to the position of subsuming the other rights and freedoms defined by the *Charter*". She said that there must be an initial determination of the reasonableness and fairness of the impugned legislation under s. 15(1). Therefore, she saw two questions emerge: what degree of evaluation of the legislation should be done under s. 15(1), and what role, if any, remained for s. 1 when legislation is attacked under s. 15(1)?

In dealing with the first question, she said that the court should determine whether the impugned distinction is reasonable or fair, having regard to its purposes and aims and to its effect on the person concerned. She said, at pp. 609-10:

> My response to the first question is that the question to be answered under s. 15 should be whether the impugned distinction is reasonable or fair, having regard to the purposes and aims and its effect on persons adversely affected. I include the word "fair" as well as "reasonable" to emphasize that the test is not one of pure rationality but one connoting the treatment of persons in ways which are not unduly prejudicial to

principes de justification et de caractère raisonnable sans égard à l'article premier. Elle a adopté essentiellement la seconde interprétation et a rejeté la proposition selon laquelle toute différenciation entraînerait le recours à l'article premier de la *Charte*, en faisant valoir qu'au par. 15(1) on n'a pas pu avoir l'intention d'accorder une garantie contre toute classification législative. Elle a affirmé que recourir à l'article premier reviendrait à banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et à dépouiller de tout contenu l'expression «indépendamment de toute discrimination» figurant au par. 15(1) et, en fait, à remplacer le par. 15(1) par l'article premier. À son avis, cette interprétation signifierait que plusieurs distinctions importantes et socialement acceptées, comme les restrictions portant sur la conduite en état d'ébriété et les dispositions spéciales relatives au soin, à la protection et à l'éducation des enfants, seraient assujetties automatiquement à un examen fondé sur l'article premier. Assimiler les dispositions du par. 15(1) à une garantie contre toute distinction reviendrait, en fait, à [TRADUCTION] «donner à l'art. 15 une importance telle qu'il subsumerait les autres droits et libertés définis par la *Charte*». Elle a affirmé qu'il fallait d'abord déterminer le caractère raisonnable et juste de la mesure législative contestée en vertu du par. 15(1). En conséquence, deux questions se posaient selon elle: quelle évaluation de la mesure législative devrait être faite en vertu du par. 15(1) et quel rôle, le cas échéant, resterait-il à l'article premier lorsqu'une mesure législative est attaquée en vertu du par. 15(1)?

En ce qui concerne la première question, elle a affirmé que le tribunal devrait décider si la distinction attaquée est raisonnable ou juste compte tenu de ses objectifs et buts et de son effet sur la personne concernée. Voici ce qu'elle affirme, aux pp. 609 et 610:

> [TRADUCTION] Ma réponse à la première question est que la question à laquelle il faut répondre en vertu de l'art. 15 devrait être de savoir si la distinction attaquée est raisonnable ou juste compte tenu de ses objectifs et buts et de son effet sur les personnes touchées. J'emploie le mot «juste» en plus du mot «raisonnable» pour bien montrer que le critère applicable n'en est pas un de pure rationalité mais qu'il implique le traitement de person-

them. The test must be objective, and the discrimination must be proved on a balance of probabilities: *R. v. Oakes*, *supra*, (applying this test to s. 1.) The ultimate question is whether a fair-minded person, weighing the purposes of legislation against its effects on the individuals adversely affected, and giving due weight to the right of the Legislature to pass laws for the good of all, would conclude that the legislative means adopted are unreasonable or unfair.

She went on to state that s. 1 would apply to permit discrimination in extraordinary circumstances, such as the internment of enemy aliens in wartime which would create discrimination not to be tolerated in peacetime.

She concluded that the citizenship requirement in the Act discriminated against the respondent. She rejected the Law Society's argument that the importance of the legal profession in the general scheme of the administration of the legal system justified the citizenship requirement. She reached the conclusion that the distinction deprived the respondent of the equal benefit of the law guaranteed under s. 15, and she concluded on this point by saying, at p. 616:

> In summary, none of the reasons offered for the requirement of citizenship for the practice of law offer a convincing justification for it. On the other hand, the requirement is clearly prejudicial to the appellant and those similarly placed. Having met all the other requirements for the admission to the bar, the appellant is nevertheless unable to gain admission to practise because he is not yet a Canadian citizen. I find that the appellant has discharged the onus upon him of showing that the requirement of citizenship for admission to the practice of law is unreasonable or unfair.

The Concept of Equality

Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; it does not provide for equality between individuals or groups within society in a general or abstract sense, nor does it impose on individuals or groups

nes de façons qui ne leur causent pas de préjudice indu. Le critère doit être objectif et l'existence de la discrimination doit être établie selon la prépondérance des probabilités: *R. c. Oakes*, précité, (appliquant ce critère à l'article premier). La question ultime est de savoir si une personne impartiale, qui soupèse les objets de la loi en fonction de ses effets sur les personnes lésées et qui accorde l'importance voulue au droit de la législature d'adopter des lois pour le bien de tous, conclurait que les moyens législatifs adoptés sont déraisonnables ou injustes.

Elle a poursuivi en déclarant que l'article premier s'appliquerait pour autoriser la discrimination dans des circonstances exceptionnelles, comme l'internement d'étrangers ennemis en temps de guerre qui constituerait de la discrimination intolérable en temps de paix.

Elle a conclu que l'obligation d'être citoyen contenue dans la Loi établissait une distinction illicite au détriment de l'intimé. Elle a rejeté l'argument de la Law Society selon lequel l'importance de la profession juridique dans le contexte général de l'administration de la justice justifiait l'obligation d'être citoyen. Elle est parvenue à la conclusion que la distinction privait l'intimé de son droit au même bénéfice de la loi garanti à l'art. 15 et a conclu à cet égard, à la p. 616:

> [TRADUCTION] En résumé, aucune des raisons invoquées à l'appui de l'obligation d'être citoyen pour pratiquer le droit ne la justifie de façon convaincante. D'autre part, l'obligation est certainement préjudiciable à l'appelant et à ceux qui se trouvent dans la même situation. Ayant rempli toutes les autres conditions relatives à l'admission au barreau, l'appelant n'en demeure pas moins incapable d'être admis à la pratique parce qu'il n'est pas encore citoyen canadien. J'estime que l'appelant s'est acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que l'obligation d'être citoyen pour être admis à la pratique du droit est déraisonnable ou injuste.

Le concept d'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou

an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law", as employed in s. 15(1), can arise in this case because it is an Act of the Legislature which is under attack. Whether other governmental or *quasi*-governmental regulations, rules, or requirements may be termed laws under s. 15(1) should be left for cases in which the issue arises.

abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» utilisé au par. 15(1) ne saurait soulever aucun problème en l'espèce puisque c'est une loi de la législature qui est attaquée. La question de savoir si d'autres exigences, règles et règlements gouvernementaux ou quasi gouvernementaux peuvent être qualifiés de lois au sens du par. 15(1), devrait être débattue dans les affaires où elle sera soulevée.

The concept of equality has long been a feature of Western thought. As embodied in s. 15(1) of the *Charter*, it is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition. As has been stated by John H. Schaar, "Equality of Opportunity and Beyond", in *Nomos IX: Equality*, eds. J. Roland Pennock and John W. Chapman (1967), at p. 228:

Equality is a protean word. It is one of those political symbols — liberty and fraternity are others — into which men have poured the deepest urgings of their heart. Every strongly held theory or conception of equality is at once a psychology, an ethic, a theory of social relations, and a vision of the good society.

Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c'est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise. Comme le déclarait John H. Schaar, «Equality of Opportunity and Beyond», dans *Nomos IX: Equality*, éd. J. Roland Pennock et John W. Chapman (1967), à la p. 228:

[TRADUCTION] L'égalité est un terme changeant. Elle constitue l'un de ces symboles politiques — liberté et fraternité en sont d'autres — dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur. Chaque théorie ou conception ardemment défendue de l'égalité relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste.

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality. This proposition has found frequent expression in the literature on the subject but, as I have noted on a previous occasion, nowhere more aptly than in the well-known words of Frankfurter J. in *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184:

It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals.

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. Cette proposition a souvent été exprimée dans la documentation sur le sujet mais, comme je l'ai déjà souligné à une autre occasion, nulle part n'a-t-elle été formulée plus justement que dans la fameuse phrase du juge Frankfurter dans l'arrêt *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184:

[TRADUCTION] C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux.

The same thought has been expressed in this Court in the context of s. 2(*b*) of the *Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson C.J. said at p. 347:

> The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

In simple terms, then, it may be said that a law which treats all identically and which provides equality of treatment between "A" and "B" might well cause inequality for "C", depending on differences in personal characteristics and situations. To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

McLachlin J.A. in the Court of Appeal expressed the view, at p. 605, that:

> ... the essential meaning of the constitutional requirement of equal protection and equal benefit is that persons who are "similarly situated be similarly treated" and conversely, that persons who are "differently situated be differently treated" ....

In this, she was adopting and applying as a test a proposition which seems to have been widely accepted with some modifications in both trial and appeal court decisions throughout the country on s. 15(1) of the *Charter*. See, for example, *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (N.S.S.C.A.D.), at p. 351; *Reference Re Use*

Cette même pensée a été exprimée en cette Cour au sujet de l'al. 2*b*) de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge en chef Dickson affirme, à la p. 347:

> L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

Donc, en termes simples, on peut affirmer qu'une loi qui prévoit un traitement identique pour tous et l'égalité de traitement entre «A» et «B» pourrait fort bien causer une inégalité à «C», selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations. Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Le juge McLachlin de la Cour d'appel exprime, à la p. 605, l'opinion que:

> [TRADUCTION] ... le sens fondamental de l'obligation constitutionnelle d'une égalité de protection et de bénéfice est que les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue» et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment» ...

En affirmant cela, elle adoptait et appliquait comme critère une proposition qui semble avoir été généralement acceptée, sous réserve de certaines modifications, dans les décisions des tribunaux de première instance et d'appel du pays relatives au par. 15(1) de la *Charte*. Voir, par exemple, les décisions *Reference Re Family Benefits Act*

of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (Sask. C.A.), at p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359, at p. 366; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, at p. 419. The reliance on this concept appears to have derived, at least in recent times, from J. T. Tussman and J. tenBroek, "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. The similarly situated test is a restatement of the Aristotelian principle of formal equality — that "things that are alike should be treated alike, while things that are unalike should be treated unalike in proportion to their unalikeness" (*Ethica Nichomacea,* trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925)).

The test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law. If it were to be applied literally, it could be used to justify the Nuremberg laws of Adolf Hitler. Similar treatment was contemplated for all Jews. The similarly situated test would have justified the formalistic separate but equal doctrine of *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), a doctrine that incidentally was still the law in the United States at the time that Professor Tussman and J. tenBroek wrote their much cited article: see M. David Lepofsky and H. Schwartz "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115, at pp. 119-20. The test, somewhat differently phrased, was applied in the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. The Court upheld, under s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, a section of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, which made it an offence for an Indian to have intoxicants in his possession off a reserve. In his locality there were no reserves. Tysoe J.A. said that equality before the law could not mean "the same laws for all

(1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (C.S.N.-É., div. d'appel), à la p. 351; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (C.A. Sask.), à la p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359, à la p. 366, et *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, à la p. 419. Le recours à ce concept paraît avoir découlé, récemment du moins, de J. T. Tussman et J. tenBroek, «The Equal Protection of Laws» (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. Le critère de la situation analogue est une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle: «Il en sera de même de l'égalité, si l'on examine les personnes et les choses. Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes. Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal» (*Éthique de Nicomaque*, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, p. 129, art. 6, Garnier Flammarion, 1965).

Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du «séparé mais équivalent» de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), qui, soit dit en passant, s'appliquait toujours aux États-Unis à l'époque où le professeur Tussman et J. tenBroek ont rédigé leur article souvent cité: voir M. David Lepofsky et H. Schwartz, «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115, aux pp. 119 et 120. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué ce critère, formulé quelque peu différemment, dans l'arrêt *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. La cour a confirmé, en application de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, un article de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il avait des spiritueux en sa possession hors d'une

persons", and defined the right in these words, at p. 243:

> ... in its context s. 1(*b*) means in a general sense that there has existed and there shall continue to exist in Canada a right in every person *to whom a particular law relates or extends* no matter what may be a person's race, national origin, colour, religion or sex to stand on an equal footing with every other person to whom that particular law relates or extends and a right to the protection of the law.

This approach was rejected in this Court by Ritchie J. in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, in a similar case involving a provision of the *Indian Act* making it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve. He said, at p. 297:

> ... I cannot agree with this interpretation pursuant to which it seems to me that the most glaring discriminatory legislation against a racial group would have to be construed as recognizing the right of each of its individual members "to equality before the law", so long as all the other members are being discriminated against in the same way.

Thus, mere equality of application to similarly situated groups or individuals does not afford a realistic test for a violation of equality rights. For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

A similarly situated test focussing on the equal application of the law to those to whom it has application could lead to results akin to those in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, a pregnant woman was denied unemployment benefits to which she would have been entitled had she not been pregnant. She claimed that the *Unemployment Insurance Act, 1971*, violated the equality guarantees of the *Canadian Bill of Rights* because it discriminated against her on the basis of her sex. Her claim was dismissed by this Court on the grounds that there

réserve. Dans sa localité, il n'y avait pas de réserve. Le juge Tysoe de la Cour d'appel a affirmé que l'égalité devant la loi ne pouvait signifier [TRADUCTION] «les mêmes lois pour tout le monde», et il a défini le droit ainsi, à la p. 243:

> [TRADUCTION] ... dans son contexte, l'al. 1*b*) signifie, de façon générale, qu'il a existé et qu'il continuera d'exister au Canada un droit pour tout individu *touché ou visé par une loi particulière*, quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe, d'être sur un pied d'égalité avec toute autre personne touchée ou visée par cette loi, et le droit à la protection de la loi.

Le juge Ritchie de cette Cour a rejeté cette interprétation dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, une affaire semblable portant sur une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il était ivre hors d'une réserve. Il a dit, à la p. 297:

> ... je ne puis admettre cette interprétation. Elle aurait pour conséquence, il me semble, qu'il faudrait considérer que la loi la plus manifestement discriminatoire envers un groupe ethnique reconnaît à chacun des membres de ce groupe «l'égalité devant la loi» si elle est également discriminatoire à l'égard de tous les autres membres du même groupe.

Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

Un critère de la situation analogue axé sur l'égalité d'application de la loi à ceux qu'elle vise pourrait entraîner des résultats semblables à ce qui s'est produit dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'affaire *Bliss*, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. Elle a fait valoir que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait les garanties d'égalité contenues dans la *Déclaration canadienne des droits* pour le motif qu'elle établissait à son détriment une dis-

was no discrimination on the basis of sex, since the class into which she fell under the Act was that of pregnant persons, and within that class, all persons were treated equally. This case, of course, was decided before the advent of the *Charter*.

I would also agree with the following criticism of the similarly situated test made by Kerans J.A. in *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244:

> ... the test accepts an idea of equality which is almost mechanical, with no scope for considering the reason for the distinction. In consequence, subtleties are found to justify a finding of dissimilarity which reduces the test to a categorization game. Moreover, the test is not helpful. After all, most laws are enacted for the specific purpose of offering a benefit or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment.

For the reasons outlined above, the test cannot be accepted as a fixed rule or formula for the resolution of equality questions arising under the *Charter*. Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern

tinction illicite fondée sur le sexe. Sa demande a été rejetée par cette Cour pour le motif qu'il n'y avait pas de distinction illicite fondée sur le sexe puisque la catégorie dans laquelle elle tombait en vertu de la Loi était celle des personnes enceintes et que toutes les personnes dans cette catégorie étaient traitées également. Il va sans dire que cette affaire a été tranchée avant l'avènement de la *Charte*.

Je suis également d'accord avec la critique suivante que le juge Kerans de la Cour d'appel a formulé à l'égard du critère de la situation analogue dans l'arrêt *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, à la p. 244:

> [TRADUCTION] ... le critère adopte une idée d'égalité qui est presque automatique, sans aucune possibilité d'examiner la raison à l'origine de la distinction. Par conséquent, on recourt à des nuances pour justifier une constatation de différence, ce qui réduit le critère à un jeu de classement par catégories. De plus, le critère est sans utilité. Après tout, la plupart des lois sont adoptées dans le but précis de procurer un avantage ou d'imposer une contrainte à certaines personnes et non à d'autres. Le critère décèle toutes les différences imaginables de traitement par la loi.

Pour les motifs qui précèdent, le critère ne peut être accepté comme règle ou formule figée applicable en vue de trancher les questions d'égalité soulevées en vertu de la *Charte*. Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifica-

society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions. What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions?

In seeking an answer to these questions, the provisions of the *Charter* must have their full effect. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, this Court emphasized this point at p. 344, where Dickson C.J. stated:

> This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.
>
> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis in original.]

These words are not inconsistent with the view I expressed in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

tions différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites. Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions?

Pour tenter de répondre à ces questions, les dispositions de la *Charte* doivent être appliquées intégralement. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, cette Cour insiste sur ce point à la p. 344 où le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme:

> Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Souligné dans l'original.]

Ces mots ne sont pas incompatibles avec l'opinion que j'ai exprimée dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

The principle of equality before the law has long been recognized as a feature of our constitutional tradition and it found statutory recognition in the *Canadian Bill of Rights*. However, unlike the *Canadian Bill of Rights*, which spoke only of equality before the law, s. 15(1) of the *Charter* provides a much broader protection. Section 15 spells out four basic rights: (1) the right to equality before the law; (2) the right to equality under the law; (3) the right to equal protection of the law; and (4) the right to equal benefit of the law. The inclusion of these last three additional rights in s. 15 of the *Charter* was an attempt to remedy some of the shortcomings of the right to equality in the *Canadian Bill of Rights*. It also reflected the expanded concept of discrimination being developed under the various Human Rights Codes since the enactment of the *Canadian Bill of Rights*. The shortcomings of the *Canadian Bill of Rights* as far as the right to equality is concerned are well known. In *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, for example, this Court upheld s. 12(1)(*b*) of the *Indian Act* which deprived women, but not men, of their membership in Indian Bands if they married non-Indians. The provision was held not to violate equality before the law although it might, the Court said, violate equality under the law if such were protected. In *Bliss*, *supra*, this Court held that the denial of unemployment insurance benefits to women because they were pregnant did not violate the guarantee of equality before the law, because any inequality in the protection and benefit of the law was "not created by legislation but by nature" (p. 190). The case was distinguished from the Court's earlier decision in *Drybones*, *supra*, as not involving (pp. 191-92) the imposition of a penalty on a racial group to which other citizens are not subjected, but as involving rather "a definition of the qualifications required for entitlement to benefits". It is readily apparent that the language of s. 15 was deliberately chosen in order to remedy some of the perceived defects under the *Canadian Bill of Rights*. The antecedent statute is part of the "lin-

Le principe de l'égalité devant la loi est reconnu depuis longtemps comme un élément de notre tradition constitutionnelle et il a été consacré sous forme législative dans la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, contrairement à la *Déclaration canadienne des droits* qui ne parle que de l'égalité devant la loi, le par. 15(1) de la *Charte* offre une protection beaucoup plus large. L'article 15 énonce quatre droits fondamentaux: 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous; 2) le droit à ce que la loi ne fasse acception de personne, ou droit à l'égalité dans la loi; 3) le droit à la même protection de la loi, et 4) le droit au même bénéfice de la loi. L'inclusion de ces trois derniers droits supplémentaires à l'art. 15 de la *Charte* constituait une tentative de remédier à certaines faiblesses du droit à l'égalité contenu dans la *Déclaration canadienne des droits*. Elle reflétait également le concept élargi de discrimination qui s'était développé sous le régime des divers codes des droits de la personne depuis l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. Les faiblesses de la *Déclaration canadienne des droits*, sur le plan du droit à l'égalité, sont bien connues. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, cette Cour a confirmé la validité de l'al. 12(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes, mais non les hommes, de leur appartenance à une bande indienne si elles épousaient un non-Indien. On a statué que la disposition ne violait pas l'égalité devant la loi quoiqu'elle serait susceptible, d'affirmer la Cour, de violer l'égalité dans la loi, si une telle égalité était protégée. Dans l'arrêt *Bliss*, précité, la Cour a conclu que le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage à des femmes parce qu'elles étaient enceintes ne violait pas la garantie d'égalité devant la loi puisque toute inégalité dans la protection et le bénéfice de la loi n'était «pas le fait de la législation, mais bien de la nature» (p. 190). Cette affaire a été distinguée d'avec l'arrêt *Drybones*, précité, rendu antérieurement par cette Cour, en ce qu'elle n'imposait pas un désavantage à un groupe racial par rapport aux autres citoyens mais ne faisait plutôt que «définir les conditions à remplir pour bénéficier des prestations» (pp. 191 et 192). On constate facilement que l'art. 15 a été délibérément formulé de manière à

guistic, philosophic and historical context" of s. 15 of the *Charter*.

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. Howland C.J. and Robins J.A. (dissenting in the result but not with respect to this comment) in *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, attempt to articulate the broad range of values embraced by s. 15. They state at p. 554:

> In our view, s. 15(1) read as a whole constitutes a compendious expression of a positive right to equality in both the substance and the administration of the law. It is an all-encompassing right governing all legislative action. Like the ideals of "equal justice" and "equal access to the law", the right to equal protection and equal benefit of the law now enshrined in the Charter rests on the moral and ethical principle fundamental to a truly free and democratic society that all persons should be treated by the law on a footing of equality with equal concern and respect.

It must be recognized, however, as well that the promotion of equality under s. 15 has a much more specific goal than the mere elimination of distinctions. If the *Charter* was intended to eliminate all distinctions, then there would be no place for sections such as 27 (multicultural heritage); 2(*a*) (freedom of conscience and religion); 25 (aboriginal rights and freedoms); and other such provisions designed to safeguard certain distinctions. Moreover, the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2), which states that the equality rights in s. 15(1) do "not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . . ."

remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits*. La loi antérieure fait partie des «contextes linguistique, philosophique et historique» de l'art. 15 de la *Charte*.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissident quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d'énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15. Voici ce qu'ils affirment, à la p. 554:

> [TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative. Au même titre que les idéaux de «justice égalitaire» et «d'égalité d'accès à la loi», le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect.

Cependant, il faut reconnaître que favoriser l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d'éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l'art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l'al. 2*a*) (liberté de conscience et de religion), l'art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n'auraient plus alors leur place. De plus, le fait qu'un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à l'égalité contenus au par. 15(1) n'ont «pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés . . .»

Discrimination

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee.

Discrimination as referred to in s. 15 of the *Charter* must be understood in the context of pre-*Charter* history. Prior to the enactment of s. 15(1), the Legislatures of the various provinces and the federal Parliament had passed during the previous fifty years what may be generally referred to as Human Rights Acts. With the steady increase in population from the earliest days of European emigration into Canada and with the consequential growth of industry, agriculture and commerce and the vast increase in national wealth which followed, many social problems developed. The contact of the European immigrant with the indigenous population, the steady increase in immigration bringing those of neither French nor British background, and in more recent years the greatly expanded role of women in all forms of industrial, commercial and professional activity led to much inequality and many forms of discrimination. In great part these developments, in the absence of any significant legislative protection for the victims of discrimination, called into being the Human Rights Acts. In 1944, the *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, c. 51, was passed, to be followed in 1947 by *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35, and in 1960 by the *Canadian Bill of Rights*. Since then every jurisdiction in Canada has enacted broad-ranging Human Rights Acts which have attacked most of the more common forms of discrimination found in society. This development has been recorded and discussed by Walter Tarnopolsky,

La discrimination

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15.

La discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte antérieur à la *Charte*. Avant l'adoption de l'art. 15, les législatures des diverses provinces et le Parlement fédéral avaient adopté au cours des cinquante dernières années ce que l'on peut généralement appeler les lois sur les droits de la personne. Avec l'accroissement régulier de la population depuis les tout débuts de l'émigration européenne au Canada et avec l'essor qui en a résulté dans l'industrie, l'agriculture et le commerce ainsi que l'augmentation importante de la richesse nationale qui a suivi, de nombreux problèmes sociaux ont vu le jour. Les rapports entre les immigrants européens et la population autochtone, l'accroissement régulier du nombre d'immigrants d'origine autre que française ou britannique et, plus récemment, la très grande place qu'en sont venues à occuper les femmes au sein de toutes les formes d'activités industrielles, commerciales et professionnelles ont engendré beaucoup d'inégalités et de nombreuses formes de discrimination. Cette évolution est en grande partie à l'origine des lois sur les droits de la personne puisqu'il n'existait alors aucune protection législative réelle offerte aux victimes de discrimination. En 1944, la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, chap. 51, était adoptée, suivie en 1947 du *Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, chap. 35, et en 1960, de la *Déclaration canadienne des droits*. Depuis lors, tous les ressorts canadiens ont adopté des lois sur les droits de la personne de vaste portée afin de combattre la plupart des formes plus courantes de discrimination rencontrées dans la société. Walter Tarnopolsky, maintenant juge, fait état de cette évolution et l'analyse dans l'ouvrage

now Tarnopolsky J.A., in *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

What does discrimination mean? The question has arisen most commonly in a consideration of the Human Rights Acts and the general concept of discrimination under those enactments has been fairly well settled. There is little difficulty, drawing upon the cases in this Court, in isolating an acceptable definition. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, discrimination (in that case adverse effect discrimination) was described in these terms: "It arises where an employer ... adopts a rule or standard ... which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force". It was held in that case, as well, that no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. At page 547, this proposition was expressed in these terms:

> The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, better known as the *Action Travail des Femmes* case, where it was alleged that the Canadian National Railway was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act*,

intitulé *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

Que signifie le terme discrimination? C'est le plus souvent dans l'examen des lois sur les droits de la personne que cette question s'est posée et le concept général de discrimination en vertu de ces lois a été assez bien circonscrit. Vu les arrêts rendus par cette Cour, identifier une définition acceptable présente peu de difficulté. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, voici comment est décrit le terme «discrimination» (dans cette affaire, il s'agissait de discrimination par suite d'un effet préjudiciable): «Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte ... une règle ou une norme ... qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés». Dans cette affaire, la Cour a également conclu que l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l'examen de toute plainte. À la page 547, cette proposition a été formulée de la façon suivante:

> Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, mieux connu sous le nom de l'affaire *Action Travail des Femmes*, où l'on prétendait que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada s'était rendue coupable d'actes discrimina-

S.C. 1976-77, c. 33, in denying employment to women in certain unskilled positions, Dickson C.J. in giving the judgment of the Court said, at pp. 1138-39:

> A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis." (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report.
>
> > Discrimination . . . means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics . . . .
> >
> > It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.
>
> There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those

toires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois non spécialisés, le juge en chef Dickson affirme ceci en rendant le jugement de la Cour, aux pp. 1138 et 1139:

> On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi . . .» (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:
>
> > . . . la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort . . .
> >
> > La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires.
>
> Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont

based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The Court in the case at bar must address the issue of discrimination as the term is used in s. 15(1) of the *Charter*. In general, it may be said that the principles which have been applied under the Human Rights Acts are equally applicable in considering questions of discrimination under s. 15(1). Certain differences arising from the difference between the *Charter* and the Human Rights Acts must, however, be considered. To begin with, discrimination in s. 15(1) is limited to discrimination caused by the application or operation of law, whereas the Human Rights Acts apply also to private activities. Furthermore, and this is a distinction of more importance, all the Human Rights Acts passed in Canada specifically designate a certain limited number of grounds upon which discrimination is forbidden. Section 15(1) of the *Charter* is not so limited. The enumerated grounds in s. 15(1) are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition. The enumerated grounds do, however, reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention. Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.

It should be noted as well that when the Human Rights Acts create exemptions or defences, such as a *bona fide* occupational requirement, an exemption for religious and political organizations, or definitional limits on age discrimination, these

presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

En l'espèce, la Cour doit aborder la question de la discrimination au sens où ce terme est utilisé au par. 15(1) de la *Charte*. De façon générale, on peut affirmer que les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1). Il faut cependant tenir compte de certaines distinctions qui découlent de la différence entre la *Charte* et les lois sur les droits de la personne. D'abord, la discrimination dont il est question au par. 15(1) est restreinte à celle qui découle de l'application de la loi alors que les lois sur les droits de la personne s'appliquent aussi aux activités de nature privée. De plus, et il s'agit d'une distinction plus importante, toutes les lois sur les droits de la personne adoptées au Canada spécifient un certain nombre restreint de motifs prohibés de discrimination. Il n'en est pas de même au par. 15(1) de la *Charte*. Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées. Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière. Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155.

Il convient également de souligner que, lorsque des lois sur les droits de la personne créent des exemptions ou des moyens de défense, comme l'exigence professionnelle normale, une exemption relative à des organisations religieuses ou politi-

generally have the effect of completely removing the conduct complained of from the reach of the Act. See, for example, exemptions for special interest organizations contained in the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, c. 186, as am., s. 22; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, as am., s. 6(7); and the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 17. "Age" is often restrictively defined in the Human Rights Acts; in British Columbia, it is defined in s. 1 of the Code to mean an age between 45 and 65; in s. 38 of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, it is defined as eighteen and over. For an example of the application of a *bona fide* occupational requirement, see *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. Where discrimination is forbidden in the Human Rights Acts it is done in absolute terms, and where a defence or exception is allowed it, too, speaks in absolute terms and the discrimination is excused. There is, in this sense, no middle ground. In the *Charter*, however, while s. 15(1), subject always to subs. (2), expresses its prohibition of discrimination in absolute terms, s. 1 makes allowance for a reasonable limit upon the operation of s. 15(1). A different approach under s. 15(1) is therefore required. While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the *Charter* which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

ques, ou des limites définitionnelles applicables à la discrimination fondée sur l'âge, cela a généralement pour effet de soustraire complètement à l'application de la loi la conduite dont on se plaint. Voir, par exemple, les exemptions relatives aux organisations visant à servir des intérêts particuliers contenues dans le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 22, tel que mod.; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, chap. 65, par. 6(7), tel que mod., et le *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, art. 17. L'«âge» est souvent défini de façon restrictive dans les lois sur les droits de la personne; en Colombie-Britannique, il est défini à l'art. 1 du Code comme signifiant entre 45 et 65 ans; à l'art. 38 de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chap. I-2, l'âge est défini comme dix-huit ans et plus. Pour un exemple de l'application d'une exigence professionnelle normale, voir l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Lorsque les lois sur les droits de la personne interdisent la discrimination, elles le font de manière absolue et lorsqu'elles prévoient un moyen de défense ou une exception, c'est également en termes absolus et la discrimination est alors permise. Il n'y a pas de moyen terme à cet égard. Dans la *Charte* toutefois, bien que le par. 15(1), sous réserve du par. (2), interdise la discrimination de manière absolue, l'article premier permet que des limites raisonnables soient apportées à l'application du par. 15(1). Le paragraphe 15(1) exige donc une interprétation différente. Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la *Charte* et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Relationship Between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter*

In determining the extent of the guarantee of equality in s. 15(1) of the *Charter*, special consideration must be given to the relationship between s. 15(1) and s. 1. It is indeed the presence of s. 1 in the *Charter* and the interaction between these sections which has led to the differing approaches to a definition of the s. 15(1) right, and which has made necessary a judicial approach differing from that employed under the *Canadian Bill of Rights*. Under the *Canadian Bill of Rights*, a test was developed to distinguish between justified and unjustified legislative distinctions within the concept of equality before the law itself in the absence of anything equivalent to the s. 1 limit: see *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, where it was said, at p. 407:

> ... and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective. Inequalities created for such purposes may well be acceptable under the *Canadian Bill of Rights*.

It may be noted as well that the 14th Amendment to the American Constitution, which provides that no State shall deny to any person within its jurisdiction the "equal protection of the laws", contains no limiting provisions similar to s. 1 of the *Charter*. As a result, judicial consideration has led to the development of varying standards of scrutiny of alleged violations of the equal protection provision which restrict or limit the equality guarantee within the concept of equal protection itself. Again, article 14 of the *European Convention on Human Rights*, 23 U.N.T.S. 222, which secures the rights guaranteed therein without discrimination, lacks a s. 1 or its equivalent and has also developed a limit within the concept itself. In the *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252, at p. 284, the court enunciated the following test:

Le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*

Pour déterminer l'étendue de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, il faut prêter une attention au rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. C'est en effet la présence de l'article premier dans la *Charte* et l'interaction de ces dispositions qui sont à l'origine des différentes façons de définir le droit garanti par le par. 15(1) et qui ont rendu nécessaire une interprétation judiciaire différente de celle utilisée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*. En vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, en l'absence d'une disposition équivalente à la limite prévue à l'article premier, un critère avait été conçu pour différencier les distinctions législatives justifiées et les distinctions législatives injustifiées au regard de la notion même d'égalité devant la loi: voir l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, où on affirme, à la p. 407:

> ... et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable. Il se peut bien que les inégalités créées à ces fins soient acceptables aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*.

On peut souligner également que le Quatorzième amendement de la Constitution américaine, qui prévoit qu'aucun État ne peut refuser à quiconque relève de sa juridiction [TRADUCTION] «l'égale protection des lois», ne comporte aucune disposition limitative semblable à l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, les tribunaux ont fini par élaborer des normes variables pour examiner les allégations de violation de cette disposition portant égale protection, lesquelles normes restreignent ou limitent la garantie d'égalité que comporte la notion même de protection égale. Encore une fois, l'art. 14 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, qui garantit les droits qui y sont prévus sans discrimination, ne comporte pas d'article premier ou de disposition équivalente et a également engendré une limite à l'intérieur de la notion elle-même. Dans l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833, à la p. 867, la cour a formulé le critère suivant:

... the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to principles which normally prevail in democratic societies. A difference in treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

... l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

The distinguishing feature of the *Charter*, unlike the other enactments, is that consideration of such limiting factors is made under s. 1. This Court has described the analytical approach to the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, and other cases, the essential feature of which is that the right guaranteeing sections be kept analytically separate from s. 1. In other words, when confronted with a problem under the *Charter*, the first question which must be answered will be whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. Any justification of an infringement which is found to have occurred must be made, if at all, under the broad provisions of s. 1. It must be admitted at once that the relationship between these two sections may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis. It is, however, important to keep them analytically distinct if for no other reason than the different attribution of the burden of proof. It is for the citizen to establish that his or her *Charter* right has been infringed and for the state to justify the infringement.

L'aspect qui distingue la *Charte* des autres lois est que l'examen de ces facteurs limitatifs est effectué en application de l'article premier. Cette Cour a décrit la façon analytique d'aborder la *Charte* dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et d'autres arrêts, dont la caractéristique essentielle est que l'analyse des articles qui garantissent les droits doit demeurer distincte de celle de l'article premier. En d'autres termes, la première question à laquelle il faut répondre lorsqu'on est confronté à un problème soulevé en vertu de la *Charte* est de savoir s'il y a eu atteinte à un droit garanti. Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier. Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation.

Approaches to s. 15(1)

Three main approaches have been adopted in determining the role of s. 15(1), the meaning of discrimination set out in that section, and the relationship of s. 15(1) and s. 1. The first one, which was advanced by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) would treat every distinction drawn by law as discrimination under s. 15(1). There would then follow a consideration of the distinction under the

Les interprétations du par. 15(1)

Trois points de vue principaux ont été adoptés pour déterminer le rôle du par. 15(1), le sens du terme «discrimination» contenu dans cet article et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. Le premier, proposé par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), considère que toute distinction établie par la loi est discriminatoire au sens du par. 15(1). Il faudrait alors examiner cette

provisions of s. 1 of the *Charter*. He said, at pp. 800-801:

I conclude that s. 15 should be interpreted as providing for the universal application of every law. When a law draws a distinction between individuals, on any ground, that distinction is sufficient to constitute a breach of s. 15, and to move the constitutional issue to s. 1. The test of validity is that stipulated by s. 1, namely, whether the law comes within the phrase "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

He reached this conclusion on the basis that, where the *Charter* right is expressed in unqualified terms, s. 1 supplies the standard of justification for any abridgment of the right. He argued that the word "discrimination" in s. 15(1) could be read as introducing a qualification in the section itself, but he preferred to read the word in a neutral sense because this reading would immediately send the matter to s. 1, which was included in the *Charter* for this purpose.

The second approach put forward by McLachlin J.A. in the Court of Appeal involved a consideration of the reasonableness and fairness of the impugned legislation under s. 15(1). She stated, as has been noted above, at p. 610:

The ultimate question is whether a fair-minded person, weighing the purposes of legislation against its effects on the individuals adversely affected, and giving due weight to the right of the Legislature to pass laws for the good of all, would conclude that the legislative means adopted are unreasonable or unfair.

She assigned a very minor role to s. 1 which would, it appears, be limited to allowing in times of emergency, war, or other crises the passage of discriminatory legislation which would normally be impermissible.

A third approach, sometimes described as an "enumerated or analogous grounds" approach, adopts the concept that discrimination is generally

distinction en fonction des dispositions de l'article premier de la *Charte*. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 800 et 801:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il faudrait considérer que l'art. 15 prévoit l'application universelle de chaque loi. Lorsqu'une loi établit des distinctions entre individus, pour quelque motif que ce soit, cette distinction est suffisante pour constituer une violation de l'art. 15 et pour que la question constitutionnelle tombe dans le champ d'application de l'article premier. Le critère de validité est celui prescrit par l'article premier, c'est-à-dire, si la loi comporte, selon l'expression, «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Il est arrivé à cette conclusion en s'appuyant sur le fait que, lorsque le droit garanti par la *Charte* est exprimé en des termes qui ne comportent aucune restriction, l'article premier fournit la norme de justification pour toute restriction apportée au droit en question. Il a soutenu qu'on pouvait considérer que le terme «discrimination» employé au par. 15(1) introduisait une réserve dans la disposition elle-même, mais il a préféré accorder au terme un sens neutre puisque cette interprétation renverrait l'affaire immédiatement à l'article premier qui a été inclus à cette fin dans la *Charte*.

Le deuxième point de vue, avancé par le juge McLachlin de la Cour d'appel, comporte un examen du caractère raisonnable et juste de la loi attaquée en vertu du par. 15(1). Elle a déclaré, à la p. 610, comme nous l'avons déjà mentionné:

[TRADUCTION] La question ultime est de savoir si une personne impartiale, qui soupèse les objets de la loi en fonction de ses effets sur les personnes lésées et qui accorde l'importance voulue au droit de la législature d'adopter des lois pour le bien de tous, conclurait que les moyens législatifs adoptés sont déraisonnables ou injustes.

Elle n'a accordé qu'un rôle mineur à l'article premier qui semblerait ne permettre l'adoption de mesures législatives discriminatoires, qui seraient généralement inadmissibles, qu'en temps d'urgence, de guerre ou d'autres crises.

Un troisième point de vue, parfois qualifié de méthode des «motifs énumérés ou analogues», adopte la notion selon laquelle la discrimination

expressed by the enumerated grounds. Section 15(1) is designed to prevent discrimination based on these and analogous grounds. The approach is similar to that found in human rights and civil rights statutes which have been enacted throughout Canada in recent times. The following excerpts from the judgment of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at pp. 367-69, illustrate this approach:

The rights which it [s. 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

The answer, in my view, is that the text of the section itself contains its own limitations. It only proscribes discrimination amongst the members of categories which are themselves similar. Thus the issue, for each case, will be to know which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. It is only in those cases where the categories themselves are not permissible, where equals are not treated equally, that there will be a breach of equality rights.

. . .

As far as the text of section 15 itself is concerned, one may look to whether or not there is "discrimination", in the pejorative sense of that word, and as to whether the categories are based upon the grounds enumerated or grounds analogous to them. The inquiry, in effect, concentrates upon the personal characteristics of those who claim to have been unequally treated. Questions of stereotyping, of historical disadvantagement, in a word, of prejudice, are the focus and there may even be a recognition that for some people equality has a different meaning than for others.

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words "without discrimination" require more than

est généralement définie par les motifs énumérés. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher la discrimination fondée sur ces motifs et des motifs analogues. Ce point de vue est semblable à celui que l'on trouve dans les lois sur les droits de la personne adoptées récemment au Canada. Les extraits suivants des motifs du juge Hugessen dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, précité, aux pp. 367 à 369, illustrent cela:

Les droits qu'il [art. 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c'était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d'établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. L'exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l'article premier pour la plupart des textes législatifs, l'autre choix étant l'anarchie, il existe un risque réel de paradoxe: plus grande sera la portée de l'article 15 plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.

À mon avis, la réponse est que le texte de l'article lui-même contient ses propres limites. Il interdit seulement la discrimination parmi les membres de catégories qui sont elles-mêmes analogues. Par conséquent, la question dans chaque cas sera de savoir quelles catégories permettent de déterminer la similitude de situation et quelles ne le permettent pas. C'est seulement dans ces cas où les catégories elles-mêmes ne le permettent pas, où les égaux ne sont pas traités également, qu'il y aura une atteinte aux droits à l'égalité.

. . .

Dans la mesure où le texte de l'article 15 lui-même est visé, on peut voir s'il y a ou non de la «discrimination», au sens péjoratif de ce terme et si les catégories sont fondées ou non sur des motifs énumérés ou des motifs analogues à ceux-ci. L'examen porte en fait sur les caractéristiques personnelles de ceux qui prétendent avoir été traités de manière inégale. L'examen porte principalement sur les questions de stéréotype, de désavantage historique, en un mot, de préjudice et l'on peut même reconnaître que pour certaines personnes le terme égalité a un sens différent de ce qu'il a pour d'autres personnes.

Selon ce point de vue, l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige

a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

I would accept the criticisms of the first approach made by McLachlin J.A. in the Court of Appeal. She noted that the labelling of every legislative distinction as an infringement of s. 15(1) trivializes the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and, secondly, that to interpret "without discrimination" as "without distinction" deprives the notion of discrimination of content. She continued, at p. 607:

> Third, it cannot have been the intention of Parliament that the government be put to the requirement of establishing under s. 1 that all laws which draw distinction between people are "demonstrably justified in a free and democratic society". If weighing of the justifiability of unequal treatment is neither required or permitted under s. 15, the result will be that such universally accepted and manifestly desirable legal distinctions as those prohibiting children or drunk persons from driving motor vehicles will be viewed as violations of fundamental rights and be required to run the gauntlet of s. 1.
>
> Finally, it may further be contended that to define discrimination under s. 15 as synonymous with unequal treatment on the basis of personal classification will be to elevate s. 15 to the position of subsuming the other rights and freedoms defined by the Charter.

In rejecting the Hogg approach, I would say that it draws a straight line from the finding of a distinction to a determination of its validity under s. 1, but my objection would be that it virtually denies any role for s. 15(1).

I would reject, as well, the approach adopted by McLachlin J.A. She seeks to define discrimination under s. 15(1) as an unjustifiable or unreasonable distinction. In so doing she avoids the mere distinction test but also makes a radical departure from

davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

Je suis d'avis d'accepter les critiques formulées par le juge McLachlin à l'égard de la première interprétation. Elle a souligné, premièrement, que qualifier chaque distinction législative de violation du par. 15(1) a pour effet de banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et, deuxièmement, qu'interpréter l'expression «indépendamment de toute discrimination» comme signifiant «sans distinction» dépouille de tout contenu la notion de discrimination. Elle a poursuivi, à la p. 607.

> [TRADUCTION] Troisièmement, le Parlement n'a pu avoir l'intention d'exiger du gouvernement qu'il démontre, en application de l'article premier, que toutes les lois qui établissent des distinctions entre les individus ont une «justification [qui] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si l'évaluation du caractère justifiable d'un traitement inégal n'est ni exigée ni permise en vertu de l'art. 15, il s'ensuivra que des distinctions légales universellement acceptées et manifestement souhaitables, comme l'interdiction faite aux enfants et aux personnes en état d'ébriété de conduire un véhicule à moteur, seront considérées comme des violations de droits fondamentaux et devront être soumises à l'épreuve de l'article premier.
>
> Enfin, il est également possible de prétendre que définir la discrimination au sens de l'art. 15 comme synonyme de traitement inégal fondé sur une classification personnelle aura pour effet de donner à l'art. 15 une importance telle qu'il subsumerait les autres droits et libertés définis par la Charte.

Rejetant le point de vue de Hogg, je dirais qu'il relie directement la constatation de l'existence d'une distinction à la détermination de sa validité en vertu de l'article premier, mais mon objection résiderait dans le fait qu'il n'accorde pratiquement aucun rôle au par. 15(1).

Je rejetterais également le point de vue adopté par le juge McLachlin. Elle tente de définir la discrimination au sens du par. 15(1) comme une distinction injustifiable ou déraisonnable. Ce faisant, elle esquive le critère de la simple distinction,

the analytical approach to the *Charter* which has been approved by this Court. In the result, the determination would be made under s. 15(1) and virtually no role would be left for s. 1.

The third or "enumerated and analogous grounds" approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and — where s. 15(2) is not applicable — any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1. This approach would conform with the directions of this Court in earlier decisions concerning the application of s. 1 and at the same time would allow for the screening out of the obviously trivial and vexatious claim. In this, it would provide a workable approach to the problem.

It would seem to me apparent that a legislative distinction has been made by s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* between citizens and non-citizens with respect to the practice of law. The

mais elle s'éloigne aussi radicalement de la façon analytique d'aborder la *Charte* qui a été approuvée par cette Cour. En définitive, la décision serait prise en vertu du par. 15(1), ce qui aurait pour effet de dépouiller pratiquement de tout rôle l'article premier.

Le troisième point de vue, celui des «motifs énumérés et analogues», correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l'article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier. Ce point de vue serait conforme aux directives données par cette Cour dans des arrêts antérieurs portant sur l'application de l'article premier et permettrait en même temps d'écarter les revendications manifestement futiles et vexatoires. À cet égard, il constituerait une façon pratique d'aborder le problème.

Il me semble évident que l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* établit une distinction entre ceux qui ont la citoyenneté canadienne et ceux qui ne l'ont pas au regard de la pratique du droit.

distinction would deny admission to the practice of law to non-citizens who in all other respects are qualified. Have the respondents, because of s. 42 of the Act, been denied equality before and under the law or the equal protection of the law? In practical terms it should be noted that the citizenship requirement affects only those non-citizens who are permanent residents. The permanent resident must wait for a minimum of three years from the date of establishing permanent residence status before citizenship may be acquired. The distinction therefore imposes a burden in the form of some delay on permanent residents who have acquired all or some of their legal training abroad and is, therefore, discriminatory.

Cette distinction empêcherait ceux qui n'ont pas la citoyenneté d'être admis à la pratique du droit même s'ils se qualifient à tous autres égards. Les intimés ont-ils, en raison de l'art. 42, été privés de l'égalité devant la loi et dans la loi, ou encore de l'égalité de protection de la loi? Il convient de noter qu'en pratique l'obligation d'être citoyen ne touche que ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui sont résidents permanents. Avant de pouvoir obtenir la citoyenneté, le résident permanent doit attendre un minimum de trois ans à compter de la date où il établit sa résidence permanente. La distinction impose ainsi un fardeau, sous la forme d'un délai, aux résidents permanents qui ont reçu, en totalité ou en partie, leur formation juridique à l'étranger, et elle est donc discriminatoire.

The rights guaranteed in s. 15(1) apply to all persons whether citizens or not. A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights. Non-citizens, lawfully permanent residents of Canada, are — in the words of the U.S. Supreme Court in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-53, n. 4, subsequently affirmed in *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), at p. 372 — a good example of a "discrete and insular minority" who come within the protection of s. 15.

Les droits que garantit le par. 15(1) s'appliquent à tous sans égard à la citoyenneté. À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15. Ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple, pour reprendre l'expression de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4, confirmé par la suite dans l'arrêt *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), à la p. 372, d'une [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15.

Section 1

L'article premier

Having accepted the proposition that s. 42 has infringed the right to equality guaranteed in s. 15, it remains to consider whether, under the provisions of s. 1 of the *Charter*, the citizenship requirement which is clearly prescribed by law is a reasonable limit which can be "demonstrably justified in a free and democratic society".

Ayant reconnu que l'art. 42 a violé le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, il reste à examiner si, en application des dispositions de l'article premier de la *Charte*, l'obligation d'être citoyen, clairement imposée par une règle de droit, est une limite raisonnable dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

The onus of justifying the infringement of a guaranteed *Charter* right must, of course, rest

La responsabilité de justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte* incombe évidemment

upon the parties seeking to uphold the limitation, in this case, the Attorney General of British Columbia and the Law Society of British Columbia. As is evident from the decisions of this Court, there are two steps involved in the s. 1 inquiry. First, the importance of the objective underlying the impugned law must be assessed. In *Oakes*, it was held that to override a *Charter* guaranteed right the objective must relate to concerns which are "pressing and substantial" in a free and democratic society. However, given the broad ambit of legislation which must be enacted to cover various aspects of the civil law dealing largely with administrative and regulatory matters and the necessity for the Legislature to make many distinctions between individuals and groups for such purposes, the standard of "pressing and substantial" may be too stringent for application in all cases. To hold otherwise would frequently deny the community-at-large the benefits associated with sound social and economic legislation. In my opinion, in approaching a case such as the one before us, the first question the Court should ask must relate to the nature and the purpose of the enactment, with a view to deciding whether the limitation represents a legitimate exercise of the legislative power for the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights. The second step in a s. 1 inquiry involves a proportionality test whereby the Court must attempt to balance a number of factors. The Court must examine the nature of the right, the extent of its infringement, and the degree to which the limitation furthers the attainment of the desirable goal embodied in the legislation. Also involved in the inquiry will be the importance of the right to the individual or group concerned, and the broader social impact of both the impugned law and its alternatives. As the Chief Justice has stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 768-69:

Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality

aux parties qui cherchent à maintenir la restriction, savoir en l'espèce le procureur général de la Colombie-Britannique et la Law Society of British Columbia. Comme il ressort des arrêts de cette Cour, l'examen fondé sur l'article premier comporte deux étapes. Premièrement, il faut évaluer l'importance de l'objectif qui sous-tend la mesure législative attaquée. Dans l'arrêt *Oakes*, on a décidé que pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» dans une société libre et démocratique. Cependant, étant donné la vaste portée des mesures législatives qui doivent être adoptées pour répondre à divers aspects du droit civil qui se rapportent dans une large mesure à des questions administratives et réglementaires, et compte tenu de la nécessité que la législature établisse de nombreuses distinctions entre les individus et les groupes à ces fins, il est possible que la norme des préoccupations «urgentes et réelles» soit trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas. Prétendre le contraire aurait souvent pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à une loi socio-économique juste. À mon avis, en abordant une affaire comme celle qui nous est soumise, la première question que devrait se poser le tribunal doit porter sur la nature et l'objet de la mesure législative en vue de décider si la restriction constitue un exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution. La deuxième étape d'un examen fondé sur l'article premier comporte l'application d'un critère de proportionnalité, en vertu duquel le tribunal doit tenter de soupeser un certain nombre de facteurs. Le tribunal doit examiner la nature du droit, l'étendue de sa violation et jusqu'à quel point la restriction permet d'atteindre l'objectif souhaitable contenu dans la mesure législative. L'examen porte aussi sur l'importance du droit en question pour l'individu ou le groupe visé et sur l'effet social plus général de la mesure législative attaquée et de ses solutions de rechange. Comme le Juge en chef l'a dit dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 768 et 769:

Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exi-

requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

I agree with this statement. There is no single test under s. 1; rather, the Court must carefully engage in the balancing of many factors in determining whether an infringement is reasonable and demonstrably justified.

The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*. However, it must be recognized that Parliament and the Legislatures have a right and a duty to make laws for the whole community: in this process, they must make innumerable legislative distinctions and categorizations in the pursuit of the role of government. When making distinctions between groups and individuals to achieve desirable social goals, it will rarely be possible to say of any legislative distinction that it is clearly the right legislative choice or that it is clearly a wrong one. As stated by the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, at pp. 781-82:

A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

In dealing with the many problems that arise legislatures must not be held to the standard of perfection, for in such matters perfection is unattainable. I would repeat the words of my colleague, La Forest J., in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, at p. 795:

By the foregoing, I do not mean to suggest that this Court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic society. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is

gence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Je suis d'accord avec cette affirmation. Il n'existe pas de critère unique en vertu de l'article premier; au contraire, la Cour doit soupeser avec soin un bon nombre de facteurs pour décider s'il s'agit d'une violation raisonnable dont la justification puisse être démontrée.

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*. Il faut cependant reconnaître que le Parlement et les législatures ont le pouvoir et le devoir d'adopter des lois pour l'ensemble de la collectivité: ce faisant, ils doivent établir d'innombrables distinctions et catégorisations législatives en remplissant leur rôle de gouvernement. En établissant des distinctions entre des groupes et des individus en vue d'atteindre des objectifs sociaux souhaitables, il sera rarement possible de dire d'une distinction législative qu'elle constitue clairement le bon choix législatif ou le mauvais. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, aux pp. 781 et 782:

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Pour traiter les nombreux problèmes qui se présentent, la perfection ne peut être exigée du législateur puisqu'en ces matières elle n'existe pas. Je reprends les propos tenus par mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, à la p. 795:

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres

no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures.

Disposition

I now turn to the case at bar. The appellant Law Society in oral argument stressed three points. It argued that the Court of Appeal was correct in its analysis of the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter* but that it erred in applying criteria properly to be considered in s. 1, in deciding whether there was a breach of s. 15(1). This argument has been discussed and disposed of above. It was further argued that the Court of Appeal erred in its consideration of the citizenship requirement in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, in failing to give proper weight to the importance of the role of the legal profession in the legal and governmental processes of the country and in failing to consider that Canadian citizenship could reasonably be regarded by the Legislature as a requirement for the practice of law. The Law Society argued as well that because of the important duties and powers accorded to lawyers, they do indeed play a vital role in the governmental processes of the country and that, while generally citizenship requirements are discriminatory in nature, the involvement of lawyers in the administration of justice justified the citizenship requirement. The Attorney General of British Columbia supported these arguments and, as well, argued that for the Court to intervene and strike down the citizenship requirement would exceed the proper limits of judicial review.

The respondents in general supported the judgment of the Court of Appeal. They argued that citizenship bears no clear relationship to an individual's personal and professional characteristics, and questioned the classification of lawyers as significant actors in the State, or governmental process. While conceding that a citizenship

groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées.

Dispositif

Je reviens maintenant à la présente affaire. La Law Society appelante a fait valoir trois points lors de sa plaidoirie. Elle a soutenu que la Cour d'appel a correctement analysé le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*, mais qu'elle a commis une erreur en appliquant le critère propre à l'examen fondé sur l'article premier pour déterminer s'il y avait eu violation du par. 15(1). Cet argument a déjà fait l'objet d'un examen et d'une décision. On a également soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur dans son examen de l'obligation d'être citoyen, contenue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, en ne reconnaissant pas toute l'importance du rôle de la profession juridique dans les processus judiciaire et gouvernemental du pays et en ne considérant pas que la citoyenneté canadienne pouvait raisonnablement être perçue par la législature comme une condition de la pratique du droit. La Law Society a également soutenu qu'en raison des devoirs et des pouvoirs importants conférés aux avocats, ceux-ci jouent effectivement un rôle essentiel dans le processus gouvernemental du pays et que, bien que les exigences en matière de citoyenneté soient généralement de nature discriminatoire, la participation des avocats à l'administration de la justice justifiait l'obligation d'être citoyen. Le procureur général de la Colombie-Britannique a accordé son appui à ces arguments et a soutenu également que si la Cour intervenait et annulait l'obligation d'être citoyen, elle outrepasserait les limites logiques du contrôle judiciaire.

Les intimés ont dans l'ensemble accordé leur appui à l'arrêt de la Cour d'appel. Ils ont soutenu que la citoyenneté n'a aucun lien clair avec les caractéristiques personnelles et professionnelles d'une personne et ils ont mis en doute la qualification des avocats comme étant des acteurs importants au sein de l'État ou dans le processus gouver-

requirement for many intimately concerned with the governing processes of the country would be proper and sustainable, it was argued that the relationship of the legal profession to government and the administration of justice was not such that the citizenship requirement could be considered as a reasonable requirement and that any "general helpfulness" of the citizenship requirement, in attaining the objectives of the *Barristers and Solicitors Act*, could not suffice to justify this form of discrimination against an individual. In essence, the difference between the parties centred on the question of the importance of the legal profession in the government of the country.

nemental. Tout en reconnaissant que l'obligation d'être citoyen serait justifiable et défendable à l'égard de nombreuses personnes intimement liées au processus gouvernemental du pays, on a soutenu que les rapports qu'entretenait la profession juridique avec le gouvernement ainsi qu'avec l'administration de la justice n'étaient pas de nature à permettre de considérer comme raisonnable l'obligation d'être citoyen et que [TRADUCTION] «l'utilité générale» de cette condition pour ce qui était de réaliser les objectifs de la *Barristers and Solicitors Act* ne pouvait suffire pour justifier cette forme de discrimination à l'égard d'un individu. La différence entre les thèses des parties porte essentiellement sur l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays.

There is no difficulty in determining that in general terms the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia is a statute enacted for a valid and desirable social purpose, the creation and regulation of the legal profession and the practice of law. The narrower question, however, is whether the requirement that only citizens be admitted to the practice of law in British Columbia serves a desirable social purpose of sufficient importance to warrant overriding the equality guarantee. It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. I would not attempt to answer the question arising from the judgments below as to whether the function of the profession may be termed judicial or *quasi*-judicial, but I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state. In the performance of what may be called his private function, that is, in advising on legal matters and in representing clients before the courts and other tribunals, the lawyer is accorded great powers not permitted to other professionals. As pointed out by Taylor J. at first instance, by the use of the subpoena which he alone can procure on behalf of another, he can compel attendance upon examinations before trial and at trial upon pain of legal sanction for refusal. He may, as well, require the production of docu-

On peut affirmer sans difficulté que, de façon générale, l'adoption de la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique vise un objectif social régulier et souhaitable, soit l'établissement et la réglementation de la profession juridique et de la pratique du droit. Toutefois, la question plus restreinte qui se pose est de savoir si l'exigence que seuls les citoyens soient admis à la pratique du droit en Colombie-Britannique sert un objectif social souhaitable d'une importance suffisante pour justifier la suppression de la garantie d'égalité. Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile. Je n'essaierai pas de répondre à la question que soulèvent les décisions des tribunaux d'instance inférieure et qui consiste à savoir si le rôle de la profession juridique peut être qualifié de judiciaire ou de quasi judiciaire, mais je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. Dans l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales. Comme le soulignait le juge

ments and records for examination and use in the proceedings. He may in some cases require the summoning of jurors, the sittings of courts and, in addition, he may make the fullest inquiry into the matters before the court with a full privilege against actions for slander arising out of his conduct in the court. The solicitor is also bound by the solicitor and client privilege against the disclosure of communications with his client concerning legal matters. This is said to be the only absolute privilege known to the law. Not only may the solicitor decline to disclose solicitor and client communications, the courts will not permit him to do so. This is a privilege against all comers, including the Crown, save where the disclosure of a crime would be involved. The responsibilities involved in its maintenance and in its breach where crimes are concerned are such that citizenship with its commitment to the welfare of the whole community is not an unreasonable requirement for the practice of law. While it may be arguable whether the lawyer exercises a judicial, *quasi*-judicial, or governmental role, it is clear that at his own discretion he can invoke the full force and authority of the State in procuring and enforcing judgments or other remedial measures which may be obtained. It is equally true that in defending an action he has the burden of protecting his client from the imposition of such state authority and power. By any standard, these powers and duties are vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community.

The lawyer has, as well, what may be termed a public function. Governments at all levels, federal, provincial and municipal, rely extensively upon lawyers, both in technical and policy matters. In the drafting of legislation, regulations, treaties,

Taylor en première instance, l'avocat peut, au moyen du subpoena qu'il est le seul à pouvoir obtenir au nom d'un autre, contraindre un témoin à se présenter à un interrogatoire préalable et à un procès, sous peine de sanction prévue par la loi. Il peut également exiger la production de documents et de dossiers en vue d'un interrogatoire et de leur utilisation dans les procédures. Il peut parfois demander que des jurés soient assignés, que des tribunaux siègent et il peut, en outre, effectuer l'examen le plus complet des questions soumises au tribunal et bénéficier d'une immunité absolue contre les actions en diffamation découlant de sa conduite devant le tribunal. L'avocat est également lié par le secret professionnel qui lui interdit de divulguer les renseignements que son client lui communique relativement à des procédures judiciaires. Il s'agit là, dit-on, du seul privilège absolu que l'on connaisse en droit. Non seulement l'avocat peut-il refuser de divulguer les renseignements que lui communique son client, mais encore les tribunaux ne l'autoriseront pas à le faire. Ce privilège est opposable à tous, y compris à la Couronne, sauf s'il est question de la découverte d'un crime. Les responsabilités liées à sa préservation et à sa violation, lorsqu'il est question d'un crime, sont telles que la citoyenneté et l'engagement qu'elle comporte envers le bien-être de toute la collectivité ne constituent pas une exigence déraisonnable pour pratiquer le droit. Bien que la question de savoir si l'avocat exerce un rôle judiciaire, quasi judiciaire ou gouvernemental soit discutable, il est clair qu'il lui est loisible d'invoquer l'autorité et les pleins pouvoirs de l'État pour obtenir et mettre à exécution des jugements et autres mesures de redressement qui peuvent être obtenues. Il est également vrai qu'à titre d'avocat de la défense, il a l'obligation de protéger son client contre l'exercice de cette autorité et de ces pouvoirs de l'État. Peu importe la norme qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

L'avocat exerce aussi ce que l'on peut appeler des fonctions de nature publique. Tous les gouvernements, fédéral, provinciaux et municipaux, comptent beaucoup sur les avocats en matière de procédure et d'élaboration de politiques. Les avo-

agreements and other governmental documents and papers lawyers play a major role. In various aspects of this work they are called upon to advise upon legal and constitutional questions which frequently go to the very heart of the governmental role. To discharge these duties, familiarity is required with Canadian history, constitutional law, regional differences and concerns within the country and, in fact, with the whole Canadian governmental and political process. It is entirely reasonable, then, that legislators consider and adopt measures designed to maintain within the legal profession a body of qualified professionals with a commitment to the country and to the fulfilment of the important tasks which fall to it.

McLachlin J.A. was of the view that the citizenship requirement would not ensure familiarity with Canadian institutions and customs, nor would it ensure a commitment to Canada going beyond one involved in the concept of allegiance, as recognized by the taking of an oath of allegiance. I would agree with her that the desired results would not be insured by the citizenship requirement but I would observe, at the same time, that no law will ever ensure anything. To abolish the requirement of citizenship on the basis that it would fail to insure the attainment of its objectives would, in my view, be akin to abolishing the law against theft, for it has certainly not insured the elimination of that crime. Citizenship, however, which requires the taking on of obligations and commitments to the community, difficult sometimes to describe but felt and understood by most citizens, as well as the rejection of past loyalties may reasonably be said to conduce to the desired result.

I would observe, as well, that the comment of McLachlin J.A. that the citizenship requirement was first adopted in British Columbia in 1971 requires some explanation. I do not think that the historical argument should be pushed too far: things need not always remain as once they were although, as noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*

cats jouent un rôle capital dans la rédaction de lois, de règlements, de traités, d'accords et d'autres documents gouvernementaux. Ils sont appelés, dans divers aspects de ce travail, à donner des avis sur des questions juridiques et constitutionnelles qui, fréquemment, touchent directement à la fonction de gouvernement. L'exécution de ces fonctions exige de l'avocat qu'il connaisse bien l'histoire du Canada, le droit constitutionnel, les disparités et les préoccupations régionales au sein du pays et, en fait, tout le processus gouvernemental et politique canadien. Il est alors tout à fait raisonnable que les législateurs examinent et adoptent des mesures pour assurer la présence au sein de la profession juridique d'un ensemble de professionnels compétents, engagés envers le pays et dévoués à l'exécution des tâches importantes qui leur incombent.

Le juge McLachlin était d'avis que l'obligation d'être citoyen ne permettait pas de garantir la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes, pas plus qu'elle ne permettait de garantir un engagement envers le Canada allant au-delà de celui inhérent à la notion d'allégeance, que représente la prestation du serment d'allégeance. Je suis d'accord avec elle pour dire que l'obligation d'être citoyen ne permettait pas d'assurer la réalisation des résultats souhaités, mais je tiens à souligner en même temps qu'aucune loi ne peut tout garantir. Abolir l'obligation d'être citoyen pour le motif qu'elle ne permettait pas d'assurer la réalisation de ses objectifs me semble revenir au même qu'abolir la règle de droit interdisant de voler puisque cette règle n'a sûrement pas assuré l'élimination de ce crime. Cependant, on peut raisonnablement affirmer que la citoyenneté, qui comporte des obligations et des engagements qui sont parfois difficiles à définir mais que ressentent et comprennent la plupart des citoyens, ainsi que la renonciation à d'anciennes allégeances, mène au résultat souhaité.

Je tiens également à souligner que la remarque du juge McLachlin selon laquelle l'obligation d'être citoyen a d'abord été adoptée en Colombie-Britannique en 1971 exige certaines explications. Je ne crois pas qu'il faille trop insister sur l'argument historique. Les choses peuvent changer, même si comme on l'a souligné dans l'arrêt *R. c.*

and *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, *Charter* construction should be consistent with the history, traditions and social philosophies of our society. The concept of citizenship has been a requirement for entry into the legal profession in British Columbia from its earliest days. When the Law Society was formed in 1874 the profession was open to British subjects. At that time, the idea of a separate Canadian citizenship, as distinct from the general classification of British subject which included Canadians, was scarcely known — though as early as 1910, *Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, the term "Canadian citizen" was defined for the purposes of the *Immigration Act* as a "British subject who has Canadian domicile". The concept of citizenship in those early days was embodied in the expression, British subject, and thus it was recognized as a requirement for entry into the legal profession in British Columbia. As Canada moved away from its colonial past, a separate identity for Canadians emerged and in 1946 with the passage of *The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15, the term, Canadian citizen, was formally recognized, giving effect to what had long been felt and accepted by most Canadians. In adopting the term as a qualification for entry into the legal profession in British Columbia, the Legislature was merely continuing its earlier requirement that the concept of citizenship, as then recognized in the term "British subject", be necessary for entry into the profession.

Public policy, of which the citizenship requirement in the *Barristers and Solicitors Act* is an element, is for the Legislature to establish. The role of the *Charter*, as applied by the courts, is to ensure that in applying public policy the Legislature does not adopt measures which are not sustainable under the *Charter*. It is not, however, for the courts to legislate or to substitute their views on public policy for those of the Legislature. I would repeat for ease of reference the words of the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82:

Big M Drug Mart Ltd. et le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précités, l'interprétation de la *Charte* devrait être conforme à l'histoire, aux traditions et aux philosophies sociales de notre société. La citoyenneté est une condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique depuis le tout début. Lorsque la Law Society a été formée en 1874, les sujets britanniques pouvaient y être admis. À cette époque, l'idée d'une citoyenneté canadienne distincte de la classification générale des sujets britanniques qui comprenait les Canadiens était peu répandue, bien que dès 1910 on définissait l'expression «citoyen canadien» ou «citoyen du Canada», pour les fins de la *Loi de l'immigration*, S.C. 1910, chap. 27, comme désignant un «sujet britannique qui a un domicile au Canada». La notion de citoyenneté était, à cette époque, comprise dans l'expression «sujet britannique» et c'est ainsi qu'elle est devenue une condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique. Le Canada se détachant de son passé colonial, les Canadiens se sont retrouvés avec une identité distincte et l'expression «citoyen canadien» a été officiellement reconnue en 1946 avec l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, chap. 15, mettant ainsi à effet ce que la plupart des Canadiens ressentaient et acceptaient depuis longtemps. En adoptant l'expression comme condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique, la législature n'a fait que respecter ce qu'elle avait toujours exigé, c'est-à-dire que la citoyenneté, reconnue alors dans l'expression «sujet britannique», soit nécessaire à l'admission à la profession.

Il appartient à la législature d'établir la politique générale dont fait partie l'obligation d'être citoyen prescrite dans la *Barristers and Solicitors Act*. Le rôle de la *Charte*, appliquée par les tribunaux, est de veiller à ce que la législature, en appliquant cette politique générale, n'adopte pas de mesures qui ne puissent être défendables en vertu de la *Charte*. Cependant, il n'appartient pas aux tribunaux de légiférer ou de substituer leur opinion en matière de politique générale à celle de la législature. Pour en faciliter la consultation, je vais reprendre les propos tenus par le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782:

A "reasonable limit" is one which having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

The function of the Court is to measure the legislative enactment against the requirements of the *Charter* and where the enactment infringes the *Charter*, in this case the provisions of s. 15(1), and is not sustainable under s. 1, the remedial power of the Court is set out in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*: "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

The essence of s. 1 is found in the expression "reasonable" and it is for the Court to decide if s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia is a reasonable limit. In reaching the conclusion that it is, I would say that the legislative choice in this regard is not one between an answer that is clearly right and one that is clearly wrong. Either position may well be sustainable and, as noted by the Chief Justice, *supra*, the Court is not called upon to substitute its opinion as to where to draw the line. The Legislature in fixing public policy has chosen the citizenship requirement and, unless the Court can find that choice unreasonable, it has no power under the *Charter* to strike it down or, as has been said, no power to invade the legislative field and substitute its views for that of the Legislature. In my view, the citizenship requirement is reasonable and sustainable under s. 1. It is chosen for the achievement of a desirable social goal: one aspect of the due regulation and qualification of the legal profession. This is an objective of importance and the measure is not disproportionate to the object to be attained. The maximum delay imposed upon the non-citizen from the date of acquisition of permanent resident status is three years. It will frequently be less. No impediment is put in the way of obtaining citizenship. In fact, the policy of the Canadian government is to encourage the newcomer to become a citizen. It is reasonable, in my view, to expect that the newcomer who seeks to gain the privileges and status within the land and the right to exercise the

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Le rôle des tribunaux consiste à soupeser la mesure législative en fonction des exigences de la *Charte* et, lorsque la mesure porte atteinte à la *Charte*, en l'espèce les dispositions du par. 15(1), et ne peut être défendable en vertu de l'article premier, le pouvoir de redressement des tribunaux est établi à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution [. . .] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

L'essence de l'article premier réside dans le terme «raisonnables» et il appartient à la Cour de décider si l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique constitue une limite raisonnable. En décidant qu'il s'agit d'une limite raisonnable, je dirais que le choix de la législature à cet égard ne s'exerce pas entre une mesure qui est nettement bonne et une autre qui est nettement mauvaise. Les deux mesures peuvent bien être défendables et comme le Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt précité, la Cour n'est pas appelée à substituer son opinion quant à l'endroit où tracer la ligne de démarcation. En établissant la politique générale, la législature a choisi l'obligation d'être citoyen et, à moins que la Cour ne soit en mesure de déclarer ce choix déraisonnable, la *Charte* ne lui confère pas le pouvoir de l'annuler ni, comme on l'a déjà dit, de s'immiscer dans le champ législatif et de substituer son opinion à celle de la législature. À mon avis, l'obligation d'être citoyen est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier. On l'a choisie en vue d'atteindre un objectif social souhaitable: un aspect de la réglementation et des compétences nécessaires de la profession juridique. Il s'agit d'un objectif important et la mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de résident permanent. Ce délai est souvent moindre. L'obtention de la citoyenneté n'est contrecarrée par aucun obsta-

great powers that admission to the practice of law will give should accept citizenship and its obligations as well as its advantages and benefits. I would therefore allow the appeal and restore the judgment at trial. I would answer the constitutional questions as follows:

Q. (1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

Q. (2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the application to aliens of the "equality" provision of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1), which for convenience of reference I reproduce here:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

At issue is whether s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, by restricting admission to the Bar of British Columbia to Canadian citizens, violates s. 15(1).

cle. D'ailleurs, la politique du gouvernement du Canada est d'encourager les nouveaux arrivants à devenir citoyens canadiens. À mon avis, il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de première instance et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Q. (1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Q. (2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire porte sur l'application aux étrangers de la disposition en matière d'«égalité» du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que je reproduis ici pour en faciliter le renvoi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La question en litige est de savoir si l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, viole le par. 15(1) en limitant l'admission au Barreau de la Colombie-Britannique aux citoyens canadiens.

My colleague, Justice McIntyre, has set forth the facts and the judicial history of this appeal and it is unnecessary for me to repeat them. Nor need I enter into an extensive examination of the law regarding the meaning of s. 15(1), because in so far as it is relevant to this appeal I am in substantial agreement with the views of my colleague. I hasten to add that the relevant question as I see it is restricted to whether the impugned provision amounts to discrimination in the sense in which my colleague has defined it, i.e., on the basis of "irrelevant personal differences" such as those listed in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation.

I am not prepared to accept at this point that the only significance to be attached to the opening words that refer more generally to equality is that the protection afforded by the section is restricted to discrimination through the application of law. It is possible to read s. 15 in this way and I have no doubt that on any view redress against that kind of discrimination will constitute the bulk of the courts' work under the provision. Moreover, from the manner in which it was drafted, I also have no doubt that it was so intended. However, it can reasonably be argued that the opening words, which take up half the section, seem somewhat excessive to accomplish the modest role attributed to them, particularly having regard to the fact that s. 32 already limits the application of the *Charter* to legislation and governmental activity. It may also be thought to be out of keeping with the broad and generous approach given to other *Charter* rights, not the least of which is s. 7, which like s. 15 is of a generalized character. In the case of s. 7, it will be remembered, the Court has been at pains to give real meaning to each word of the section so as to ensure that the rights to life, liberty and security of the person are separate, if closely related rights.

Mon collègue le juge McIntyre a présenté un énoncé des faits et un historique des procédures de cette affaire et je n'ai pas à les reprendre ici. Il ne m'est pas nécessaire non plus d'entreprendre un examen en profondeur de l'état du droit concernant le sens du par. 15(1) parce que dans la mesure où cela est pertinent en l'espèce, je partage essentiellement l'opinion de mon collègue. Je m'empresse d'ajouter qu'à mon avis la question pertinente consiste seulement à savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination au sens où l'a définie mon collègue, c.-à-d. de la discrimination fondée sur des [TRADUCTION] «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne.

Je ne suis pas disposé à accepter, pour l'instant, que la seule signification qu'il faut prêter aux termes préliminaires qui se rapportent plus généralement à l'égalité, c'est que la protection accordée par l'article est restreinte à la discrimination qui résulte de l'application de la loi. Il est possible d'interpréter l'art. 15 de cette façon et je suis certain que, de toute manière, le redressement contre ce genre de discrimination constituera la majeure partie du travail que les tribunaux seront appelés à effectuer sous le régime de cette disposition. De plus, je suis également certain, compte tenu de la façon dont l'article a été rédigé, que c'est ce qu'on a voulu. Cependant, on peut raisonnablement prétendre que les termes préliminaires, qui représentent la moitié de l'article, semblent quelque peu démesurés pour accomplir le modeste rôle qui leur est attribué, surtout si l'on tient compte du fait que l'art. 32 limite déjà l'application de la *Charte* aux lois et aux activités gouvernementales. Il est également permis de croire qu'ils ne s'accordent pas avec l'interprétation large et libérale donnée aux autres droits de la *Charte*, notamment à l'art. 7 qui, à l'instar de l'art. 15, est de nature générale. Dans le cas de l'art. 7, on se souviendra que la Cour s'est efforcée d'attribuer à chaque terme de l'article son sens véritable afin d'assurer que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne soient distincts quoique intimement liés.

That having been said, I am convinced that it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. Like my colleague, I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional competence of the courts: their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions.

I realize that it is no easy task to distinguish between what is fundamental and what is not and that in this context this may demand consideration of abstruse theories of equality. For example, there may well be legislative or governmental differentiation between individuals or groups that is so grossly unfair to an individual or group and so devoid of any rational relationship to a legitimate state purpose as to offend against the principle of equality before and under the law as to merit intervention pursuant to s. 15. For these reasons I would think it better at this stage of *Charter* development to leave the question open. I am aware that in the United States, where Holmes J. has referred to the equal protection clause there as the "last resort of constitutional arguments" (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), at p. 208), the courts have been extremely reluctant to interfere with legislative judgment. Still, as I stated, there may be cases where it is indeed the last constitutional resort to protect the individual from fundamental unfairness. Assuming there is room under s. 15 for judicial intervention beyond the traditionally established and analogous policies against discrimination discussed by my colleague, it bears repeating that considerations of institutional functions and resources should make courts extremely wary about questioning legislative and governmental choices in such areas.

Cela étant dit, je suis convaincu qu'en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. À l'instar de mon collègue, je ne suis pas prêt à accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux: leur rôle est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe.

Je conçois que ce n'est pas une mince tâche que de distinguer ce qui est fondamental de ce qui ne l'est pas et que, dans ce contexte, il puisse se révéler nécessaire d'examiner d'obscures théories de l'égalité. Par exemple, il se peut fort bien qu'une différenciation d'individus ou de groupes par une loi ou un gouvernement s'avère tellement injuste pour un individu ou un groupe et tellement dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l'État qu'elle viole le principe de l'égalité devant la loi et dans la loi et justifie ainsi une intervention conformément à l'art. 15. Pour ces motifs, je pense qu'il est préférable à cette étape de l'évolution de la *Charte* de laisser la question en suspens. Je sais qu'aux États-Unis, où le juge Holmes a qualifié la disposition sur l'égalité de protection qu'on y trouve [TRADUCTION] d'«argument constitutionnel de dernier ressort» (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), à la p. 208), les tribunaux hésitent énormément à intervenir dans les décisions législatives. Néanmoins, comme je l'ai affirmé, il peut y avoir des cas où elle constitue effectivement le dernier recours constitutionnel visant à protéger l'individu contre une injustice fondamentale. À supposer que les tribunaux puissent, en vertu de l'art. 15, intervenir au-delà des politiques traditionnelles et analogues de non-discrimination analysées par mon collègue, il convient de répéter que, pour des considérations de fonctions et de ressources institutionnelles, les tribunaux devraient hésiter au plus haut point à remettre en question les choix législatifs et gouvernementaux dans ces domaines.

As I have indicated, however, this issue does not arise here. For we are concerned in this case with whether or not the legislation amounts to discrimination of a kind similar to those enumerated in s. 15. It was conceded that the impugned legislation does distinguish the respondents from other persons on the basis of a personal characteristic which shares many similarities with those enumerated in s. 15. The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

Moreover, non-citizens are an example without parallel of a group of persons who are relatively powerless politically, and whose interests are likely to be compromised by legislative decisions. History reveals that Canada did not for many years resist the temptation of enacting legislation the animating rationale of which was to limit the number of persons entering into certain employment. Discrimination on the basis of nationality has from early times been an inseparable companion of discrimination on the basis of race and national or ethnic origin, which are listed in s. 15. Professor Ivan L. Head traces the history of this intolerance in Canada, from early common law restrictions on inheritance and landowning to more modern developments; see "The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada", [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107. Especially germane to this issue are the many instances Professor Head recites of provincial legislation aimed at reducing the opportunities available to aliens in the workplace (pp. 127-28). Since some impediment to these strategies existed by reason of the federal legislative power over naturalization and aliens (see *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580), the provinces had recourse to a number of devices to achieve its objectives. Thus, as Head points out at p. 128, "inclusion on the voter's list became a prerequisite for all sorts of economic activity: for admission to professional societies, for obtaining land logger's licences; for obtaining a

Comme je l'ai cependant indiqué, cette question ne se pose pas ici. En effet, nous nous intéressons en l'espèce à la question de savoir si la mesure législative établit une discrimination d'un genre semblable à celles énumérées à l'art. 15. On a reconnu que la mesure législative contestée distingue les intimés d'autres personnes en fonction d'une caractéristique personnelle qui comporte plusieurs traits communs avec celles énumérées à l'art. 15. La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable.

En outre, les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un exemple unique d'un groupe de personnes qui sont relativement dépourvues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives. L'histoire nous apprend que, pendant de nombreuses années, le Canada n'a pas résisté à la tentation d'adopter des lois visant essentiellement à limiter le nombre de personnes qui pouvaient accéder à certains emplois. La discrimination fondée sur la nationalité a, depuis les tout débuts, toujours accompagné la discrimination fondée sur la race et sur l'origine nationale ou ethnique qui sont des motifs énumérés à l'art. 15. Le professeur Ivan L. Head fait l'historique de cette intolérance au Canada depuis les premières restrictions apportées par la *common law* aux droits de succession et de propriété foncière jusqu'à nos jours; voir «The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada», [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107. Le professeur Head donne un bon nombre d'exemples, qui s'apparentent particulièrement à cette question, de lois provinciales visant à réduire les chances offertes aux étrangers dans le milieu du travail (pp. 127 et 128). Parce que ces stratégies faisaient face à certains obstacles découlant du pouvoir fédéral de légiférer en matière de naturalisation et d'aubains (voir *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580), les provinces devaient recourir à un certain nombre de mécanismes en vue de réaliser leurs objectifs. Ainsi, comme le souligne le profes-

beer licence." Restrictions regarding professions and trades were not limited to the legal profession; they extended to pharmacists, optometrists, bankers and others.

seur Head, à la p. 128, [TRADUCTION] «l'inscription sur la liste électorale devint une condition préalable à l'exercice de toutes sortes d'activités économiques: pour être admis à des corporations professionnelles, pour obtenir un permis de coupe de bois, pour obtenir un permis de vente de bière». Les restrictions applicables aux métiers et aux professions ne visaient pas seulement la profession juridique; elles s'appliquaient aussi aux pharmaciens, aux optométristes et aux banquiers notamment.

As Professor Head observes, the nation has gained maturity in this area and legislation aimed at creating "closed-door types of labour legislation" respecting aliens has tended to disappear. Here there was no allegation that the purpose of the legislation was based on discriminatory considerations; the argument centred rather around the adverse effects of the legislation. There is no real dispute that such adverse effects exist. The trial judge, Taylor J., set forth a number of situations, and there are certainly others, where this legislation could detrimentally affect a permanent resident of Canada who has not yet attained citizenship, the group which would normally be affected by the legislation. It can seriously delay them, frequently as they await the period necessary to acquire citizenship, in entering into the profession of their choice, a matter which, of course, may have important long-term implications for their future careers.

Comme le fait remarquer le professeur Head, le pays a atteint une certaine maturité dans ce domaine et les lois qui visaient à empêcher les étrangers d'occuper certains emplois ont eu tendance à disparaître. En l'espèce, les parties n'ont pas prétendu que l'objet de la loi en question était fondé sur des considérations discriminatoires; les arguments ont plutôt porté sur les effets préjudiciables de cette mesure législative. Personne ne conteste vraiment l'existence de ces effets préjudiciables. Le juge Taylor de première instance a fait état d'un certain nombre de situations, et il en existe certainement d'autres, où cette loi pourrait causer un préjudice à un résident permanent du Canada qui n'a pas encore obtenu la citoyenneté et qui fait partie du groupe qui serait normalement touché par la Loi. Parce qu'ils doivent souvent attendre l'expiration du délai nécessaire à l'obtention de la citoyenneté, la mesure législative peut sérieusement retarder leur admission à l'exercice de la profession de leur choix, ce qui risque évidemment d'avoir des répercussions importantes à long terme sur leur carrière future.

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives. I am sensitive to the fact that citizenship is a very special status that not only incorporates rights and duties but serves a highly important symbolic function as a badge identifying people as members of the Canadian polity. Nonetheless, it is, in general, irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. By and large, the use in legislation of citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for the purpose of condi-

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement. Je suis sensible au fait que la citoyenneté confère un statut très particulier qui ne comporte pas seulement des droits et des obligations, mais qui remplit la fonction très importante de symbole identifiant les gens comme membres de l'État canadien. Néanmoins, la citoyenneté n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. Dans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la

tioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society that are embodied in s. 15. Our nation has throughout its history drawn strength from the flow of people to our shores. Decisions unfairly premised on citizenship would be likely to "inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned and . . . such persons are likely not to have faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society, or to have confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development" (*Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154, at p. 161, per McDonald J. (Alta. Q.B.))

citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Tout au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l'habiter. Les décisions fondées injustement sur la citoyenneté seraient susceptibles de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n'est pas libre et démocratique en ce qui les concerne et [. . .] ces personnes risquent de ne pas avoir confiance dans les institutions politiques et sociales qui favorisent la participation des individus et des groupes dans la société et de ne pas croire qu'elles peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel» (*Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154, à la p. 161, le juge McDonald (B.R. Alb.))

While it cannot be said that citizenship is a characteristic which "bears no relation to the individual's ability to perform or contribute to society" (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), at p. 686), it certainly typically bears an attenuated sense of relevance to these. That is not to say that no legislative conditioning of benefits (for example) on the basis of citizenship is acceptable in the free and democratic society that is Canada, merely that legislation purporting to do so ought to be measured against the touchstone of our Constitution. It requires justification.

Bien qu'on ne puisse pas affirmer qu'elle est une caractéristique qui [TRADUCTION] «n'a aucun rapport avec l'aptitude d'un individu à fonctionner et à faire sa part dans la société» (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), à la p. 686), la citoyenneté comporte certainement un rapport atténué de pertinence avec celle-ci. Cela signifie non pas qu'aucune loi qui (par exemple) conditionne un avantage à l'obtention de la citoyenneté n'est acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais simplement que la loi qui paraît le faire devrait être soupesée en fonction de la pierre de touche de notre Constitution. Elle doit être justifiée.

I turn then to a consideration of the justifiability, fairness or proportionality of the scheme. I agree with McIntyre J. that any such justification must be found under s. 1 of the *Charter*, essentially because, in matters involving infringements of fundamental rights, it is entirely appropriate that government sustain the constitutionality of its conduct. I am in general agreement with what he has to say about the manner in which legislation must be approached under the latter provision, in particular the need for a proportionality test involving

Je vais donc examiner le caractère justifiable, l'équité ou la proportionnalité de la disposition. Je partage l'avis du juge McIntyre que cette justification doit se faire en vertu de l'article premier de la *Charte*, et ce, essentiellement parce qu'en matière de violation de droits fondamentaux, il est tout à fait approprié que le gouvernement démontre la constitutionnalité de sa conduite. D'une manière générale, je suis d'accord avec ce qu'il a à dire au sujet de la manière d'aborder la mesure législative en vertu de cette dernière disposition et, en parti-

a sensitive balancing of many factors in weighing the legislative objective. If I have any qualifications to make, it is that I prefer to think in terms of a single test for s. 1, but one that is to be applied to vastly differing situations with the flexibility and realism inherent in the word "reasonable" mandated by the Constitution.

The degree to which a free and democratic society such as Canada should tolerate differentiation based on personal characteristics cannot be ascertained by an easy calculus. There will rarely, if ever, be a perfect congruence between means and ends, save where legislation has discriminatory purposes. The matter must, as earlier cases have held, involve a test of proportionality. In cases of this kind, the test must be approached in a flexible manner. The analysis should be functional, focussing on the character of the classification in question, the constitutional and societal importance of the interests adversely affected, the relative importance to the individuals affected of the benefit of which they are deprived, and the importance of the state interest.

With deference, however, I am unable to agree with McIntyre J.'s application of these principles to the present case. I therefore turn to the task of balancing the objectives sought to be accomplished by the legislation against the means sought to achieve that objective. On this issue (though she performed the task under s. 15), I largely share the views expressed by McLachlin J.A. (now C.J.S.C.) in the Court of Appeal. See (1986), 27 D.L.R. (4th) 600.

While there is no evidence on this point, the Attorney General offers three purposes sought to be attained by the legislation. These are:

1. citizenship ensures a familiarity with Canadian institutions and customs;

2. citizenship implies a commitment to Canadian society;

culier, quant à la nécessité d'un critère de proportionnalité selon lequel il faut soupeser avec soin de nombreux facteurs pour évaluer l'objectif législatif. La seule réserve que je pourrais exprimer est que je préfère parler d'un seul critère pour l'article premier, mais un critère qui doit être appliqué à des situations extrêmement divergentes avec la souplesse et le réalisme inhérents au mot «raisonnables» prescrit par la Constitution.

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d'une manière souple. L'analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l'importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l'importance relative que revêt pour les individus touchés l'avantage dont ils sont privés et l'importance de l'intérêt de l'État.

En toute déférence, je suis cependant incapable de partager la façon dont le juge McIntyre applique ces principes à la présente affaire. Je vais donc m'attacher à soupeser les objectifs que la mesure législative cherche à réaliser en fonction des moyens employés pour y parvenir. À ce propos, (bien qu'elle ait accompli cette tâche sous le régime de l'art. 15), je partage de façon générale l'opinion exprimée par le juge McLachlin de la Cour d'appel (maintenant juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique); voir (1986), 27 D.L.R. (4th) 600.

Bien qu'aucune preuve n'ait été produite sur ce point, le Procureur général prétend que la mesure législative en cause vise trois objectifs, savoir:

1. la citoyenneté garantit la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes;

2. la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne;

3. lawyers play a fundamental role in the Canadian system of democratic government and as such should be citizens.

With respect to the first touted objective, McLachlin J.A., speaking for the Court of Appeal, had this to say at p. 612:

> Citizenship does not ensure familiarity with Canadian institutions and customs. Only citizens who are not natural-born Canadians are required to have resided in Canada for a period of time. Natural-born Canadians may reside in whatever country they wish and still retain their citizenship. In short, citizenship offers no assurance that a person is conscious of the fundamental traditions and rights of our society. The requirement of citizenship is not an effective means of ensuring that the persons admitted to the bar are familiar with this country's institutions and customs: see *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189 at p. 195 . . . .

I agree. As Robert L. Lenoir in his article "Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario" (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527, put it at p. 534: "It should not be supposed that any missing 'necessary tradition' will simply be acquired immediately upon receipt of citizenship papers."

One can understand the Law Society's argument that while the citizenship requirement does not ensure familiarity with Canada or its laws, "There can be no doubt 'it helps'." But such a familiarity really usually arises from residence in Canada or close contact with relatives. At all events, the simple fact, in my view, is that far less intrusive means exist to ensure such knowledge, if this is indeed the goal. Training in Canadian law and institutions is an obvious answer. As Lenoir, *supra*, at p. 534, states:

> Another reason suggested in support of a nationality requirement is that only citizens from Commonwealth countries come with a tradition and knowledge which will fit into Ontario's system. If an individual does not

3. comme les avocats jouent un rôle fondamental dans le système canadien de gouvernement démocratique, ils devraient avoir la citoyenneté.

En ce qui concerne le premier objectif avancé, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, dit ceci, à la p. 612:

> [TRADUCTION] La citoyenneté ne garantit pas la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes. Seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada doivent avoir résidé ici pendant un certain temps. Les Canadiens nés au Canada peuvent résider dans n'importe quel pays de leur choix et conserver leur citoyenneté. Bref, la citoyenneté n'offre aucune garantie qu'une personne est consciente des traditions et droits fondamentaux de notre société. L'exigence en matière de citoyenneté ne constitue pas un moyen efficace de s'assurer que les personnes admises au barreau connaissent bien les institutions et les coutumes de ce pays: voir *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, à la p. 195 . . .

Je suis d'accord. Comme l'affirme Robert L. Lenoir dans son article intitulé «Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario» (1981), 13 *Ottawa Law Rev.*, 527, à la p. 534: [TRADUCTION] Il ne faut pas supposer que la connaissance d'une «tradition nécessaire» sera automatiquement acquise dès l'obtention de la citoyenneté.»

On peut comprendre que la Law Society soutienne que, si l'obligation d'être citoyen ne garantit pas la familiarité avec le Canada ou ses lois, [TRADUCTION] «Il ne fait pas de doute que «cela aide»». Mais, en réalité, cette familiarité découle généralement du fait d'avoir vécu au Canada ou d'avoir eu des rapports étroits avec sa parenté canadienne. Quoi qu'il en soit, il reste, selon moi, qu'on dispose de moyens beaucoup moins gênants d'assurer la connaissance en question, à supposer que ce soit vraiment là le but visé. La solution évidente serait une formation dans le domaine des institutions et du droit canadiens. Comme l'affirme Lenoir, précité, à la p. 534:

> [TRADUCTION] Une autre raison avancée pour justifier une exigence en matière de nationalité est que seuls les citoyens des pays du Commonwealth possèdent un bagage de traditions et de connaissances qui leur permet de s'intégrer dans le système ontarien. Si quelqu'un n'a pas une connaissance suffisante du droit, cela devrait

possess a proper knowledge of law, this should be indicated in law school and bar admission course work.

As counsel for the respondents observes, someone who is wholly unfamiliar and incapable of dealing with the circumstances and customs of Canadian society might not be able to pass the examinations required of him by the Law Society. In respect of a lawyer's abilities, it is notable that the Law Society requires additional educational requirements of foreign trained lawyers, whether they are Canadian citizens or not. In the present case, the respondent Andrews passed all the examinations required of Canadian trained lawyers as well as the additional examinations required of foreign-trained lawyers.

Similar logic applies with respect to the second proffered objective, that of ensuring commitment to Canadian society. On this the Court of Appeal had this to say, at pp. 612-13:

> The second reason for the distinction — that citizenship implies a commitment to Canadian society — fares little better upon close examination. Only those citizens who are not natural-born Canadians can be said to have made a conscious choice to establish themselves here permanently and to opt for full participation in the Canadian social process, including the right to vote and run for public office. While no doubt most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society, citizenship does not ensure that that is the case. Conversely, non-citizens may be deeply commited [*sic*] to our country. Moreover, the requirement of commitment to our country is arguably satisfied by the oath of allegiance which lawyers are required to take. An alien may swear that oath. In any event an alien may owe allegiance to the Crown if he is resident within this country, even if he does not take the oath of allegiance: *Re Dickenson and Law Society of Alberta.*

It is to my mind clear that were these the sole objectives, the means chosen, namely, the restriction of access to the profession to citizens, would

ressortir au cours de ses études de droit ou quand il suit le cours du barreau.

Comme le fait observer l'avocat des intimés, une personne qui ne connaît absolument pas les conditions et les coutumes propres à la société canadienne et qui est totalement incapable de s'y accommoder, pourrait ne pas être en mesure de réussir aux examens que la Law Society l'oblige à subir. Pour ce qui est de la compétence d'un avocat, il est à noter que la Law Society pose des exigences supplémentaires en matière d'instruction dans le cas d'avocats ayant reçu leur formation juridique à l'étranger, qu'ils soient ou non citoyens canadiens. En l'espèce, l'intimé Andrews a réussi à tous les examens que doivent subir les avocats formés au Canada. Il a réussi également aux examens supplémentaires auxquels sont tenus de se présenter les avocats formés à l'étranger.

La même logique s'applique au deuxième objectif présenté, celui qui consiste à assurer un engagement envers la société canadienne. Voici ce que la Cour d'appel affirme à ce propos, aux pp. 612 et 613:

> [TRADUCTION] La deuxième raison de la distinction, savoir que la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne, ne résiste guère mieux à un examen attentif. On peut affirmer que seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada ont délibérément choisi de s'établir ici de façon permanente et de participer pleinement au processus social canadien, ce qui comprend le droit de vote et le droit de se porter candidat à une charge publique. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, la citoyenneté ne garantit pas cela. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays. D'autre part, on pourrait soutenir que l'exigence d'un engagement envers le Canada est remplie par le serment d'allégeance que les avocats sont tenus de prêter. Ce serment peut être prêté par un étranger. En tout état de cause, un étranger peut avoir un devoir d'allégeance envers Sa Majesté s'il est résident du Canada, même s'il ne prête pas le serment d'allégeance: *Re Dickenson and Law Society of Alberta.*

À mon sens, il est évident que, si c'étaient là les seuls objectifs visés, les moyens choisis pour les atteindre, notamment le fait de limiter aux

quite simply be unnecessarily, and so impermissibly, over-inclusive.

As I noted earlier, the people principally affected by this are permanent residents of Canada. Many would have applied for citizenship, and the naturalization process would ensure the necessary familiarity and commitment to Canada. That less drastic methods for achieving these objectives are available is evident from the fact that some provincial law societies simply require a declaration of an intention to become a citizen. And even this could cause serious hardship in some cases where a person could lose his existing citizenship and incur important resulting disadvantages by acquiring Canadian citizenship unless the Bar or the courts have a discretion to exempt a person from such requirement, see *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641. In truth, I think the familiarity and commitment to Canada alleged to be sought could be achieved by restricting admission to those who are Canadian citizens or who permanently reside in Canada. If we allow people to come to live in Canada, I cannot see why they should be treated differently from anyone else. Section 15 speaks of every individual. There will be exceptions no doubt, but these require the rigorous justification provided by s. 1.

It seems to me that the preceding objectives are, in this case, legitimate, but could easily be accomplished by means that would not impair a person's ability to practice law in the province to as great an extent. It is still an open question whether the right to earn a livelihood is a value constitutionally protected under the *Charter*, perhaps under s. 6. But whether or not such constitutional protection exists, no one would dispute that the "right" to earn a livelihood is an interest of fundamental importance to the individuals affected, and as such should not lightly be overridden.

citoyens canadiens l'accès à la profession d'avocat, seraient tout simplement excessifs et, partant, inadmissibles.

Comme je l'ai déjà souligné, cette mesure touche principalement les résidents permanents du Canada. Nombre d'entre eux auraient demandé la citoyenneté et le processus de naturalisation garantirait dans leur cas la familiarité nécessaire avec le Canada ainsi que l'engagement requis envers ce pays. Le fait que certaines associations du barreau provinciales n'exigent qu'une déclaration d'intention de devenir citoyen démontre clairement qu'il existe des moyens moins draconiens de réaliser ces objectifs. Et même cette exigence pourrait s'avérer fort préjudiciable dans certaines situations où, en acquérant la citoyenneté canadienne, une personne risque de perdre la citoyenneté qu'elle possède déjà et de subir en conséquence d'importants désavantages, à moins que le Barreau ou les tribunaux n'aient un pouvoir discrétionnaire d'exemption relativement à cette exigence: voir *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641. En vérité, je crois que la familiarité avec le Canada et l'engagement envers ce pays, qu'on prétend vouloir assurer, pourraient être réalisés si l'admission à la profession d'avocat était limitée aux citoyens canadiens ou aux personnes qui résident en permanence au Canada. Si nous permettons à des gens de venir s'installer au Canada, je ne vois pas pourquoi on devrait les traiter différemment des autres. L'article 15 parle de «tous». Bien sûr, il y aura des exceptions, mais celles-ci seront soumises à la justification rigoureuse prescrite par l'article premier.

Il me semble qu'en l'espèce les objectifs précités sont légitimes, mais que leur réalisation pourrait facilement se faire par des moyens qui ne diminueraient pas autant la capacité d'une personne de pratiquer le droit dans la province. Il n'y a toujours pas de réponse à la question de savoir si le droit de gagner sa vie est garanti par la *Charte*, peut-être par l'art. 6. Mais, peu importe qu'il existe ou non une telle garantie constitutionnelle, personne ne contesterait que le «droit» de gagner sa vie revêt une importance capitale pour les intéressés et qu'à ce titre il ne devrait pas être supprimé à la légère.

The third objective advanced by the Attorney General has more substance. It is that certain state activities should for both symbolic and practical reasons be confined to those who are full members of our political society. The Attorney General reduced his arguments regarding this objective to the following syllogism:

(a) persons who are involved in the processes or structure of government, broadly defined, should be citizens;

(b) lawyers are involved in the processes or structure of government;

(c) lawyers, therefore, should be citizens.

I do not quarrel with the first assertion as a general proposition. The Court of Appeal accepted it, noting that this rationale underlies the common requirement that legislators, voters, judges, police and senior public servants be citizens. However, it rejected the second proposition that lawyers play a vital role in the administration of law and justice and are themselves as much a part of the government processes as are judges, legislators and so on. It rejected the notion that the practice of law itself involved performing a state or government function. It stated, at p. 614:

In this respect, the role of lawyers may be distinguished from that of legislators, judges, civil servants and policemen. The practice of law is first and foremost a private profession. Some lawyers work in the courts, some do not. Those who work in the courts may represent the Crown or act against it. It is true that all lawyers are officers of the court. That term, to my mind, implies allegiance and certain responsibilities to the institution of the court. But it does not mean that lawyers are part of the process of government.

It was urged before us that society accords lawyers special powers and privileges as members of the legal profession which ally them with the governmental process. However, the only privilege lawyers are given is the right to charge fees for representing clients. The power to issue writs, discover documents and subpoena wit-

Le troisième objectif proposé par le Procureur général est plus substantiel. Suivant cet objectif, l'exercice de certaines activités de l'État devrait, pour des raisons à la fois symboliques et pratiques, être limité aux membres à part entière de notre société politique. Le Procureur général a ramené au syllogisme suivant ses arguments relatifs à cet objectif:

a) les personnes qui jouent un rôle dans la structure ou le processus de gouvernement, au sens large de ces termes, devraient avoir la citoyenneté;

b) les avocats jouent un rôle dans la structure ou le processus de gouvernement;

c) les avocats devraient donc avoir la citoyenneté.

Je ne trouve rien à redire à la première prémisse en tant que proposition générale. La Cour d'appel l'a acceptée en faisant remarquer que c'est ce raisonnement qui sous-tend l'obligation d'être citoyen communément imposée aux législateurs, aux électeurs, aux juges, aux policiers et aux hauts fonctionnaires. Elle a toutefois rejeté la deuxième prémisse, selon laquelle les avocats jouent un rôle vital dans l'application du droit et l'administration de la justice et font partie du processus gouvernemental au même titre que les juges, les législateurs et ainsi de suite. La Cour d'appel a rejeté l'idée que la pratique du droit comporte elle-même l'exercice d'une fonction d'État ou d'une fonction gouvernementale. Voici ce qu'elle affirme, à la p. 614:

[TRADUCTION] À cet égard, le rôle des avocats peut être distingué de celui des législateurs, des juges, des fonctionnaires et des policiers. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Certains avocats plaident devant les tribunaux, d'autres ne le font pas. Ceux qui plaident devant les tribunaux peuvent représenter le ministère public ou agir contre lui. Il est vrai que tous les avocats sont des officiers de justice. Dans mon esprit, cette expression implique un devoir d'allégeance et certaines responsabilités envers les tribunaux en tant qu'institution. Mais cela ne signifie pas que les avocats font partie du processus gouvernemental.

On a fait valoir en cette cour que la société accorde aux avocats, en tant que membres de la profession juridique, des pouvoirs et des privilèges spéciaux qui ont pour effet de les associer au processus gouvernemental. Toutefois, le seul privilège conféré aux avocats est celui d'exiger des honoraires pour représenter des clients. Le

nesses is shared by every member of our society. No one suggests that a private person who exercises these powers on his own behalf is playing a role in the government of our country, nor that citizenship should be a prerequisite of so doing. The fact that lawyers do these things on behalf of others can offer no justification of the requirement that they be Canadian citizens. [Emphasis added.]

I agree with this statement. It is only in the most unreal sense that it can be said that a lawyer working for a private client plays a role in the administration of justice that would require him or her to be a citizen in order to be allowed to participate therein. Obviously lawyers occupy a position of trust and responsibility in our society, but that is true of all professions, and the members of some of these, like that of chartered accountants, for instance, are privy to matters of the most serious import.

On a more mundane level, the essential purpose behind occupational licensing is to protect the public from unqualified practitioners. But as Lenoir points out (*supra*, at p. 547), "Citizenship has not been shown to bear any correlation to one's professional or vocational competency or qualification." Like him, I see no sufficient additional dimension to the lawyer's function to insist on citizenship as a qualification for admission to this profession.

It is not without significance that a requirement of citizenship has not been found to be necessary to the practice of law in either the United States (see *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973)), or England (see *Solicitors (Amendment) Act 1974* (U.K.), 1974, c. 26, s. 1); see also *Re Howard*, *supra*, at p. 647. The doctrine of privileged communications was pressed into service, but that doctrine exists for the protection of the client. I fail to see what this has to do with the requirement of citizenship.

A requirement of citizenship would be acceptable if limited to Crown Attorneys or lawyers directly employed by government and, therefore, involved in policy-making or administration, so

pouvoir de délivrer des brefs, de produire des documents et d'assigner des témoins est partagé par tous les membres de notre société. Personne ne laisse entendre qu'un particulier qui exerce ces pouvoirs en son propre nom joue un rôle dans le gouvernement de notre pays, ni que la citoyenneté devrait être une condition préalable à un tel exercice. Le fait que les avocats accomplissent ces choses pour le compte d'autrui ne justifie aucunement l'exigence qu'ils soient citoyens canadiens. [Je souligne.]

Je partage cette opinion. Il est très irréaliste de dire qu'un avocat qui représente un particulier joue dans l'administration de la justice un rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté pour être en mesure d'y participer. De toute évidence, les avocats occupent dans notre société une position de confiance qui comporte des responsabilités, mais c'est le cas de toutes les professions libérales, et les membres de certaines de ces professions, comme les comptables agréés par exemple, se voient confier des renseignements de la plus grande importance.

D'un point de vue plus banal, la délivrance de permis d'exercer une profession a essentiellement pour objet de protéger le public contre les praticiens non qualifiés. Mais, comme le souligne Lenoir (précité, à la p. 547), [TRADUCTION] «On n'a pas démontré qu'il existe une corrélation entre la citoyenneté et la compétence ou les qualifications professionnelles d'une personne.» Tout comme Lenoir, je ne vois dans le rôle d'un avocat aucune autre dimension suffisante pour imposer la citoyenneté comme condition d'admission à l'exercice de cette profession.

Il est significatif que la citoyenneté n'a été jugée nécessaire pour pratiquer le droit ni aux États-Unis (voir *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973)), ni en Angleterre (voir *Solicitors (Amendment) Act 1974* (R.-U.), 1974, chap. 26, art. 1); voir aussi *Re Howard*, précité, à la p. 647. On a invoqué le principe des communications privilégiées, mais sa raison d'être est la protection du client. Je conçois mal en quoi cela peut se rapporter à l'obligation d'être citoyen.

L'exigence en matière de citoyenneté serait acceptable si elle se limitait aux procureurs de la Couronne ou aux avocats travaillant directement pour le gouvernement et qui, en conséquence,

that it could be said that the lawyer was an architect or instrumentality of government policy; see *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305. But ordinary lawyers are not privy to government information any more than, say, accountants, and there are rules to restrict lawyers from obtaining confidential governmental information.

I would conclude that although the governmental objectives, as stated, may be defensible, it is simply misplaced *vis-à-vis* the legal profession as a whole. However, even accepting the legitimacy and importance of the legislative objectives, the legislation exacts too high a price on persons wishing to practice law in that it may deprive them, albeit perhaps temporarily, of the "right" to pursue their calling.

I would, therefore, dismiss the appeal with costs. I would answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative.

Appeal dismissed with costs, MCINTYRE *and* LAMER JJ. *dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative; the second in the negative.*

Solicitors for the appellant the Law Society of British Columbia: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

prennent part à la formulation ou à la mise en œuvre de politiques, de sorte qu'on pourrait dire de l'avocat en question qu'il est un concepteur de politiques gouvernementales ou une personne responsable de leur mise en œuvre; voir *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305. Mais les avocats ordinaires ne sont pas au courant de renseignements gouvernementaux, pas plus que ne le sont les comptables, par exemple, et il existe des règles visant à empêcher les avocats d'obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels.

Je conclus que, si les objectifs gouvernementaux énoncés ci-dessus sont justifiables, ils sont simplement hors de propos en ce qui concerne l'ensemble des membres de la profession juridique. Toutefois, même si on reconnaît la légitimité et l'importance de ces objectifs législatifs, la loi en cause impose un prix trop élevé à ceux qui désirent pratiquer le droit en ce qu'elle peut les priver, ne serait-ce que temporairement, de leur «droit» d'exercer leur métier.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la seconde par la négative.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MCINTYRE *et* LAMER *sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.*

Procureurs de l'appelante la Law Society of British Columbia: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitors for the respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Ontario Confederation of University Faculty Associations: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des professions juridiques du Canada: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureurs des intimés: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des professeurs d'université et l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

The Attorney General for Ontario *Appellant*

v.

Pembina Exploration Canada Limited *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) *v.* PEMBINA EXPLORATION CANADA LTD.

File No.: 19374.

1987: June 12; 1989: February 23.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Jurisdiction of superior and inferior courts — Admiralty law — Fishing net damaged when entangled in unmarked gas well in Lake Erie — Action seeking damages brought in Small Claims Court — Whether or not province's general grant of power to small claims court including admiralty law — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 100, 101 — Small Claims Court Act, R.S.O. 1980, c. 476, s. 55 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 , s. 22.

William Siddall & Sons Fisheries brought an action in negligence in Small Claims Court and sought damages after one of its nets was damaged when it became entangled with an unmarked gas well in Lake Erie owned by Pembina Exploration Canada Limited. The trial judge dismissed Pembina's motion that the action be dismissed for want of jurisdiction in that court over matters involving the law of the sea and admiralty. The Attorney General for Ontario intervened in support of Siddall in an appeal to the Divisional Court on the issue of jurisdiction. Siddall was not represented in that or any subsequent proceedings but an affidavit on behalf of his executor indicated that the action would be continued on resolution of the jurisdictional issue. The Divisional Court allowed the appeal and dismissed the plaintiff's action. The application for leave to appeal brought by the Attorney General for Ontario was refused by the Ontario Court of Appeal but granted by this Court. The constitutional questions queried (1)

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Le procureur général de l'Ontario *Appelant*

c.

Pembina Exploration Canada Limited *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* PEMBINA EXPLORATION CANADA LTD.

N° du greffe: 19374.

1987: 12 juin; 1989: 23 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence des tribunaux d'instance supérieure et inférieure — Droit en matière d'amirauté — Chalut endommagé après s'être emmêlé dans un puits de gaz non balisé sur le lac Érié — Action en dommages-intérêts intentée devant la cour des petites créances — L'attribution générale de compétence par la province aux cours des petites créances s'étend-elle au droit en matière d'amirauté? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 100, 101 — Loi sur les cours des petites créances, L.R.O. 1980, chap. 476, art. 55 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 22.

William Siddall & Sons Fisheries a intenté une action fondée sur la négligence devant la cour des petites créances et a réclamé des dommages-intérêts parce que l'un de ses chaluts avait été endommagé après s'être emmêlé, sur le lac Érié, dans un puits de gaz non balisé appartenant à Pembina Exploration Canada Limited. Le juge de première instance a rejeté la requête de Pembina visant à faire rejeter l'action pour le motif que la cour n'avait pas compétence sur des questions relatives au droit de la mer et à l'amirauté. Le procureur général de l'Ontario est intervenu à l'appui de Siddall relativement à la question de la compétence dans le cadre d'un appel interjeté devant la Cour divisionnaire. Siddall ne s'est pas fait représenter dans cet appel ni dans aucune des procédures ultérieures, mais un affidavit déposé au nom de son exécutrice testamentaire, indiquait que l'action serait poursuivie dès que serait réglée la question de la compétence. La Cour divisionnaire a accueilli l'appel et rejeté l'action de la demanderesse. La Cour d'appel de

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

whether the Small Claims Court has jurisdiction, pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, with respect to a claim for damages sustained by a ship's nets in provincial inland waters, and (2) if so, whether s. 55 of the *Small Claims Court Act* granting that jurisdiction conflicted with s. 22 of the *Federal Court Act* and was therefore inoperative to the extent that it grants such jurisdiction to the Small Claims Court.

Held: The appeal should be allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

A provincial legislature has the power, by virtue of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, to grant jurisdiction to an inferior court to hear a matter falling within federal legislative jurisdiction. This power is limited, however, by s. 96 of that Act and the federal government's power to expressly grant exclusive jurisdiction to a court established by it under s. 101 of the Act. Neither of these exceptions applied here.

The court system in Canada is generally unitary; provincially constituted inferior and superior courts of original and appellate jurisdiction apply federal as well as provincial laws. The system dates from Confederation times. The major exception to this unitary system is the Federal Court of Canada to which Parliament has assigned jurisdiction, sometimes exclusive, sometimes concurrent, in respect of matters within its legislative competence.

The unitary structure of the Canadian judicial system suggests that the province has the right under s. 92(14) to confer general jurisdiction on its courts, whether superior or inferior. Section 55 of the *Small Claims Courts Act* should therefore be interpreted so as to include federal matters and s. 22 of the *Federal Court Act* should be read as permitting this. To hold otherwise would diminish the essentially unitary judicial system established by the Constitution and unduly tax the resources of the superior courts.

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* does not operate to preclude the exercise of maritime law juris-

l'Ontario a rejeté la demande d'autorisation d'appel présentée par le procureur général de l'Ontario, mais celui-ci a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Les questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) la cour des petites créances a-t-elle compétence, en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour instruire et juger une action intentée pour des avaries causées aux chaluts d'un navire dans les eaux intérieures de la province? et (2) dans l'affirmative, l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances* qui confère cette compétence est-il incompatible avec l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, par conséquent, inopérant dans la mesure où il confère cette compétence à la cour des petites créances.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

La législature d'une province a le pouvoir, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'attribuer à un tribunal d'instance inférieure la compétence pour entendre un litige qui relève de la compétence législative fédérale. Cependant, ce pouvoir est restreint par l'art. 96 de la Loi et par le pouvoir du gouvernement fédéral d'accorder expressément compétence exclusive à un tribunal que lui permet d'établir l'art. 101 de la Loi. Aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce.

Au Canada, le système judiciaire est de façon générale unitaire; les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales. Ce système date de l'époque de la Confédération. La principale exception de ce système unitaire est la Cour fédérale du Canada qui s'est vu conférer par le Parlement une compétence parfois exclusive, parfois concurrente, dans les domaines relevant de sa compétence législative.

La structure unitaire du système judiciaire canadien laisse supposer que la province a le droit, en vertu du par. 92(14), de conférer une compétence générale à ses tribunaux qu'ils soient d'instance supérieure ou inférieure. L'article 55 de la *Loi sur les cours des petites créances* doit donc être interprété comme visant les domaines de compétence fédérale et l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* doit être interprété de manière à permettre cela. Conclure autrement aurait pour effet de diminuer le caractère essentiellement unitaire du système judiciaire établi par la Constitution et d'imposer un fardeau indu aux ressources des tribunaux d'instance supérieure.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas pour effet d'empêcher l'exercice de la compétence en

diction by provincial inferior courts. At the time of Confederation, admiralty courts were not seen as analogous to superior courts; the primary jurisdiction in admiralty was exercised by special courts distinct from those contemplated by s. 96.

Cases Cited

Applied: *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; **considered**: *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* (1977), 82 D.L.R. (3d) 414; **overruled**: *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716; **distinguished**: *Cull v. Rose* (1982), 29 C.P.C. 246; **referred to**: *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675; *The Queen v. Southend County Court (Judge of)* (1884), 13 Q.B.D. 142; *Scovell v. Bevan* (1887), 19 Q.B.D. 428; *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305, aff'd (1914), 20 D.L.R. 596; *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925; *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625; *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622; *Scott v. Scott* (1891), 4 B.C.R. 316; *Tytler v. Jamieson*, [1935] 3 W.W.R. 510; *Bilsland v. Bilsland*, [1922] 1 W.W.R. 718; *Mitchell v. Mitchell and Croome*, [1936] 1 W.W.R. 553; *Reference on Divorce Jurisdiction* (1951-52), 29 M.P.R. 120; *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *Peacock v. Bell and Kendal* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *General Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.*, [1983] C.A. 536; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695.

Statutes and Regulations Cited

Act for the more easy Recovery of Small Debts and Demands in England [*County Courts Act*] (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 95.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 5.
Admiralty Act, 1934, S.C. 1934, c. 31, s. 3.
Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 27.
Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 100, 101.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22(1), (2)(*e*), (3)(*c*).
Small Claims Courts Act, R.S.O. 1980, c. 476, s. 55.

droit maritime par des tribunaux provinciaux d'instance inférieure. À l'époque de la Confédération, les cours d'amirauté n'étaient pas considérées analogues à des cours supérieures; la compétence première en matière d'amirauté était exercée par des tribunaux spéciaux, distincts de ceux prévus à l'art. 96.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; **arrêt examiné**: *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* (1977), 82 D.L.R. (3d) 414; **arrêt renversé**: *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716; **distinction d'avec l'arrêt**: *Cull v. Rose* (1982), 29 C.P.C. 246; **arrêts mentionnés**: *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675; *The Queen v. Southend County Court (Judge of)* (1884), 13 Q.B.D. 142; *Scovell v. Bevan* (1887), 19 Q.B.D. 428; *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305, conf. par (1914), 20 D.L.R. 596; *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925; *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625; *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622; *Scott v. Scott* (1891), 4 B.C.R. 316; *Tytler v. Jamieson*, [1935] 3 W.W.R. 510; *Bilsland v. Bilsland*, [1922] 1 W.W.R. 718; *Mitchell v. Mitchell and Croome*, [1936] 1 W.W.R. 553; *Reference on Divorce Jurisdiction* (1951-52), 29 M.P.R. 120; *Hellens v. Densmore*, [1957] R.C.S. 768; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Peacock v. Bell and Kendal* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *General Traders Ltd. c. Saguenay Shipping Ltd.*, [1983] C.A. 536; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695.

Lois et règlements cités

Act for the more easy Recovery of Small Debts and Demands in England [*County Courts Act*] (R.-U.), 9 & 10 Vict., chap. 95.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, chap. 19, art. 5.
Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (R.-U.), 53 & 54 Vict., chap. 27.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 100, 101.
Loi d'Amirauté, 1934, S.C. 1934, chap. 31, art. 3.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 22(1), (2)*e*), (3)*c*).
Loi sur les cours des petites créances, L.R.O. 1980, chap. 476, art. 55.

Statute of Westminster, 1931, R.S.C. 1970, App. II, No. 26.
Vice Admiralty Courts Act, 1863 (U.K.), 26 & 27 Vict., c. 24.

Authors Cited

Burchell, Charles. "Canadian Admiralty Jurisdiction and Shipping Laws" (1929), 45 *L.Q.R.* 370.
Hogg, Peter W. "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9
Jones, P. F. M. Comment (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 744.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969.
Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
Pitt-Lewis, George. *A Complete Practice of the County Courts*, vol. 1. Assisted by H. A. De Colyar. London: Stevens, 1880.

APPEAL from a judgment of the Divisional Court—leave to appeal to the Ontario Court of Appeal was refused—allowing an appeal from a decision of Leach S.C.Ct.J. Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

John Cavarzan, Q.C., for the appellant.

D. Ceri Hugill, for the respondent.

James M. Mabbutt, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises the question whether a province may grant jurisdiction to a small claims court to hear a case involving an admiralty or maritime matter.

Background

The plaintiff, William Siddall & Sons Fisheries, claims that a trawling net towed by one of its vessels was damaged when it became entangled with an unmarked gas well in Lake Erie owned by the defendant, Pembina Exploration Canada Limited. In December 1982, Siddall brought action in negligence against Pembina seeking damages of $442.80 in an Ontario Small Claims Court. In

Statut de Westminster de 1931, S.R.C. 1970, app. II, nº 26.
Vice Admiralty Courts Act, 1863 (R.-U.), 26 & 27 Vict., chap. 24.

Doctrine citée

Burchell, Charles. «Canadian Admiralty Jurisdiction and Shipping Laws» (1929), 45 *L.Q.R.* 370.
Hogg, Peter W. «Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts» (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9.
Jones, P. F. M. Commentaire (1976), 54 *R. du B. can.* 744.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969.
Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
Pitt-Lewis, George. *A Complete Practice of the County Courts*, vol. 1. Assisted by H. A. De Colyar. London: Stevens, 1880.

POURVOI contre une décision de la Cour divisionnaire—l'autorisation d'appeler ayant été refusée par la Cour d'appel de l'Ontario—qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Leach de la cour des petites créances de l'Ontario. Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

John Cavarzan, c.r., pour l'appelant.

D. Ceri Hugill, pour l'intimée.

James M. Mabbutt, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question que soulève ce pourvoi consiste à savoir si une province peut attribuer à une cour des petites créances compétence pour entendre une affaire portant sur une question de droit maritime ou d'amirauté.

Historique

La demanderesse William Siddall & Sons Fisheries prétend qu'un chalut remorqué par l'un de ses navires a été endommagé lorsqu'il s'est retrouvé emmêlé, sur le lac Érié, dans un puits de gaz non balisé appartenant à la défenderesse Pembina Exploration Canada Limited. En décembre 1982, Siddall a intenté devant une cour des petites créances de l'Ontario une action fondée sur la

disputing the claim, the defendant moved that the action be dismissed on the ground that the Small Claims Court lacked jurisdiction over matters involving the law of the sea and admiralty.

Leach J., who heard the case, held that he had jurisdiction. Section 55(*a*) of the *Small Claims Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 476, he noted, provides that a small claims court has jurisdiction in "any action where the amount claimed does not exceed $1,000 exclusive of interest", and added that none of the provisions of the Act excluding jurisdiction applied to this case. He declined to follow the Ontario Court of Appeal decision in *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716, which held that County Courts have no admiralty jurisdiction because the province cannot constitutionally confer such jurisdiction upon them. In doing so, he relied on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* (1977), 82 D.L.R. (3d) 414, which held that *Heath v. Kane* was no longer good law in light of the Supreme Court of Canada decisions in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654.

The defendant, Pembina, then appealed to the Ontario Divisional Court. That court (White, Fitzpatrick and Sirois JJ.) agreed that the decisions of this Court relied on by Leach J. had represented a change in the law. That change, however, was not so clear so as to allow the Small Claims Court judge to depart from the reasoning in *Heath v. Kane*. In the result, the appeal was allowed, the Small Claims Court was found lacking in jurisdiction, and the plaintiff's action was dismissed. The Attorney General for Ontario then applied for leave to appeal against this judgment to the Ontario Court of Appeal, but the application was denied. The Attorney General for Ontario then sought and was granted leave to appeal to this

négligence dans laquelle elle réclamait à Pembina la somme de 442,80 $ à titre de dommages-intérêts. En contestant la réclamation, la défenderesse a demandé que l'action soit rejetée pour le motif que la cour des petites créances n'avait pas compétence sur des questions relatives au droit de la mer et à l'amirauté.

Le juge Leach qui a entendu l'affaire a conclu qu'il avait compétence. Il a souligné que l'al. 55*a*) de la *Loi sur les cours des petites créances*, L.R.O. 1980, chap. 476, prévoit que la cour des petites créances a compétence pour juger «l'action dans laquelle le montant demandé n'excède pas 1 000 $, intérêts non compris» et a ajouté qu'aucune des dispositions de la Loi qui écartent la compétence de la cour ne s'appliquait en l'espèce. Il a refusé de suivre l'arrêt *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que les cours de comté n'avaient aucune compétence en matière d'amirauté parce que la province n'a pas le pouvoir constitutionnel de la leur conférer. Ce faisant, il s'est appuyé sur l'arrêt *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* (1977), 82 D.L.R. (3d) 414, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'arrêt *Heath v. Kane* n'était plus valable en droit compte tenu des arrêts de la Cour suprême du Canada *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654.

La défenderesse Pembina a donc interjeté appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Ce tribunal (composé des juges White, Fitzpatrick et Sirois) a convenu que les arrêts de cette Cour sur lesquels le juge Leach s'était appuyé représentaient un changement du droit. Ce changement n'était cependant pas suffisamment clair pour permettre à un juge de la cour des petites créances de s'écarter du raisonnement de l'arrêt *Heath v. Kane*. Finalement, la cour a accueilli l'appel, a conclu que la cour des petites créances n'avait pas compétence et a rejeté l'action de la demanderesse. Le procureur général de l'Ontario a alors demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario, mais sa

Court. The following constitutional questions were later stated by the Chief Justice:

1. Is the grant of jurisdiction to the Small Claims Court, pursuant to s. 55 of the *Small Claims Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 476, to hear and determine an action in respect of a claim for damages sustained by a ship's trawling nets in the inland waters of Ontario, *intra vires* the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

2. If so, is s. 55 of the *Small Claims Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 476, in conflict with s. 22 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, and therefore inoperative to the extent that it grants such jurisdiction to the Small Claims Court?

The Attorney General of Canada intervened in the appeal in support of the Attorney General for Ontario. So did the Attorney General of Quebec, but he subsequently withdrew his intervention.

The original plaintiff, Siddall, was not represented in any of the appeals, but an affidavit was filed by the solicitor of the late Charles William Siddall, who had owned the fishing business, stating that the latter's wife and executor now owned and operated the business and proposed to pursue the claim in the event that the resolution of the jurisdictional issue under consideration so permits.

Admiralty Jurisdiction

It is not contested that the incident that gave rise to the action falls within the domain of admiralty law. The issue was argued only at trial where Leach J. concluded that it clearly was. The sole question, then, was whether the Small Claims Court had jurisdiction to try admiralty law matters. As to this, I should perhaps say that even if I were to conclude that questions of admiralty law as such did not come within the jurisdiction of

demande a été rejetée. Le procureur général de l'Ontario a ensuite demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Le Juge en chef a, par la suite, formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'attribution à la cour des petites créances, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances*, L.R.O. 1980, chap. 476, de la compétence pour instruire et juger une action intentée pour des avaries causées aux chaluts d'un navire dans les eaux intérieures de l'Ontario, relève-t-elle des pouvoirs que confère à la province l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. Dans l'affirmative, l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances*, L.R.O. 1980, chap. 476, est-il incompatible avec l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, et, par conséquent, inopérant dans la mesure où il confère cette compétence à la cour des petites créances?

Le procureur général du Canada est intervenu à l'appui du procureur général de l'Ontario dans ce pourvoi. Le procureur général du Québec a fait de même, mais il s'est retiré ultérieurement.

Siddall, le demandeur initial, ne s'est fait représenter dans aucun des appels, mais le procureur de feu Charles William Siddall, qui avait été propriétaire de l'entreprise de pêche, a déposé un affidavit qui indiquait que l'épouse et exécutrice testamentaire du défunt était maintenant propriétaire et gestionnaire de l'entreprise, et qui faisait état de l'intention de poursuivre l'action dans la mesure où la décision rendue sur la question de la compétence le permettrait.

La compétence en matière d'amirauté

Nul ne conteste que l'incident à l'origine de l'action relève du droit en matière d'amirauté. La question n'a été débattue qu'en première instance et le juge Leach a conclu que cela ne faisait pas doute. Par conséquent, la seule question est de savoir si la cour des petites créances avait compétence pour instruire une affaire qui relevait du droit en matière d'amirauté. À cet égard, je devrais peut-être préciser que même si je devais

small claims courts, there would be room on the facts of this case to argue that the court had jurisdiction. In *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (Ont. C.A.), it was held that the labour relations of a company whose operations consisted in the establishment and servicing of sites for drilling gas under water were governed by the *Ontario Labour Relations Act*. It could be argued that the negligence of the company could from one aspect be looked upon as relating to navigation, and so a matter of maritime or admiralty law, and from another aspect, as a local or private matter or as a matter of property and civil rights which could be dealt with in whatever provincial court had the appropriate monetary jurisdiction, here the Small Claims Courts; see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. This argument was not raised, however, and I do not propose to enter into the matter further at this point.

That the incident here falls under the broad purview of admiralty law, I have no doubt. It is well settled that admiralty law includes an extensive jurisdiction over maritime causes including laws regarding liability for loss or delay of a ship's cargo, liability for loss of life or personal injury caused by ship, and marine insurance, to name a few. The *Federal Court Act*, in setting out that court's admiralty jurisdiction, provides for a very extensive jurisdiction. Subsection 22(1) provides:

> **22.** (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction as well between subject and subject as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

It is clear from the judgment of this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v.*

conclure que les questions de droit en matière d'amirauté ne relèvent pas en soi de la compétence des cours des petites créances, il serait possible de soutenir, compte tenu des faits de l'espèce, que la cour avait compétence. Dans l'arrêt *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (C.A. Ont.), la cour a conclu que les relations de travail d'une société dont les opérations consistaient à établir et à entretenir des sites destinés au forage gazier sous l'eau étaient régies par l'*Ontario Labour Relations Act*. Il serait possible de prétendre que la négligence d'une société pourrait être envisagée, d'une part, comme ayant trait à la navigation et donc comme une question de droit maritime ou de droit en matière d'amirauté, et d'autre part, comme une matière de nature locale et privée ou relevant de la propriété et des droits civils et dont pourrait être saisie toute cour provinciale ayant la compétence voulue quant au montant réclamé, savoir, en l'espèce la cour des petites créances; voir l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Cet argument n'a cependant pas été soulevé et je n'entends pas en traiter de façon plus approfondie.

Que l'incident relève en l'espèce du vaste domaine du droit en matière d'amirauté, je n'en doute pas. Il est bien établi que le droit en matière d'amirauté comporte une compétence étendue en droit maritime, y compris à l'égard des lois concernant la responsabilité pour perte ou retard de la cargaison d'un navire, la responsabilité pour décès ou lésions corporelles causés par un navire, et en matière d'assurance maritime, pour ne donner que quelques exemples. En établissant la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté, la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit une compétence très étendue. Le paragraphe 22(1) prévoit:

> **22.** (1) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance, tant entre sujets qu'autrement, dans tous les cas où une demande de redressement est faite en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

Il ressort clairement de l'arrêt de cette Cour *ITO—International Terminal Operators Ltd. c.*

Miida Electronics, [1986] 1 S.C.R. 752, that "the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament, and as it has developed through judicial precedent to date," *per* McIntyre J. at p. 771. Subsection 22(2)(*e*) of the Act makes it clear that the Trial Division's jurisdiction covers a claim such as the one that arises in this case by expressly giving the trial division jurisdiction over

> **22.** ...
>
> (2) ...
>
> (*e*) any claim for damage sustained by, or for loss of, a ship including, without restricting the generality of the foregoing, damage to or loss of the cargo or equipment of or any property in or on or being loaded on or off a ship;

Finally, s. 22(3)(*c*) underlines that the jurisdiction extends not only to the high seas, but to all Canadian waters, including internal waters like Lake Erie. It reads:

> **22.** ...
>
> (3) For greater certainty it is hereby declared that the jurisdiction conferred on the Court by this section is applicable
>
> (*c*) in relation to all claims whether arising on the high seas or within the limits of the territorial, internal or other waters of Canada ....

It is also not contested, indeed there can be no doubt, that the federal Parliament has power to enact s. 22. This falls within its power to legislate in relation to navigation and shipping; see *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co*, [1979] 2 S.C.R. 157. Jurisdiction over admiralty matters had been exercised by the Federal Court's predecessor, the Exchequer Court of Canada, since 1891, first under the *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 27, and following the *Statute of Westminster, 1931*, R.S.C. 1970, App. II, No. 26, by virtue of *The Admiralty Act, 1934*, S.C. 1934, c. 31, s. 3; see *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675 (T.D.), at p. 682; see also Charles Bur-

Miida Electronics, [1986] 1 R.C.S. 752, que «l'expression «droit maritime canadien» comprend tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires», le juge McIntyre, à la p. 771. L'alinéa 22(2)*e*) de la Loi indique clairement que la Division de première instance a compétence à l'égard d'une demande comme celle dont il est question en l'espèce en lui accordant expressément compétence relativement à

> **22.** ...
>
> (2) ...
>
> *e*) toute demande pour l'avarie ou la perte d'un navire, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, l'avarie ou la perte de la cargaison ou de l'équipement d'un navire ou de tout bien à bord d'un navire ou en train d'y être chargé ou d'en être déchargé;

Enfin, l'al. 22(3)*c*) souligne que la compétence s'étend non seulement à la haute mer mais à toutes les eaux canadiennes, y compris les eaux intérieures comme le lac Érié. Il se lit ainsi:

> **22.** ...
>
> (3) Pour plus de certitude il est déclaré que la compétence conférée à la Cour par le présent article s'étend
>
> *c*) à toutes les demandes, que les faits y donnant lieu se soient produits en haute mer ou dans les limites des eaux territoriales, intérieures ou autres du Canada ...

En outre, il n'est pas contesté et d'ailleurs il ne fait aucun doute que le Parlement fédéral a le pouvoir d'adopter l'art. 22. Cela relève de son pouvoir de légiférer en matière de navigation et d'expéditions par eau; voir l'arrêt *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S 157. La compétence en matière d'amirauté avait été exercée depuis 1891 par le tribunal ayant précédé la Cour fédérale, savoir la Cour de l'Échiquier du Canada, d'abord en vertu de la *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., chap. 27, et après le *Statut de Westminster de 1931*, S.R.C. 1970, app. II, nº 26, en vertu de la *Loi d'Amirauté, 1934*, S.C. 1934, chap. 31, art. 3; voir la décision *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*,

chell, "Canadian Admiralty Jurisdiction and Shipping Laws" (1929), 45 *L.Q.R.* 370.

Section 55 of the *Small Claims Court Act*

Not contested either is that the province has power to enact s. 55 of the *Small Claims Courts Act*. Whether, however, the provision extends, or can constitutionally be read to extend, to cover claims falling within the ambit of admiralty law is very much in contention.

Section 55 expressly confers jurisdiction on Small Claims Courts in "any action" within the monetary limit therein set out. The Legislature could scarcely have used words of wider import. Within this monetary limit, the expression was obviously intended to confer a broad jurisdiction. It is at least as wide as the original jurisdiction assigned these courts—"personal actions" within a monetary limit; see *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 5. Speaking of the latter expression, in the English *County Courts Act* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 95, Pitt-Lewis, *A Complete Practice of the County Courts* (1880), vol. 1, p. 185, states that this expression "obviously includes *all* those *personal* actions which were within the jurisdiction of the Courts of Common Law" and adds that it "would be almost impossible to name all the actions which the County Courts under this enactment have power to entertain". This jurisdiction clearly extended to admiralty matters within their monetary limits; see *The Queen v. Southend County Court (Judge of)* (1884), 13 Q.B.D. 142; *Scovell v. Bevan* (1887), 19 Q.B.D. 428.

In *Heath v. Kane*, *supra*, the Ontario Court of Appeal attributed the holdings in these cases to the fact that the English County Courts possessed a residual common law jurisdiction. A reading of

[1978] 2 C.F. 675 (D.P.I.), à la p. 682; voir également Charles Burchell, «Canadian Admiralty Jurisdiction and Shipping Laws» (1929), 45 *L.Q.R.* 370.

L'article 55 de la *Loi sur les cours des petites créances*

On ne conteste pas non plus que la province a le pouvoir d'adopter l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances*. Cependant, la question de savoir si la disposition s'étend ou peut être considérée sur le plan constitutionnel comme s'étendant aux demandes qui relèvent du droit en matière d'amirauté est très contestée.

L'article 55 confère expressément compétence aux cours des petites créances pour juger «l'action» qui s'inscrit en deçà de la limite pécuniaire y prescrite. Le législateur aurait pu difficilement utiliser des termes de portée plus large. À l'intérieur de cette limite pécuniaire, l'expression avait évidemment pour objet de conférer une compétence générale à la cour. Elle est au moins aussi générale que la compétence de première instance conférée à ces tribunaux—[TRADUCTION] «actions personnelles» à l'intérieur d'une limite pécuniaire; voir *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, chap. 19, art. 5. En ce qui concerne cette dernière expression contenue dans la *County Courts Act* (R.-U.), 9 & 10 Vict., chap. 95, Pitt-Lewis affirme, dans *A Complete Practice of the County Courts* (1880), vol. 1, p. 185, que cette expression [TRADUCTION] «comprend évidemment *toutes* les actions *personnelles* qui relevaient de la compétence des tribunaux de *common law*» et ajoute qu'il [TRADUCTION] «serait presque impossible d'énumérer toutes les actions que les cours de comté ont le pouvoir d'instruire en vertu de ce texte de loi». Cette compétence s'étendait clairement aux questions en matière d'amirauté à l'intérieur de leurs limites pécuniaires; voir les arrêts *The Queen v. Southend County Court (Judge of)* (1884), 13 Q.B.D. 142; *Scovell v. Bevan* (1887), 19 Q.B.D. 428.

Dans l'arrêt *Heath v. Kane*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a attribué les arrêts rendus dans ces affaires au fait que les cours de comté d'Angleterre avaient une compétence résiduelle de

these cases shows, however, that these judgments do not rely on any such residual jurisdiction. They make it clear, rather, that the general words conferring jurisdiction clearly covered admiralty matters. The only question was whether the vesting by a later statute of admiralty jurisdiction in specific County Courts took away the jurisdiction granted by these general words, and it was held that it did not; see a comment by Jones (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 744. The only residual jurisdiction retained by the *County Courts Act* of 1846 appears to have been a non-contentious jurisdiction of the ancient County Courts of no relevance to the present matter; see Pitt-Lewis, *supra*, p. 187.

Barring constitutional or other institutional considerations or a valid statutory provision to the contrary, then, there is no reason why, as a matter of statutory interpretation, Small Claims Courts should not hear cases involving admiralty matters. *Prima facie* the words conferring jurisdiction on them in any action extend to cases involving admiralty matters.

The Principal Constitutional Issues

In assessing the constitutional issues, it is well to remember that the court system in Canada is, in general, a unitary one under which provincially constituted inferior and superior courts of original and appellate jurisdiction apply federal as well as provincial laws under a hierarchical arrangement culminating in the Supreme Court of Canada established by Parliament under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. This goes back to the time of Confederation when previously constituted superior, county and small claims courts continued to be charged with the administration of justice in Canada. The major exception to this unitary system is the Federal Court of Canada (the predecessor of which was created in 1875 along with the Supreme Court of Canada under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*) to which Parliament has assigned jurisdiction, sometimes exclusive, some-

common law. Une lecture de ces arrêts indique cependant que ceux-ci ne se fondent pas sur une telle compétence résiduelle. Au contraire, ils indiquent clairement que les termes généraux attributifs de compétence visaient nettement les questions en matière d'amirauté. La seule question était de savoir si l'attribution, par une loi ultérieure, de la compétence en matière d'amirauté à des cours de comté spécifiques a eu pour effet de supprimer la compétence conférée par ces termes généraux, et les tribunaux ont répondu à cela par la négative; voir un commentaire de Jones (1976), 54 *R. du B. can.* 744. La seule compétence résiduelle que la *County Courts Act* de 1846 a conservée paraît avoir été une compétence non contentieuse des anciennes cours de comté, ce qui n'a rien à voir avec la présente affaire; voir Pitt-Lewis, précité, p. 187.

Ainsi, sous réserve de considérations constitutionnelles ou d'autres considérations institutionnelles ou d'une disposition législative contraire valide, il n'y a aucune raison pour laquelle, en matière d'interprétation législative, les cours des petites créances ne devraient pas entendre des affaires portant sur une question d'amirauté. À première vue, les termes qui leur confèrent compétence dans toute (*any*) action visent les affaires portant sur une question d'amirauté.

Les principales questions constitutionnelles

En examinant les questions constitutionnelles, il convient de se rappeler que le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada établie par le Parlement en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela remonte à l'époque de la Confédération alors que les anciennes cours supérieures, cours de comté et cours des petites créances continuaient de veiller à l'administration de la justice au Canada. La principale exception de ce système unitaire est la Cour fédérale du Canada (qui a remplacé la Cour de l'Échiquier qui avait été créée en 1875 en même temps que la Cour suprême du Canada en

times concurrent, in respect of matters within its legislative competence.

In admiralty matters, we saw, s. 22 of the *Federal Court Act* assigns "concurrent original jurisdiction" to that court. The issue, then, is what courts may exercise this concurrent jurisdiction. There is no question that such original jurisdiction may be exercised by the superior courts in the provinces. In *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305 (Ont. S.C.); aff'd (1914), 20 D.L.R. 596 (C.A.), an action for damages resulting from a collision between two ships on inland waters, it was held that the Ontario Supreme Court had concurrent jurisdiction with the Exchequer Court over admiralty cases on the basis that the jurisdiction possessed by the courts of common law in England on December 5, 1859 was vested in the provincial superior court by statute. That jurisdiction was then concurrent and has never been displaced. A similar position has been taken by other provincial superior courts; see *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925 (N.S.S.C.); *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625 (Alta. S.C.); *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622 (Man. Q.B. Ch.) Laskin C.J. appears to have agreed with this in *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, *supra*, when he stated, at p. 160, that it was open to Parliament "to establish a federal Court . . . to administer its maritime law concurrently with provincial superior courts".

I am aware that the reasoning in *Cull v. Rose* (1982), 29 C.P.C. 246 (Nfld. S.C.T.D.), appears to differ from that in these cases. The court there was of the view that when the admiralty jurisdiction expressly vested in the Supreme Court of Newfoundland pursuant to the *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890*, was removed under the Terms of Union, the court lost all its admiralty

vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) qui s'est vu conférer par le Parlement une compétence parfois exclusive, parfois concurrente, dans les domaines relevant de sa compétence législative.

En matière d'amirauté, nous l'avons vu, l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère une «compétence concurrente en première instance» à cette cour. La question est donc de savoir quelles sont les tribunaux qui peuvent exercer cette compétence concurrente. Il ne fait pas de doute que cette compétence de première instance peut être exercée par les cours supérieures dans les provinces. Dans l'arrêt *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305 (C.S. Ont.), conf. par (1914), 20 D.L.R. 596 (C.A.), portant sur une action en dommages-intérêts intentée par suite d'une collision entre deux navires dans les eaux intérieures, on a décidé que la Cour suprême de l'Ontario exerçait une compétence concurrente avec la Cour de l'Échiquier en matière d'amirauté du fait que la compétence que possédaient les tribunaux de *common law* en Angleterre le 5 décembre 1859 avait été conférée par voie législative à la cour provinciale d'instance supérieure. Cette compétence était alors concurrente et n'a jamais été modifiée. D'autres tribunaux provinciaux d'instance supérieure ont adopté une attitude semblable: voir *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925 (C.S.N.-É.); *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625 (C.S. Alb.); *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622 (B.R. Man., en chambre). Le juge en chef Laskin paraît avoir été du même avis dans l'arrêt *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, précité, lorsqu'il a dit, à la p. 160, que le Parlement «pouvait établir un tribunal fédéral [. . .] pour administrer son droit maritime concurremment avec les cours supérieures des provinces».

Je sais que le raisonnement tenu dans la décision *Cull v. Rose* (1982), 29 C.P.C. 246 (C.S.D.P.I.T.-N.), semble différent de celui adopté dans ces affaires. Dans cette décision, le tribunal était d'avis que lorsque la compétence en matière d'amirauté, qui avait été attribuée expressément à la Cour suprême de Terre-Neuve conformément à la *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890*, a été

jurisdiction. What this appears to overlook, however, is the concurrent jurisdiction of the common law courts in admiralty matters (see *Shipman v. Phinn*, *supra*). The *Cull* case may, however, conceivably be explicable on the basis that the matter there involved was a collision at sea (p. 248), which, for all we know, may have been outside the territorial or other jurisdictional limits of a common law court.

I do not in any event think the jurisdiction of a superior court in admiralty matters arising in a province is dependent on historical considerations. In my view, such jurisdiction is suggested by the essentially unitary nature of the Canadian court system. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* grants the provinces the power to make laws in relation to "The Administration of Justice in the Province" and expressly includes "the Constitution, Maintenance and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction". It is clear to me that the provincial power over the administration of justice in the province enables a province to invest its superior courts with jurisdiction over the full range of cases, whether the applicable law is federal, provincial or constitutional; see, in this context, Hogg, "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9, at p. 15; see also *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. by Neil Finkelstein), vol. 1, pp. 179-81, esp. at p. 181. In *The British Tradition in Canadian Law* (1969), Justice Laskin (as he then was) states at p. 114:

> The case law on the subject has in recent years gone as far as to support provincial legislative power to vest its courts with jurisdiction in federal matters if there is no federal legislation to the contrary. This view of the omnicompetence of provincial superior courts was fed by a decision of the Privy Council, suggestive of inherent superior court jurisdiction, that (to use its words) "if the right exists, the presumption is that there is a Court

supprimée en vertu des conditions de l'adhésion, la cour a perdu toute compétence en matière d'amirauté. Ce dont cette décision paraît cependant faire abstraction est la compétence concurrente des tribunaux de *common law* en matière d'amirauté (voir l'arrêt *Shipman v. Phinn*, précité). Cependant, la décision *Cull* peut peut-être s'expliquer par le fait qu'il était question dans cette affaire d'une collision en mer (p. 248) qui, d'après ce que nous savons, a pu se produire à l'extérieur des limites territoriales ou autres limites juridictionnelles d'un tribunal de *common law*.

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que la compétence d'une cour supérieure à l'égard d'un litige en matière d'amirauté qui a pris naissance dans une province dépende de considérations historiques. À mon avis, cette compétence découle de la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire canadien. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir de légiférer concernant «l'administration de la justice dans la province» et inclut expressément «la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle». Il est clair, selon moi, que la compétence de la province en matière d'administration de la justice dans la province l'habilite à conférer à ses cours supérieures compétence pour instruire tous les types de causes, que le droit applicable soit fédéral, provincial ou constitutionnel; voir à cet égard Hogg, «Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts» (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9, à la p. 15; voir également *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. par Neil Finkelstein), vol. 1, pp. 179 à 181, en particulier à la p. 181. Dans *The British Tradition in Canadian Law* (1969), le juge Laskin (alors juge de la Cour d'appel) affirme, à la p. 114:

> [TRADUCTION] Au cours des dernières années, la jurisprudence portant sur ce sujet est allée jusqu'à reconnaître aux provinces le pouvoir de légiférer pour conférer à ses tribunaux compétence en matière fédérale en l'absence de règles de droit fédérales contraires. Cette conception d'une omnicompétence des cours supérieures des provinces tire son origine d'une décision du Conseil privé qui semble reconnaître aux cours supérieures une compétence inhérente selon laquelle (pour reprendre ses termes) «si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal pour en assurer l'exercice, car si aucun autre

which can enforce it, for if no other mode of enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the (Queen's) Courts of justice".

As Laskin J.A. notes, if federal law calls for the exercise of adjudication but is silent as to forum, the provincial courts are clearly competent to adjudicate. In a word, judicial jurisdiction is not tied to provincial legislative jurisdiction in other areas. In the present case, the fact that the federal Parliament may legislate in relation to the matter does not, in the absence of legislation, affect the jurisdiction of these courts.

A number of provincial Court of Appeal cases have dealt with the issue in the context of divorce law jurisdiction, prior to the enactment of the *Divorce Act*. For a time, it is true, the British Columbia courts took the view that a province is without authority to confer jurisdiction on its courts in respect of federal matters; see *Scott v. Scott* (1891), 4 B.C.R. 316; *Tytler v. Jamieson*, [1935] 3 W.W.R. 510 (B.C.C.A.); but see now *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, *supra*, to be examined later. In *Bilsland v. Bilsland*, [1922] 1 W.W.R. 718, and *Mitchell v. Mitchell and Croome*, [1936] 1 W.W.R. 553, however, the Manitoba Court of Appeal concluded that in the absence of federal specification of jurisdiction, a province may authorize its courts to enforce substantive federal law. In distinguishing a line of British Columbia cases, Perdue C.J., in *Bilsland*, wrote at pp. 720-21:

It appears to me that the learned Judges who decided *Scott v. Scott* and *Brown v. Brown* did not pay sufficient regard to sub-head No. 14 of sec. 92 of *The B.N.A. Act*, which confers upon the Legislature in each province jurisdiction to make laws in relation to

the administration of justice in the province, including the constitution, maintenance and organization of provincial Courts, both of civil and criminal jurisdic-

mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice».

Comme le soulignait le juge Laskin, si le droit fédéral prescrit l'exercice d'un pouvoir décisionnel mais est silencieux quant au tribunal compétent, les tribunaux provinciaux sont clairement compétents pour rendre une décision. Bref, la compétence des tribunaux n'est pas liée au pouvoir législatif que possèdent les provinces dans d'autres domaines. En l'espèce, le fait que le Parlement fédéral puisse légiférer en la matière ne porte pas atteinte, en l'absence d'une loi, à la compétence de ces tribunaux.

Dans un certain nombre d'arrêts, les cours d'appel des provinces ont traité de cette question dans le cadre de la compétence relative au droit en matière de divorce, avant l'adoption de la *Loi sur le divorce*. Il est vrai que pendant un certain temps les tribunaux de la Colombie-Britannique ont été d'avis qu'une province n'avait pas le pouvoir de conférer à ses tribunaux compétence dans les domaines relevant du pouvoir fédéral: voir les arrêts *Scott v. Scott* (1891), 4 B.C.R. 316; *Tytler v. Jamieson*, [1935] 3 W.W.R. 510 (C.A.C.-B.); mais voir maintenant l'arrêt *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, précité, que nous examinerons plus loin. Toutefois, dans les arrêts *Bilsland v. Bilsland*, [1922] 1 W.W.R. 718, et *Mitchell v. Mitchell and Croome*, [1936] 1 W.W.R. 553, la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'en l'absence d'une précision dans le droit fédéral quant à la compétence, une province peut permettre à ses tribunaux d'appliquer les dispositions de fond d'une loi fédérale. En établissant des distinctions à l'égard d'une série de décisions rendues en Colombie-Britannique, le juge en chef Perdue, dans l'arrêt *Bilsland*, écrit aux pp. 720 et 721:

[TRADUCTION] Les juges qui ont rendu les décisions *Scott v. Scott* et *Brown v. Brown* ne me paraissent pas avoir porté suffisamment attention au par. 92(14) de l'*A.A.N.B.* qui confère à la législature de chaque province le pouvoir de légiférer concernant

l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que

tion, and including procedure in civil matters in those Courts.

Under sec. 101 of the same Act the Parliament of Canada may provide for the establishment of additional Courts for the better administration of the laws of Canada. Parliament has not created a divorce Court. The administration of the law of divorce where it is in force in a province is therefore left to the provincial Court having jurisdiction to apply that law: *Board v. Board* [1919] A.C. 956, at p. 962, 88 L.J.P.C. 165, [1919] 2 W.W.R. 940.

A similar conclusion was reached by the Supreme Court of Prince Edward Island—*in banco* in *Reference on Divorce Jurisdiction* (1951-52), 29 M.P.R. 120. In the course of his reasons, Campbell C.J. (at p. 131) was at pains to point out the unfortunate practical results of limiting provincial authority in this area. Disputes involving banking and commercial paper, although governed by federal law, are routinely disposed of by provincial courts because the federal law fails to address the question of adjudication. Indeed, unless such courts have general jurisdiction over all justiciable disputes arising in the province, it is difficult to see in what forum certain disputes arising out of federal administration could be determined, since a court established by Parliament under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* can only have jurisdiction where (a) Parliament has legislative authority over the subject-matter of the case; (b) the empowering statute confers jurisdiction over the case; and (c) the case is governed by "existing and applicable federal law": see *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, *supra*, at p. 659, and *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, *supra*.

The foregoing position is supported by the following statement of Rand J. in *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768, at p. 783:

That after Confederation a right of appeal could be given by provincial law [in respect of divorce] appears to me to be unquestionable although the opposite opinion seems to have been held in the provincial Courts: the administration of justice by the Province surely extends

criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

En vertu de l'art. 101 de la même Loi, le Parlement du Canada peut prévoir l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada. Le Parlement n'a pas créé un tribunal du divorce. L'application de la loi sur le divorce dans la province où elle est en vigueur est donc laissée au tribunal provincial ayant compétence pour l'appliquer: *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, à la p. 962, 88 L.J.P.C. 165, [1919] 2 W.W.R. 940.

La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, en banc, est arrivée à une conclusion semblable dans *Reference on Divorce Jurisdiction* (1951-52), 29 M.P.R. 120. Le juge en chef Campbell (à la p. 131), dans ses motifs, s'est donné beaucoup de mal pour souligner les conséquences malheureuses qui résulteraient en pratique si le pouvoir de la province était restreint dans ce domaine. Les litiges concernant les banques et les effets de commerce, bien que régis par le droit fédéral, font couramment l'objet de décisions par des tribunaux provinciaux parce que le droit fédéral omet de traiter du pouvoir décisionnel. En effet, à moins que ces tribunaux n'aient une compétence générale à l'égard de tous les litiges qui prennent naissance dans la province, il est difficile de voir quel tribunal aura compétence pour trancher certains litiges découlant de l'administration fédérale puisqu'un tribunal établi par le Parlement en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut avoir compétence que si a) le Parlement a le pouvoir de légiférer sur l'objet du litige, b) la loi habilitante confère compétence à l'égard du litige, et c) le litige est régi par «une législation fédérale applicable»; voir les arrêts *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, à la p. 659, et *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, précité.

L'opinion précédente trouve appui dans l'énoncé suivant du juge Rand dans l'arrêt *Hellens v. Densmore*, [1957] R.C.S. 768, à la p. 783:

[TRADUCTION] Il me paraît incontestable, même si les tribunaux de la province ont semblé soutenir le contraire, qu'après la Confédération une loi provinciale pouvait accorder un droit d'appel [en matière de divorce]: l'administration de la justice par la province

to the final determination within the Province of the judgments of its own Courts.

Indeed, unlike the cases already discussed, Rand J.'s holding cannot be explained on the basis of the historical inherent jurisdiction of a superior court. Appellate jurisdiction must be conferred by statute.

As already noted, *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, *supra*, and other cases, make it clear that the provincial superior courts have concurrent original jurisdiction with the Federal Court in admiralty matters. Whether inferior provincial courts can exercise this concurrent jurisdiction was, however, left open by this Court in *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283, where Chouinard J., speaking for the Court, stated at p. 298:

> I am of the opinion that marine insurance is part of the maritime law over which s. 22 of the *Federal Court Act* confers concurrent jurisdiction on that Court. It is not necessary to determine what other courts may have jurisdiction concurrent with the Federal Court, nor to determine the scope of their jurisdiction.

It seems to me, however, that such jurisdiction is inherent in the essentially unitary character of the Canadian court system. If, as indicated by the divorce cases above cited, one accepts that jurisdiction in the provincial superior courts is not solely derived from the specific character of superior courts, but that s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* empowers the provinces to grant them general jurisdiction, whether originally or on appeal as in *Hellens v. Densmore*, *supra*, there is no reason why this should not apply to provincial courts of inferior jurisdiction as well. There are considerations of a historical and practical nature that militate in favour of this solution as well to which I shall advert later. I turn first, however, to a discussion of the cases that have dealt directly with the issue.

comprend assurément le pouvoir de trancher en dernier ressort dans la province les affaires jugées par les tribunaux de la province.

En effet, contrairement aux arrêts déjà analysés, la conclusion du juge Rand ne peut s'expliquer par la compétence historique inhérente d'une cour supérieure. La compétence en appel doit être conférée par une loi.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'arrêt *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, précité, et d'autres arrêts indiquent clairement que les cours supérieures des provinces et la Cour fédérale possèdent en matière d'amirauté une compétence concurrente en première instance. Quant à savoir si les tribunaux d'instance inférieure des provinces peuvent exercer cette compétence concurrente, cette Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur cette question dans l'arrêt *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, où le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé à la p. 298:

> Je suis d'avis que l'assurance maritime fait partie du droit maritime sur lequel l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à celle-ci une compétence concurrente. Il n'est pas nécessaire de déterminer quels autres tribunaux peuvent avoir une compétence concurrente avec la Cour fédérale ni de déterminer l'étendue de leur compétence.

Il me semble cependant que cette compétence est inhérente au caractère essentiellement unitaire du système judiciaire canadien. Si, comme l'indiquent les arrêts en matière de divorce susmentionnés, on accepte que la compétence des tribunaux provinciaux d'instance supérieure ne provient pas seulement de la nature particulière des tribunaux d'instance supérieure, mais que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces le pouvoir de conférer à ces tribunaux une compétence générale, en première instance ou en appel, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Hellens v. Densmore*, précité, il n'y a aucune raison pour laquelle cela ne pourrait s'appliquer également aux tribunaux provinciaux d'instance inférieure. Il existe aussi des considérations historiques et pratiques qui militent en faveur de cette solution et sur lesquelles je reviendrai plus loin. Toutefois, je vais d'abord procéder à l'analyse des arrêts qui ont traité directement de la question.

The first of these is *Heath v. Kane*, *supra*, which the Divisional Court in the present case found determinative of the issue here. That case was a negligence action for personal injuries resulting from a collision between two small pleasure craft on navigable inland waters originally brought in the County Court of Ontario. The action was dismissed on a preliminary motion, the trial judge holding the County Court had no jurisdiction in admiralty matters. The decision was affirmed by the Ontario Court of Appeal. Lacourcière J.A., speaking for the Court, recognized the concurrent jurisdiction of the High Court, which as a superior court had inherited the admiralty jurisdiction of the superior courts at Westminster. He then cited the following passage from *Peacock v. Bell and Kendal* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 74 and 87-88 respectively, which he noted had been adopted by the Privy Council in *Board v. Board*, [1919] A.C. 956:

> And the rule for jurisdiction is, that nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so; and, on the contrary, nothing shall be intended to be within the jurisdiction of an Inferior Court but that which is so expressly alleged.

He then went on to say that the grant to the County Courts of jurisdiction over "personal actions" within certain monetary limits was incapable of granting them jurisdiction in claims for damages caused by a ship collision in navigable waters because this was a matter in relation to navigation and shipping, and the fact that these courts had in the past assumed such jurisdiction could not change the matter. Section 22 of the *Federal Court Act* had been judicially interpreted to mean that an admiralty action could be brought either in the Federal Court or a superior court of a province. The reference in the *County Courts Act* to "personal actions" could not confer jurisdiction in matters such as navigation and shipping where Parliament has already assigned jurisdiction. He admitted the cases dealing with the English County Courts, *The Queen v. Southend County*

Le premier de ces arrêts est *Heath v. Kane*, précité, que la Cour divisionnaire a jugé déterminant quant à la question litigieuse en l'espèce. Il s'agissait d'une action fondée sur la négligence qui avait été intentée pour des lésions corporelles subies par suite d'une collision survenue dans les eaux navigables intérieures entre deux petits bateaux de plaisance et dont la Cour de comté de l'Ontario avait été initialement saisie. L'action a été rejetée par suite d'une requête préliminaire, le juge de première instance ayant décidé que la Cour de comté n'avait pas compétence en matière d'amirauté. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision. Le juge Lacourcière, s'exprimant au nom de la cour, a reconnu la compétence concurrente de la Haute Cour qui, à titre de tribunal d'instance supérieure, avait hérité de la compétence en matière d'amirauté des cours supérieures à Westminster. Il a alors cité l'extrait suivant de l'arrêt *Peacock v. Bell and Kendal* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, à la p. 74 et aux pp. 87 et 88 respectivement, qui, a-t-il souligné, avait été adopté par le Conseil privé dans l'arrêt *Board v. Board*, [1919] A.C. 956:

> [TRADUCTION] Et la règle en matière de compétence, c'est que rien n'est censé échapper à la compétence d'une cour supérieure sauf ce qui semble y échapper spécialement; et, inversement, rien n'est censé relever de la compétence d'une cour d'instance inférieure sauf ce qui est expressément allégué.

Il a alors poursuivi en disant que l'attribution aux cours de comté d'une compétence relative aux [TRADUCTION] «actions personnelles» à l'intérieur de certaines limites pécuniaires ne pouvait avoir pour effet de leur conférer compétence sur les actions en dommages-intérêts intentées par suite d'une collision de bateaux dans des eaux navigables parce qu'il s'agissait d'une question relative à la navigation et à la marine marchande et que le fait que ces tribunaux aient autrefois exercé cette compétence n'y changeait rien. Les tribunaux avaient déjà interprété l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme signifiant qu'une action en matière d'amirauté pouvait être intentée soit devant la Cour fédérale soit devant une cour supérieure d'une province. La mention dans la *County Courts Act* de l'expression [TRADUCTION] «actions personnelles» ne pouvait conférer compétence dans

Court (Judge of) and *Scovell v. Bevan*, already discussed, caused difficulty, but as already seen, he distinguished these on the supposed basis of a residual common law jurisdiction in these courts. He added at p. 720 that "the grant of jurisdiction by the Parliament of the United Kingdom is not subject to constitutional limits which restrict the Legislatures of Canadian Provinces".

In *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal refused to follow *Heath v. Kane* and rebutted, in my view successfully, several of the arguments made in that case. *Guthrie* was a claim brought in the County Court of Vancouver claiming breach of a contract of carriage and negligence resulting in damages to goods transported under the contract. The County Court judge declined to hear the case on the ground that it related to navigation and shipping from which decision an appeal was taken to the Court of Appeal. Farris C.J.B.C., who gave the judgment, first traced the history of the County Courts of British Columbia which, he held, were at their inception given the same jurisdiction as were possessed by the English County Courts, which, we saw, had jurisdiction in admiralty in personal actions within their monetary limits. He then turned to and rejected the contention discussed in the *Heath* case, that "concurrent original jurisdiction" in s. 22(1) of the *Federal Court Act* meant concurrent only with the provincial superior courts. He observed, first of all, that the jurisdiction of the County Court was, under its constituent Act, within its monetary limits, concurrent and similar to that of the Supreme Court. There was nothing in the *Federal Court Act* to confine the concurrent original jurisdiction to concurrency with a superior court. The term "original", he thought, was used in contrast to appellate. Finally, he could not see the logic in Parliament's removing the concurrent jurisdiction of the County Courts for claims under $15,000 while leaving concurrent

des domaines comme la navigation et la marine marchande où le Parlement avait déjà conféré compétence. Il a reconnu que les arrêts relatifs aux cours de comté en Angleterre, *The Queen v. Southend County Court (Judge of)* et *Scovell v. Bevan*, dont nous avons déjà parlé, posaient des difficultés mais, comme nous l'avons déjà vu, il les a distingués selon la compétence résiduelle de *common law* qu'auraient ces tribunaux. Il a ajouté, à la p. 720, que [TRADUCTION] «l'attribution de compétence par le Parlement du Royaume-Uni n'est pas assujettie aux limites constitutionnelles imposées aux législatures des provinces canadiennes».

Dans l'arrêt *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de suivre l'arrêt *Heath v. Kane* et a réfuté, avec succès à mon avis, plusieurs arguments présentés dans cette affaire. Dans l'affaire *Guthrie*, une action avait été intentée devant la Cour de comté de Vancouver pour inexécution de contrat de transport et négligence ayant causé des dommages aux marchandises transportées en vertu d'un contrat. Le juge de la Cour de comté a refusé d'entendre l'affaire pour le motif qu'elle portait sur la navigation et la marine marchande, et sa décision a été portée en appel devant la Cour d'appel. Le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique, qui a rendu jugement, a d'abord fait l'historique des cours de comté de cette province qui, a-t-il conclu, s'étaient vu attribuer au départ la même compétence que les cours de comté en Angleterre, lesquelles, nous l'avons vu, avaient compétence en matière d'amirauté relativement aux actions personnelles à l'intérieur de leurs limites pécuniaires. Il a ensuite examiné et rejeté la prétention analysée dans l'arrêt *Heath* selon laquelle la «compétence concurrente en première instance» du par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne visait que la compétence concurrente avec les tribunaux provinciaux d'instance supérieure. Il a souligné avant tout que la compétence de la Cour de comté était, en vertu de sa loi constitutive et à l'intérieur de ses limites pécuniaires, concurrente avec celle de la Cour suprême et semblable à celle-ci. Rien dans la *Loi sur la Cour fédérale* ne limitait la compétence concurrente en première instance à la concurrence

jurisdiction with the Supreme Court of British Columbia for claims exceeding that amount. Finally, he rejected the trial judge's holding that he lacked jurisdiction on the ground that the claim constituted an aspect of "navigation and shipping" in the following passage, at p. 418:

I do not agree with the trial Judge's views for two reasons:

(1) The claim here asserted does not "constitute an aspect of 'navigation and shipping' ". It is a claim for breach of contract for the carriage of goods. The fact that the carriage took place by sea does not alter its essential nature. If the reasoning of the trial Judge were adopted it would preclude the County Court from hearing an action on a bill of exchange.

(2) The trial Judge equated legislative jurisdiction with judicial jurisdiction. This is contrary to the decisions of the Supreme Court of Canada in *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.* (1976), 71 D.L.R. (3d) 111, [1977] 2 S.C.R. 1054, 9 N.R. 471, and *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen* (1977), 75 D.L.R. (3d) 273, [1977] 2 S.C.R. 654, 13 N.R. 181 *sub nom. Gov't of Canada v. McNamara Construction (Western) Ltd. et al.* At p. 277 D.L.R., p. 185 N.R., of the latter case the Chief Justice of Canada said:

> As this Court indicated in the *Quebec North Shore Paper Co.* case, judicial jurisdiction contemplated by s. 101 [the B.N.A. Act, 1867] is not co-extensive with federal legislative jurisdiction.

I find it unnecessary to say anything about the first point beyond remarking that it would seem odd if, in the present case, the province could not deal with the claim as a local and private matter or as one of property and civil rights. It is, however, sufficient to confine myself to the second point. As to this, it will be obvious that this approach is

avec celle d'une cour supérieure. Selon lui, l'expression «en première instance» était employée par opposition à la compétence en appel. Enfin, il ne pouvait saisir quelle logique il y aurait pour le Parlement de supprimer la compétence concurrente des cours de comté à l'égard des réclamations inférieures à 15 000 $ tout en reconnaissant une compétence concurrente avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'égard des réclamations supérieures à ce montant. En définitive, dans le passage suivant, à la p. 418, il a rejeté la décision du juge de première instance qui avait conclu qu'il n'avait pas compétence parce que la demande représentait un aspect de «la navigation et de la marine marchande»:

[TRADUCTION] Je ne partage pas l'avis du juge de première instance pour deux raisons:

(1) La demande présentée en l'espèce ne «représente [pas] un aspect de la «navigation et de la marine marchande» ». C'est une demande pour inexécution d'un contrat de transport de marchandises. Le fait que le transport ait été effectué par mer n'en change pas la nature fondamentale. Si le raisonnement du juge de première instance était retenu, il aurait pour effet d'interdire à la Cour de comté d'entendre une action relative à une lettre de change.

(2) Le juge de première instance a assimilé la compétence législative à la compétence judiciaire. Cela est contraire aux arrêts de la Cour suprême du Canada *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054, (1976), 71 D.L.R. (3d) 111, 9 N.R. 471, et *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, (1977), 75 D.L.R. (3d) 273, 13 N.R. 181, *sub. nom. Gov't of Canada v. McNamara Construction (Western) Ltd. et al.* À la p. 658 R.C.S. du dernier arrêt, le Juge en chef du Canada a affirmé:

> Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co.*, la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 [l'A.A.N.B., 1867] ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit au premier point si ce n'est de souligner qu'il semblerait étrange si, en l'espèce, la province ne pouvait traiter la demande comme une matière de nature locale ou privée ou comme une matière se rapportant à la propriété et aux droits civils. Il suffit cependant que je m'en tienne au second

completely in accord with the cases discussed earlier where it was held that under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* the provinces had legislative jurisdiction to grant their courts jurisdiction to hear judicial disputes arising in the province even when those disputes included matters falling within federal legislative jurisdiction subject, of course, to federal legislation validly enacted pursuant to such jurisdiction. This has become more obvious since the decisions of this Court cited by Farris C.J.B.C., and he was in my view quite correct in holding that the *Heath* case, which had been decided before these decisions, was inconsistent with them.

The *Balfour Guthrie* case could, of course, be distinguished from the *Heath* case on the basis of the historical evolution of the British Columbia County Courts. That, however, cannot be said of *General Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.*, [1983] C.A. 536, where the Quebec Court of Appeal (*per* Malouf J.A., Kaufman and L'Heureux-Dubé (now of this Court) JJ.A. concurring), for reasons similar to those in *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, held that the Quebec Provincial Court had jurisdiction in admiralty matters within its monetary limits. At all events, as I earlier explained, the historical jurisdiction attributed to the English County Courts in *Heath v. Kane* is irrelevant. Nor do I think the principle against conferring jurisdiction on an inferior court mentioned in *Peacock v. Bell and Kendal, supra*, applies here. As earlier indicated, the grant of jurisdiction in any action below a certain monetary limit is sufficiently clear as is evident from the interpretation of the similar legislation regarding the English *County Courts Act* already discussed. And while I agree with Lacourcière J.A.'s view in *Heath v. Kane* that the exercise of admiralty jurisdiction by the Ontario County Courts in the past did not confer jurisdic-

point. À cet égard, il est évident que cette interprétation est tout à fait conforme aux arrêts analysés plus tôt et dans lesquels on a décidé qu'en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* les provinces avaient le pouvoir législatif d'accorder à leurs tribunaux la compétence pour entendre des litiges qui prennent naissance dans la province même lorsque ces litiges comportaient des aspects relevant du pouvoir législatif fédéral, sous réserve évidemment d'une loi fédérale adoptée validement en conformité avec ce pouvoir législatif. Cela est devenu plus évident depuis les arrêts de cette Cour cités par le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique et j'estime qu'il avait tout à fait raison d'affirmer que l'arrêt *Heath*, rendu avant ces arrêts, était incompatible avec ceux-ci.

Il serait évidemment possible de distinguer l'arrêt *Balfour Guthrie* de l'arrêt *Heath* en fonction de l'évolution historique des cours de comté en Colombie-Britannique. On ne peut cependant en dire autant de l'arrêt *General Traders Ltd. c. Saguenay Shipping Ltd.*, [1983] C.A. 536, où la Cour d'appel du Québec (le juge Malouf, aux motifs duquel ont souscrit les juges Kaufman et L'Heureux-Dubé (maintenant juge à la Cour suprême)), pour des motifs semblables à ceux de l'arrêt *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.*, a décidé que la Cour provinciale du Québec avait compétence en matière d'amirauté à l'intérieur de ses limites pécuniaires. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai déjà expliqué, la compétence historique attribuée aux cours de comté en Angleterre, dans l'arrêt *Heath v. Kane,* n'est pas pertinente. Je ne crois pas non plus que le principe interdisant l'attribution de compétence à un tribunal d'instance inférieure mentionné dans l'arrêt *Peacock v. Bell and Kendal*, précité, s'applique en l'espèce. Comme je l'ai déjà indiqué, l'attribution de compétence à l'égard de toute action en deçà d'une certaine limite pécuniaire est suffisamment claire comme il ressort de l'interprétation de la loi analogue relative à la *County Courts Act* de l'Angleterre que nous avons déjà analysée. Et bien que je partage le point de vue exprimé par le juge Lacourcière dans l'arrêt *Heath v. Kane,* selon lequel l'exercice par les cours de comté de l'Ontario d'une compétence en matière d'amirauté par le passé ne leur a pas conféré compétence, cet exer-

tion on them, it affords some evidence that it is not unreasonable to hold that any action includes any common law action.

There remain some further questions inherent in Lacourcière J.A.'s reference to the constitutional limits of the province. I have already referred to my view that a province may, in the exercise of its powers under s. 92(14), confer general jurisdiction on its courts, and that I saw no reason why this power did not extend to courts of inferior jurisdiction. Indeed, it seems to me that the essentially unitary structure of the Canadian judicial system invites this conclusion. From Confederation to this day, the courts in the provinces, barring inconsistent federal laws, have decided every type of dispute imaginable. As Hogg, *supra*, p. 15, has put it: "It did not matter whether a dispute raised a question of constitutional law, federal law, provincial law, or a mixture of the three, the provincial courts still had jurisdiction." They may not, in strictness, be national courts, but they are the ordinary courts of the land to which the citizen customarily turns when he has need to resort to the administration of justice.

I have already mentioned the unfortunate practical results that would follow from limiting provincial authority in this area. Disputes involving banking and commercial paper, to name a few, although governed by federal law, are routinely disposed of by provincial courts. In addition, the resources of the superior courts would be sorely taxed if, regardless of the amount in dispute, only the superior courts could hear any action arising out of any matter falling within the federal legislative competence. Small Claims Courts were established to lessen the burden on superior courts in cases involving relatively small amounts of money and to give greater access to justice to the public. In this context, I might add that while I have no difficulty accepting the first proposition in *Peacock v. Bell and Kendal*, *supra*, that the jurisdiction of superior courts must be read generously (see *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at pp. 712-13), the

Il reste certaines autres questions inhérentes à la mention par le juge Lacourcière des limites constitutionnelles de la province. J'ai déjà fait état de mon opinion qu'une province peut, dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu du par. 92(14), conférer à ses tribunaux une compétence générale et que je ne voyais aucune raison pour laquelle ce pouvoir ne s'étendrait pas aux tribunaux d'instance inférieure. En effet, il me semble que la structure essentiellement unitaire du système judiciaire canadien nous invite à tirer cette conclusion. Depuis la Confédération jusqu'à ce jour, les tribunaux des provinces ont, sous réserve de règles de droit fédérales incompatibles, statué sur tous les types de litiges imaginables. Comme Hogg, précité, l'a affirmé à la p. 15: [TRADUCTION] «Il importait peu que le litige soulève une question de droit constitutionnel, de droit fédéral, de droit provincial, ou d'un mélange des trois, les tribunaux provinciaux avaient néanmoins compétence». Ils ne sont peut-être pas, à proprement parler, des tribunaux nationaux mais ils sont les tribunaux ordinaires du pays auxquels les citoyens recourent habituellement pour l'administration de la justice.

J'ai déjà mentionné les conséquences malheureuses qui résulteraient en pratique si le pouvoir de la province était restreint dans ce domaine. Les litiges concernant les banques et les effets de commerce, pour n'en nommer que quelques-uns, bien que régis par le droit fédéral, font couramment l'objet de décisions par des tribunaux provinciaux. De plus, ce serait soumettre à dure épreuve les ressources des tribunaux d'instance supérieure si, sans égard à la somme en cause, ils étaient seuls à pouvoir entendre toute action découlant d'une matière relevant de la compétence législative fédérale. Les cours des petites créances ont été constituées pour alléger le fardeau des tribunaux d'instance supérieure dans des cas où des sommes relativement petites sont en jeu et pour faciliter l'accès des citoyens à la justice. Dans ce contexte, je pourrais ajouter que, même si je n'ai aucune difficulté à accepter la première proposition de l'arrêt *Peacock v. Bell and Kendal*, précité, selon

strict approach to inferior courts suggested in the second proposition must in this country be approached with an eye to our essentially unitary court system.

I have no difficulty, therefore, in concluding that, pursuant to s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, the provinces may confer to their inferior courts general jurisdiction including actions arising out of federal matters. This power is, of course, exercisable only in the absence of federal legislation specifying a particular forum.

These considerations go some considerable way towards replying to two related subsidiary questions involved in weighing the federal implications in the area. First, should a general grant of judicial power, such as exists in s. 55 of the *Small Claims Courts Act* be interpreted so as to include federal matters, and, conversely, should s. 22 of the *Federal Court Act* be read as permitting this? I have no difficulty in replying affirmatively to both questions. To do otherwise would offend rather than foster our federal constitutional structure. It would involve diminishing rather than enhancing the essentially unitary nature of the court system established by the Constitution. A negative answer to these questions would, in my view, be inconsistent with the reasoning of this Court in the *McNamara Construction* and *Quebec North Shore* cases. Those cases laid down stringent requirements for Parliament in exercising its power to grant jurisdiction to a court established under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. In so doing, the Court strongly asserted the primarily unitary nature of our judicial system. To require

laquelle il faut donner une interprétation large à la compétence des tribunaux d'instance supérieure (voir l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, aux pp. 712 et 713), l'interprétation stricte que contient la seconde proposition à l'égard des tribunaux d'instance inférieure doit en ce pays être abordée en tenant compte du caractère essentiellement unitaire de notre système judiciaire.

Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que, conformément au par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces peuvent conférer à leurs tribunaux d'instance inférieure une compétence générale, notamment à l'égard des actions qui relèvent d'un domaine de compétence fédérale. Ce pouvoir ne peut évidemment être exercé qu'en l'absence d'une loi fédérale spécifiant qu'un tribunal en particulier a compétence.

Ces considérations nous aident considérablement à répondre à deux questions subsidiaires connexes qui se posent lorsqu'il s'agit de soupeser les incidences fédérales dans ce domaine. Premièrement, devrait-on interpréter une attribution générale de pouvoir judiciaire, comme celle qu'on trouve à l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances*, comme visant aussi les domaines de compétence fédérale, et, inversement, devrait-on interpréter l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme permettant cela? Je n'ai aucune difficulté à répondre par l'affirmative à ces deux questions. Répondre autrement irait à l'encontre de notre structure constitutionnelle fédérale plutôt que de la mettre en valeur. Cela aurait pour effet de miner plutôt que de favoriser la nature essentiellement unitaire du système judiciaire établi par la Constitution. À mon avis, une réponse négative à ces questions serait incompatible avec le raisonnement que cette Cour a adopté dans les arrêts *McNamara Construction* et *Quebec North Shore*. Ces arrêts ont imposé des conditions strictes à l'exercice par le Parlement de son pouvoir de conférer compétence à un tribunal établi en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce faisant, la Cour a défendu avec force la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire. Obliger le Parlement à se conformer à des critères stricts pour conférer compétence aux tri-

Parliament to meet strict tests in conferring jurisdiction on federal courts but to then require specific words in a provincial grant of jurisdiction to inferior courts makes little sense.

The practical considerations mentioned by Farris C.J.B.C. in *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* in relation to s. 22 may be adverted to here. Does it make sense to read Parliament as having by that provision permitted concurrent jurisdiction to the Federal Court and provincial superior courts in actions involving large sums of money while denying that convenience to persons seeking satisfaction of small claims? Similar practical considerations are involved in a narrow reading of the provincial statute. The inferior courts have over the years sensibly responded to these imperatives. They have routinely dealt with problems involving bills of exchange and commercial papers generally, as well as other relevant federal matters, in dealing with the claims before them.

I, therefore, conclude that Leach J. was correct in concluding that he had jurisdiction to hear the action. *Heath v. Kane*, *supra*, should be overruled.

Section 96 of the *Constitution Act, 1867*

A final issue requires consideration: the application of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. While not directly referred to in the constitutional questions before this Court, it was raised by the Attorney General of Canada and, in my view, it is necessary to determine whether s. 96 operates to preclude the exercise of maritime law jurisdiction by provincial inferior courts. I find it unnecessary to enter into any detail about the sometimes intricate history of admiralty jurisdiction in Canada; for a discussion, see Burchell, *supra*. Suffice it to say that at the time of Confederation, this jurisdiction was exercised primarily by Vice-Admiralty Courts established under the *Vice Admiralty Courts Act, 1863* (U.K.), 26 & 27 Vict., c. 24; see *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*. These courts were established under the Great Seal of

bunaux fédéraux, pour ensuite exiger que l'attribution provinciale de compétence à des tribunaux d'instance inférieure se fasse en des termes spécifiques n'a pas de sens.

On peut se rapporter ici aux considérations pratiques mentionnées par le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique au sujet de l'art. 22 dans l'arrêt *Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.* Est-il logique de considérer que le Parlement a, par cette disposition, reconnu à la Cour fédérale et aux tribunaux provinciaux d'instance supérieure une compétence concurrente lorsqu'il s'agit d'actions qui mettent en jeu des sommes importantes, tout en refusant cette compétence lorsqu'il s'agit de petites créances? Une interprétation stricte de la loi provinciale comporte des considérations pratiques du même ordre. Au fil des ans, les tribunaux d'instance inférieure ont répondu à ces impératifs judicieusement. En traitant les demandes qui leur étaient présentées, ils ont habituellement traité de problèmes relatifs à des lettres de change et à des effets de commerce en général ainsi qu'à d'autres domaines pertinents relevant de la compétence fédérale.

Je conclus donc que le juge Leach a décidé à bon droit qu'il avait compétence pour entendre l'action. L'arrêt *Heath v. Kane*, précité, devrait être renversé.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Une dernière question doit être examinée: l'application de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que les questions constitutionnelles soulevées devant cette Cour n'en fassent pas mention directement, le procureur général du Canada l'a soulevée et j'estime qu'il est nécessaire de déterminer si l'art. 96 a pour effet d'interdire l'exercice de la compétence en droit maritime par les tribunaux d'instance inférieure. J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en détail l'historique parfois compliqué de la compétence en matière d'amirauté au Canada; pour une analyse, voir Burchell, précité. Il suffit de dire qu'à l'époque de la Confédération, cette compétence était essentiellement exercée par les cours de vice-amirauté établies en vertu de la *Vice Admiralty Courts Act, 1863* (R.-U.), 26 & 27 Vict., chap. 24; voir la décision *La Reine c.*

the United Kingdom, with judges appointed by the admiralty. Sections 96 to 99 of the *Constitution Act, 1867* do not refer to these provisions or to admiralty judges, indicating that these courts were not intended to fall within the classification of superior, district or county courts of the provinces dealt with in those sections. Section 100 of the *Constitution Act, 1867*, which provides for the salary and expenses of judges, however, refers specifically to admiralty courts, which also suggests that admiralty courts were not viewed as falling within s. 96. In fact, on the eve of Confederation, the primary jurisdiction in admiralty was exercised by special courts distinct from those contemplated by s. 96. Clearly, this precludes any claim for s. 96 protection of admiralty jurisdiction.

Conclusion and Disposition

I conclude that a provincial legislature has the power by virtue of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* to grant jurisdiction to an inferior court to hear a matter falling within federal legislative jurisdiction. This power is limited, however, by s. 96 of that Act and the federal government's power to expressly grant exclusive jurisdiction to a court established by it under s. 101 of the Act. Since neither of these exceptions applies in the present case, the grant of jurisdiction in s. 55 of the *Small Claims Courts Act* authorizes the Small Claims Court to hear the action in the present appeal.

I would, therefore, allow the appeal and restore the decision of Leach J. I would answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative. The matter should be remitted to the Small Claims Court for a decision on the merits.

Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Canadian Vickers Ltd., précitée. Ces cours avaient été établies sous le Grand Sceau du Royaume-Uni et les juges y siégeant étaient nommés par l'amirauté. Les articles 96 à 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne font pas mention de ces dispositions ni des juges d'amirauté, ce qui indique que ces cours ne devaient pas être visées par la classification des cours supérieures, des cours de district ou des cours de comté des provinces dont il est question dans ces articles. Cependant, l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui porte sur les traitements et allocations des juges mentionne expressément les cours de l'amirauté, ce qui laisse également entendre que les cours de l'amirauté n'étaient pas considérées comme relevant de l'art. 96. En fait, la veille de la Confédération, la compétence première en matière d'amirauté était exercée par des tribunaux spéciaux, distincts de ceux prévus à l'art. 96. Il est donc clair que l'art. 96 ne peut être invoqué pour protéger la compétence en matière d'amirauté.

Conclusion et dispositif

Je conclus qu'une législature provinciale a, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de conférer à un tribunal d'instance inférieure compétence pour entendre un litige qui relève de la compétence législative fédérale. Cependant, ce pouvoir est restreint par l'art. 96 de la Loi et par le pouvoir du gouvernement fédéral d'accorder expressément compétence exclusive à un tribunal que lui permet d'établir l'art. 101 de la Loi. Puisque aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce, la compétence qui est attribuée à l'art. 55 de la *Loi sur les cours des petites créances* permet à la cour des petites créances d'entendre l'action dans le présent pourvoi.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Leach. Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la seconde. L'affaire devrait être renvoyée à la cour des petites créances pour qu'elle rende une décision sur le fond.

Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Solicitor for the appellant: Archie Campbell, Toronto.

Solicitors for the respondent: Partington, Hugill & Wormald, St. Catharines.

Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'appelant: Archie Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Partington, Hugill & Wormald, St. Catharines.

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Manuel Lavadores Roman and Juan Francisco Alonso *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ROMAN

File No.: 20627.

1989: January 31; 1989: February 23.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Courts — Appellate court jurisdiction — Crown appeal — Jurisdiction of Court of Appeal to interfere in a judgment below restricted to where trial judge found to have erred on a question of law alone — No error at trial involving a question of law alone — Acquittals restored — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(a).

Appellants, masters of two Spanish fishing vessels, were charged with illegally entering Canadian fisheries waters on June 5 and 18, 1985. Both were also charged with illegally fishing within these waters on the first occasion and the appellant Roman was charged with wilful obstruction of a fisheries protection officer on the second. The charges proceeded by way of indictment in the Newfoundland Provincial Court and were dismissed. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittals and entered convictions on all charges.

Held: The appeal should be allowed.

Cases Cited

Applied: *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592.

Statutes and Regulations Cited

Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C. 1978, c. 413, s. 15(1) [rep. & subs. SOR/81-193; rep. & subs. SOR/85-527], (2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(*a*).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1987), 66 Nfld. & P.E.I.R. 319, 204 A.P.R. 319, allowing the Crown's appeal

Manuel Lavadores Roman et Juan Francisco Alonso *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ROMAN

N° du greffe: 20627.

1989: 31 janvier; 1989: 23 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Tribunaux — Compétence d'une cour d'appel — Appel interjeté par le ministère public — Compétence de la Cour d'appel pour modifier le jugement de première instance limitée aux cas où le juge de première instance a commis une erreur portant sur une question de droit seulement — Aucune erreur comportant une question de droit seulement n'a été commise en première instance — Acquittements rétablis — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)a).

Les appelants, capitaines de deux bâtiments de pêche espagnols, ont été accusés d'avoir pénétré illégalement dans les eaux des pêcheries canadiennes les 5 et 18 juin 1985. Ils ont également tous les deux été accusés d'avoir pêché dans ces eaux, à la première occasion, et l'appelant Roman a été accusé d'avoir volontairement entravé un préposé à la protection des pêcheries, à la deuxième occasion. Un acte d'accusation a été déposé devant la Cour provinciale de Terre-Neuve et toutes les accusations portées ont été rejetées. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, a annulé les acquittements prononcés et a inscrit des déclarations de culpabilité relativement à toutes les accusations.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)*a*).
Règlement sur la protection des pêcheries côtières, C.R.C. 1978, chap. 413, art. 15(1) [abr. & rempl. DORS/81-193; abr. & rempl. DORS/85-527], (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1987), 66 Nfld. & P.E.I.R. 319, 204 A.P.R. 319, qui a accueilli l'appel interjeté par

from the appellants' acquittals on charges of illegally entering Canadian fisheries waters, illegally fishing within these waters and obstructing a fisheries protection officer. Appeal allowed.

John R. Sinnott, for the appellants.

William H. Corbett, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—With respect to the charges relative to the June 5, 1985 events, the trial judge had a reasonable doubt as to whether the accused had or had not entered the Canadian fishing zone. The disposition of the appeal in those charges is governed by this Court's decision in *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592. On a Crown appeal (s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34), the Court of Appeal will have jurisdiction to interfere with the judgment below only if it finds that the trial court erred "on a question of law alone". The Crown has not satisfied us that it should have succeeded on any ground that it raised in the Court of Appeal involving a question of law alone. The appeal as regards those charges is accordingly allowed, the convictions entered by the Court of Appeal are quashed, and the acquittals entered by the trial judge are restored.

As regards the charges relating to the June 18 events, there is evidence and there are findings of fact made by the trial judge that bring the accused within s. 15(1) and (2) of the *Coastal Fisheries Protection Regulations*, C.R.C. 1978, c. 413. Leaving those findings of fact undisturbed, we find that the acquittal entered by the trial judge would not have raised an error of law alone had he rested his acquittal on that regulation. We accordingly allow the appeal with respect to those June 18

le ministère public à l'encontre des verdicts d'acquittement des appelants prononcés relativement aux accusations d'avoir pénétré illégalement dans les eaux des pêcheries canadiennes, d'avoir illégalement pêché dans ces eaux et d'avoir entravé un préposé à la protection des pêcheries. Pourvoi accueilli.

John R. Sinnott, pour les appelants.

William H. Corbett, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—En ce qui concerne les accusations relatives aux événements du 5 juin 1985, le juge du procès avait un doute raisonnable quant à savoir si les accusés avaient pénétré dans la zone de pêche canadienne. En l'espèce, l'issue du présent pourvoi relativement à ces accusations est régie par l'arrêt de cette Cour *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592. Lorsque le ministère public interjette appel (al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34), la Cour d'appel n'a compétence pour modifier le jugement du tribunal de première instance que si elle conclut que ce tribunal a commis une erreur portant sur «une question de droit seulement». Le ministère public ne nous a pas convaincus qu'il aurait dû avoir gain de cause relativement à l'un ou l'autre des moyens comportant une question de droit seulement qu'il avait soulevés en Cour d'appel. En ce qui concerne ces accusations, le pourvoi est donc accueilli, les déclarations de culpabilité inscrites par la Cour d'appel sont annulées et les acquittements prononcés par le juge de première instance sont rétablis.

En ce qui concerne les accusations relatives aux événements du 18 juin, il y a des éléments de preuve et des conclusions de fait tirées par le juge de première instance qui font que les accusés sont visés par les par. 15(1) et (2) du *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*, C.R.C. 1978, chap. 413. Tout en ne modifiant pas ces conclusions de fait, nous jugeons que l'acquittement prononcé par le juge de première instance n'aurait pas soulevé seulement une erreur de droit s'il avait fondé son acquittement sur ce règlement. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi quant à ces accusations relatives aux événements du 18 juin, d'annuler la déclaration de culpabilité et de

charges, quash the conviction and restore the acquittals entered by the trial judge.

With regard to the charge of wilfully obstructing a Fisheries Protection Officer, we agree with the trial judge that the conduct of the appellant Roman did not constitute obstruction. Furthermore, the conclusion of the trial judge must be taken to have negatived the existence of the intent to obstruct. This is a finding of fact which cannot be reviewed on an appeal by the Crown. We accordingly allow the appeal with respect to the charge of wilful obstruction against the appellant Roman, quash the conviction on that charge and restore the acquittal entered by the trial judge.

Since the constitutional issue was not considered in the courts below and the case was argued on the agreed basis that the offense was one of strict liability and not absolute liability, this Court will not deal with these issues.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Lewis, Sinnott & Heneghan, St. John's.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

rétablir les acquittements prononcés par le juge de première instance.

En ce qui concerne l'accusation d'avoir volontairement entravé un préposé à la protection des pêcheries dans l'exercice de ses fonctions, nous partageons l'avis du juge de première instance que la conduite de l'appelant Roman ne constituait pas une entrave. En outre, il faut tenir pour acquis que la conclusion du juge de première instance a eu pour effet d'écarter l'existence de l'intention d'entraver. Il s'agit d'une conclusion de fait qui ne peut être révisée dans le cadre d'un appel interjeté par le ministère public. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi relativement à l'accusation d'entrave volontaire portée contre l'appelant Roman, d'annuler la déclaration de culpabilité rendue à cet égard et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge de première instance.

Étant donné que la question constitutionnelle n'a pas été examinée devant les tribunaux d'instance inférieure et que les parties ont accepté de plaider l'affaire en tenant pour acquis que l'infraction en était une de responsabilité stricte et non de responsabilité absolue, cette Cour n'examinera pas ces questions.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Lewis, Sinnott & Heneghan, St. John's.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

André Hébert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

André Hébert *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HÉBERT

File Nos.: 20136, 20134.

1989: February 2; 1989: February 23.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Perjury — Admission by accused that he deliberately lied while giving evidence — Trial judge not allowing accused to complete evidence required to show no intent to mislead the court — New trial ordered.

Criminal law — Defence of compulsion — Perjury — Defence of compulsion not applicable to present circumstances — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

Appellant Hébert gave false evidence at a preliminary inquiry and was charged with perjury and obstructing justice. At trial, appellant admitted that he had deliberately lied but stated that he had no intent to mislead the court. He relied on s. 17 of the *Criminal Code* and alleged that he had given false evidence under compulsion by death threats made against him. The trial judge applied s. 17 and acquitted appellant on the charge of perjury. Appellant was also acquitted on the charge of obstructing justice. The Court of Appeal reversed the acquittal on the first count and affirmed the acquittal on the second. The Court found that s. 17 of the *Code* was not applicable in the case at bar since the threats, the risk of death and the offence were not concomitant. A death threat which a person can easily escape and can render unenforceable when giving evidence will not be a basis for invoking the excuse of compulsion provided for in s. 17. The Court also found that there was no reasonable doubt as to appellant's specific intent to mislead the court. Appellant appealed from his convic-

André Hébert *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

André Hébert *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HÉBERT

N^os^ du greffe: 20136, 20134.

1989: 2 février; 1989: 23 février.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Parjure — Accusé reconnaît qu'il a intentionnellement menti en témoignant — Juge du procès ne permettant pas à l'accusé de compléter sa preuve pour démontrer qu'il n'avait pas l'intention de tromper le tribunal — Nouveau procès ordonné.

Droit criminel — Défense de contrainte — Parjure — Défense de contrainte inapplicable aux circonstances de l'espèce — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

À la suite d'un faux témoignage lors d'une enquête préliminaire, l'appelant Hébert a été accusé de parjure et d'entrave à la justice. À son procès, l'appelant a reconnu qu'il avait intentionnellement menti mais il a affirmé qu'il n'avait pas l'intention de tromper le tribunal. Il a invoqué l'art. 17 du *Code criminel* et allégué qu'il avait commis un faux témoignage sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort proférées contre lui. Le juge du procès a appliqué l'art. 17 et acquitté l'appelant de l'accusation de parjure. L'appelant a aussi été acquitté de l'accusation d'entrave à la justice. La Cour d'appel a infirmé l'acquittement relatif au premier chef d'accusation et confirmé l'acquittement quant au deuxième. La Cour a conclu que l'art. 17 du *Code* était inapplicable à l'espèce puisqu'il n'y avait pas concomitance entre les menaces, le danger de mort et l'infraction. Une menace de mort à laquelle une personne peut facilement se soustraire et qu'elle peut rendre inexécutable au moment de son témoignage ne lui permet pas d'invoquer l'excuse de contrainte à l'art. 17. La Cour a également conclu qu'il n'y avait aucun doute raisonnable possible sur l'intention spécifique de l'appe-

tion for perjury and respondent cross-appealed from the acquittal on the charge of obstructing justice.

Held: The appeals should be allowed and a new trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17 [am. 1974-75-76, c. 105, s. 29; rep. & repl. 1980-81-82-83, c. 125, s. 4].

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1986), 3 Q.A.C. 251, quashing the acquittal of the accused on a charge of perjury and affirming his acquittal on a charge of obstructing justice. Appeals allowed and new trial ordered.

Robert La Haye, for the appellant Hébert.

Daniel Brunet, for the Crown.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—The trial judge, pursuant to s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, acquitted appellant Hébert on a charge of perjury. He was also acquitted on a charge of obstructing justice. The Crown appealed from both acquittals. We all agree with the Court of Appeal (1986), 3 Q.A.C. 251 that in so doing the trial judge erred, as the facts of the case at bar do not support a defence based on s. 17 of the *Criminal Code*.

Hébert argued in the Court of Appeal that there was no *mens rea* and that, in this regard, he had been deprived of his right to a full answer and defence. The Court of Appeal rejected this argument, allowed one of the appeals and found Hébert guilty of perjury. On the other hand, his acquittal on the second count was upheld. Hébert appealed to this Court from the count of perjury and the Crown cross-appealed from the acquittal on the count of obstructing justice. We are all of the view that the appeal and the cross-appeal should be allowed.

lant de tromper le tribunal. L'appelant s'est pourvu devant cette Cour contre sa condamnation pour parjure et l'intimée a formé un pourvoi incident contre l'acquittement relatif à l'accusation d'entrave à la justice.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17 [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 29; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 4].

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1986), 3 Q.A.C. 251, qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de parjure et confirmé son acquittement relativement à une accusation d'entrave à la justice. Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Robert La Haye, pour l'appelant Hébert.

Daniel Brunet, pour le ministère public.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—L'appelant Hébert a été acquitté d'une accusation de parjure par le juge de première instance par l'application à l'espèce de l'art. 17 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Il a aussi été acquitté d'une accusation d'entrave à la justice. Le ministère public a interjeté appel à l'encontre de ces deux acquittements. Nous sommes tous de l'avis de la Cour d'appel (1986), 3 Q.A.C. 251, que le juge de première instance a commis une erreur, les faits de l'espèce ne donnant pas ouverture à la défense fondée sur l'art. 17 du *Code criminel*.

En Cour d'appel, Hébert a plaidé absence de *mens rea* et privation, à cet égard, de son droit à une défense pleine et entière. La Cour d'appel a rejeté ce moyen, accueilli un des appels et déclaré Hébert coupable de parjure. Par contre, elle a maintenu son acquittement à l'égard du second chef. Hébert se pourvoit devant cette Cour quant au chef de parjure et le ministère public forme un pourvoi incident à l'égard de l'acquittement relatif au chef d'entrave à la justice. Nous sommes tous d'avis d'accueillir et le pourvoi principal et le pourvoi incident.

While appellant Hébert admitted that he deliberately lied in giving testimony, he nonetheless stated that he had no intent to mislead in so doing but that, quite the contrary, he intended that the way in which he testified would result in his not being believed and was designed solely to attract the judge's attention so he could tell the judge about the threats which had been made against him.

In concluding that [TRANSLATION] "Whatever reasons prompted respondent to make a deceptive statement, he could not do so in the case at bar without intending to mislead the court" (pp. 254-55), the Court of Appeal did not take into account this defence by appellant, and the trial judge also made no ruling on it.

For there to be perjury there has to be more than a deliberate false statement. The statement must also have been made with intent to mislead. While it is true that someone who lies generally does so with the intent of being believed, it is not impossible, though it may be exceptional, for a person to deliberately lie without intending to mislead. It is always open to an accused to seek to establish such an intent by his testimony or otherwise, leaving to the trial judge the task of assessing its weight. The trial judge did not allow the accused to complete his evidence in this regard, probably because he knew he was going to acquit him on other grounds; that acquittal however was properly set aside on appeal.

For these reasons the ends of justice in the case at bar require that we allow both appeals and that a new trial be ordered on both counts.

Appeals allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant Hébert: La Haye, Carbonneau, Chartrand & Dicaire, Montréal.

Solicitor for the Crown: Daniel Brunet, Montréal.

Si l'appelant Hébert reconnaît qu'il a intentionnellement menti en rendant témoignage, il a toutefois affirmé que, ce faisant, il n'avait pas l'intention de tromper, mais, bien au contraire, l'intention de ne pas être cru, compte tenu de la façon dont il a témoigné qui visait uniquement à attirer l'attention du juge pour lui faire part des menaces dont il avait été l'objet.

Pour arriver à la conclusion que «Quels que soient les motifs qui ont incité l'intimé à faire une déclaration mensongère, il ne pouvait pas le faire en l'espèce sans l'intention de tromper le tribunal» (pp. 254 et 255), la Cour d'appel n'a pas tenu compte de cette défense de l'appelant qui, d'ailleurs, n'a pas non plus fait l'objet d'une détermination de la part du juge de première instance.

Pour qu'il y ait parjure il ne suffit pas d'une déclaration intentionnellement fausse. Il faut aussi qu'elle ait été faite avec l'intention de tromper. S'il est vrai que, de façon générale, celui qui ment le fait avec l'intention d'être cru, il n'est pas exclu, quoique cela soit exceptionnel, que l'on puisse intentionnellement mentir sans avoir l'intention de tromper. Il est toujours loisible à un accusé de chercher à faire la preuve par son témoignage ou autrement, d'une telle intention, quitte au juge du procès d'en apprécier le poids. Le juge de première instance n'a pas permis à l'accusé de compléter sa preuve à cet égard, probablement parce qu'il savait qu'il allait l'acquitter pour d'autres motifs, dont le bien-fondé n'a toutefois pas, à bon droit, été retenu en appel.

Pour ces motifs, les fins de la justice en l'espèce requièrent que nous accueillions les deux pourvois et qu'un nouveau procès soit ordonné quant aux deux chefs d'accusation.

Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant Hébert: La Haye, Carbonneau, Chartrand & Dicaire, Montréal.

Procureur du ministère public: Daniel Brunet, Montréal.

Air Canada, Air Canada Services Inc., PWA Corporation, Canadian Airlines International Ltd., Pacific Western Airlines Ltd., Canadian Pacific Airlines Ltd., 154793 Canada Ltd., 153333 Canada Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. *Appellants*

v.

American Airlines Inc., Wardair Canada Inc. and Consumers' Association of Canada *Respondents*

and

The Director of Investigation and Research *Respondent*

and

The Attorney General of the province of Manitoba and the Competition Tribunal *Respondents*

INDEXED AS: AMERICAN AIRLINES INC. *v.* CANADA (COMPETITION TRIBUNAL)

File No.: 21275.

1989: March 1.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Competition Tribunal — Jurisdiction — Leave to intervene — Role of the interveners — Whether interveners may participate fully in the proceedings — Competition Tribunal Act, S.C. 1986, c. 26, s. 9(3).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1988), 89 N.R. 241, setting aside an order of the Competition Tribunal. Appeal dismissed, Lamer J. dissenting.

J. C. Major, Q.C., Jo'anne Strekaf, M. E. Rothstein, Q.C., and *Marc Monnin*, for the appellants.

Colin L. Campbell, Q.C., for the respondent American Airlines Inc.

Air Canada, Services Air Canada Inc., PWA Corporation, Lignes Canadien International Ltée, Pacific Western Airlines Ltd., Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée, 154793 Canada Ltd., 153333 Canada Limited Partnership et The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. *Appelantes*

c.

American Airlines Inc., Wardair Canada Inc. et l'Association des consommateurs du Canada *Intimées*

et

Le directeur des enquêtes et recherches *Intimé*

et

Le procureur général de la province du Manitoba et le Tribunal de la concurrence *Intimés*

RÉPERTORIÉ: AMERICAN AIRLINES INC. *c.* CANADA (TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE)

N° du greffe: 21275.

1989: 1er mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Tribunal de la concurrence — Compétence — Autorisation d'intervention — Rôle des intervenants — Les intervenants peuvent-ils participer pleinement aux procédures? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 9(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1988), 89 N.R. 241, qui a infirmé une ordonnance du tribunal de la concurrence. Pourvoi rejeté, le juge Lamer est dissident.

J. C. Major, c.r., Jo'anne Strekaf, M. E. Rothstein, c.r., et *Marc Monnin*, pour les appelantes.

Colin L. Campbell, c.r., pour l'intimée American Airlines Inc.

Sandra J. Simpson and *Trevor Whiffen*, for the respondent the Director of Investigation and Research.

N. J. Schultz, for the respondent the Consumers' Association of Canada.

Neville Shende, *Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Manitoba.

The judgment was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—The judgment of the Court will be delivered by Mr. Justice Lamer.

LAMER J.—A majority is of the view that this appeal fails substantially for the reasons given by Chief Justice Iacobucci for the Federal Court of Appeal. In dissent, Mr. Justice Lamer, adopting substantially the reasons of Mr. Justice Strayer, would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the order granted by Strayer J.

The appeal is accordingly dismissed with costs, Lamer J. dissenting.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Bennett, Jones, Calgary; Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the respondent American Airlines Inc.: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent the Director of Investigation and Research: Sandra J. Simpson and Trevor Whiffen, Toronto.

Solicitors for the respondent the Consumers' Association of Canada: Lang, Michener, Lash, Johnston, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Manitoba: Neville Shende, Winnipeg.

Sandra J. Simpson et *Trevor Whiffen*, pour l'intimé le directeur des enquêtes et recherches.

N. J. Schultz, pour l'intimée l'Association des consommateurs du Canada.

Neville Shende, *c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Manitoba.

Version française du jugement rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Le jugement de la Cour sera prononcé par le juge Lamer.

LE JUGE LAMER—La Cour, à la majorité, estime que ce pourvoi échoue essentiellement pour les motifs énoncés par le juge en chef Iacobucci en Cour d'appel fédérale. En dissidence, le juge Lamer, qui adopte essentiellement les motifs du juge Strayer, aurait accueilli le pourvoi, infirmé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et rétabli l'ordonnance accordée par le juge Strayer.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens, le juge Lamer est dissident.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: Bennett, Jones, Calgary; Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée American Airlines Inc.: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimé le directeur des enquêtes et recherches: Sandra J. Simpson et Trevor Whiffen, Toronto.

Procureurs de l'intimée l'Association des consommateurs du Canada: Lang, Michener, Lash, Johnston, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Manitoba: Neville Shende, Winnipeg.

The Attorney General of Nova Scotia representing Her Majesty The Queen in right of the Province of Nova Scotia *Appellant (Intervener)*

and

Clifford George Yeomans and A. Ross Mitchell, Director of Labour Standards for the Province of Nova Scotia, and Stephen K. Mont, Henry Martell and Ann Hebb in their capacity as Chairman and members respectively of the Labour Standards Tribunal (Nova Scotia) and the Labour Standards Tribunal (Nova Scotia) *Appellants (Respondents)*

v.

Sobeys Stores Limited, a body corporate *Respondent (Appellant)*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: SOBEYS STORES LTD. *v.* YEOMANS AND LABOUR STANDARDS TRIBUNAL (N.S.)

File No.: 19682.

1988: February 5; 1989: March 2.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Employment law — Provincial tribunal affirming decision requiring employee's reinstatement and the retroactive payment of wages — Whether or not power of provincial official and tribunal to hear and determine disputes and to make orders contravening s. 96 and hence ultra vires — Constitution Act, 1867, s. 96 — Labour Standards Code, S.N.S. 1972, c. 10, s. 67A(2), (3).

The appellant Yeomans had been continuously employed by respondent Sobeys for ten years prior to his

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le Procureur général de la Nouvelle-Écosse représentant Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse *Appelant (Intervenant)*

et

Clifford George Yeomans et A. Ross Mitchell, directeur des normes du travail de la province de la Nouvelle-Écosse, et Stephen K. Mont, Henry Martell et Ann Hebb, en leur qualité respective de président et de membres du Labour Standards Tribunal (Nouvelle-Écosse) et le Labour Standards Tribunal (Nouvelle-Écosse) *Appelants (Intimés)*

c.

Sobeys Stores Limited, une personne morale *Intimée (Appelante)*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SOBEYS STORES LTD. *c.* YEOMANS ET LABOUR STANDARDS TRIBUNAL (N.-É.)

N° du greffe: 19682.

1988: 5 février; 1989: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Droit relatif à l'emploi — Tribunal provincial confirmant une décision qui ordonnait la réintégration d'un employé et le paiement rétroactif de son salaire — Le pouvoir d'un agent et d'un tribunal provinciaux de statuer sur des litiges et de rendre des ordonnances enfreint-il l'art. 96 et est-il donc ultra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Labour Standards Code, S.N.S. 1972, chap. 10, art. 67A(2), (3).

L'appelant Yeomans a été employé par l'intimée Sobeys durant dix ans avant d'être congédié. Il avait été

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

dismissal. He had been warned orally on at least three occasions about his shortcomings but had been given no written notice of them. Yeomans complained to the Director of Labour Standards for Nova Scotia that he had been dismissed "without just cause" within the meaning of s. 67A of the *Labour Standards Code*. The Director ordered Yeomans to be reinstated and to be paid lost wages stemming from the unjust dismissal. This decision was upheld by the Labour Standards Tribunal. The Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court allowed Sobeys' appeal holding s. 67A(2) and (3) unconstitutional because they conferred a s. 96 power on a provincially-appointed tribunal.

The constitutional questions raised on this appeal were (1) whether the province had legislative jurisdiction to empower the Director of Labour Standards and the Labour Standards Tribunal to hear and determine disputes with respect to, and make orders enforcing, s. 67A of the *Labour Standards Code* in light of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; and (2) whether s. 67A(2) and (3) of the *Labour Standards Code* were *ultra vires* the province as contravening s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer and Wilson JJ.: Although the Labour Standards Tribunal exercises a jurisdiction broadly conformable to that of s. 96 courts at the time of Confederation, and although in doing so it performs a judicial function, it does so as a necessarily incidental aspect of the broader policy goal of providing minimum standards of protection for non-unionized employees.

The jurisdiction in this case should be characterized as in relation to unjust dismissal. Characterizations of s. 67A as being in relation to employer/employee relations, labour standards or the mandatory performance of an employment contract should be rejected.

Characterization should be determined with reference to the different purposes served by the three stages of the test developed in *Re Residential Tenancies Act, 1979*. The first stage of that test involves a search for "broad conformity" with the powers of s. 96 courts at the time of Confederation. A relatively strict approach to characterization is necessary at this stage in order to prevent the possibility of large accretions of jurisdiction in the inferior courts which would in turn defeat the

averti verbalement à au moins trois reprises de ses faiblesses, mais il n'avait reçu aucun avis écrit à ce sujet. Yeomans a porté plainte au directeur des normes du travail de la Nouvelle-Écosse pour congédiement «sans cause juste» aux termes de l'art. 67A du *Labour Standards Code*. Le directeur a ordonné que Yeomans soit réintégré et que lui soit versée une indemnité pour la perte de salaire résultant du congédiement abusif. Cette décision a été confirmée par le Labour Standards Tribunal. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel formé par Sobeys, jugeant les par. 67A(2) et (3) inconstitutionnels parce qu'ils conféraient un pouvoir visé à l'art. 96 à un tribunal constitué par une province.

Les questions constitutionnelles énoncées en l'espèce sont: (1) la province a-t-elle la compétence législative d'habiliter le directeur des normes du travail et le Tribunal des normes du travail à entendre et à trancher des conflits relativement à l'art. 67A du *Labour Standards Code* et à rendre des ordonnances visant l'application de cet article, compte tenu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) les par. 67A(2) et (3) du *Labour Standards Code* sont-ils *ultra vires* de la province pour le motif qu'ils contreviennent à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer et Wilson: Quoique le Tribunal des normes du travail exerce une compétence correspondant généralement à celle exercée par les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération et quoique, ce faisant, il exerce une fonction judiciaire, cet exercice est un accessoire nécessaire de la politique plus vaste qui cherche à assurer des normes minimales de protection aux employés non syndiqués.

La compétence en l'espèce doit être qualifiée de compétence en matière de congédiement abusif. Les qualifications de l'art. 67A qui le rattachent aux rapports employeur-employé, aux normes du travail ou à l'exécution forcée d'un contrat de travail doivent être rejetées.

La question de la qualification doit être résolue en fonction des différents objets que sert le critère en trois volets énoncé dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Pour le premier volet, il faut rechercher si le pouvoir «correspond généralement» aux pouvoirs des cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Il est nécessaire d'adopter un point de vue relativement strict en matière de qualification à cette étape pour éviter d'importantes augmentations de compétence des

purpose of s. 96. Jurisdiction over the remedy, however, is too narrow. The nature of the dispute should be the guide for the application of the historical test.

If the jurisdiction was exclusive to the superior courts at Confederation, the inquiry must pass to the second and third stages of the test. If the jurisdiction is shared, the legislation under challenge may, in some circumstances, be held valid by the historical test. Jurisdiction need not be entirely or even generally concurrent, for the nature of the inferior-superior court distinction necessarily means that the former's jurisdiction will be subject to a geographical or pecuniary limit. Only if the jurisdiction of the inferior courts is broadly co-extensive with the superior courts will the history of shared jurisdiction validate the contemporary scheme under the historical test.

Pre-Confederation jurisdiction refers to pre-1867 jurisdiction and not to jurisdiction in a particular province immediately prior to that province's joining Confederation. The test of 1867 jurisdiction must include an examination of the jurisdiction in all four original confederating provinces, and if this results in a tie, the jurisdiction in the United Kingdom. A tie existed here. Jurisdiction over unjust dismissal in the United Kingdom in 1867 was therefore examined and found to be the preserve of courts equivalent to Canada's superior, district and county courts. This jurisdiction, accordingly, cannot be conferred on provincially-appointed tribunals today.

In the second stage of the *Residential Tenancies* test, where the issue of whether or not a function is judicial is considered, the nature of the question which the tribunal is called upon to decide is determinative. A distinction must be drawn between the roles of the Director and the Tribunal. The former does not perform a judicial function even though he deals with private disputes between parties; the latter does.

The third stage of the test examines the 'context' in which this power is exercised. It is exercised in the context of a comprehensive scheme for the protection of non-unionised workers. The policy of promoting such protection is a response to changed social conditions since Confederation and is implemented in an administrative as opposed to a court context. Although the Tribunal does carry out a judicial function with regard to s. 67A and many other aspects of the Code, that

tribunaux inférieurs, ce qui irait à l'encontre des fins recherchées par l'art. 96. La compétence en matière de redressement, cependant, est trop étroite. C'est la nature du litige qui doit servir de guide pour l'application du critère historique.

S'il s'agissait d'une compétence exclusive des cours supérieures à l'époque de la Confédération, il faut alors passer au second et au troisième volets du critère. Si la compétence est partagée, la loi contestée peut, dans certaines circonstances, être jugée valide à l'étape du critère historique. La compétence n'a pas à avoir été parfaitement ni même généralement concurrente, car la nature de la distinction entre tribunal inférieur et cour supérieure signifie nécessairement que la compétence du premier sera limitée territorialement ou pécuniairement. Ce n'est que si la compétence des tribunaux inférieurs est généralement parallèle à celle des cours supérieures qu'un historique de compétence partagée validera le régime contemporain en vertu du critère historique.

Par compétence antérieure à la Confédération, on entend une compétence antérieure à 1867 et non une compétence exercée dans une province en particulier immédiatement avant son entrée dans la Confédération. Le critère de la compétence en 1867 doit inclure un examen de la compétence prévalant dans l'ensemble des quatre provinces qui ont formé la Confédération à l'origine et, s'il en résulte qu'elles ne sont pas départagées, de la compétence exercée au Royaume-Uni. C'est le cas en l'espèce. Aussi, il ressort d'un examen de la compétence en matière de congédiement abusif exercée au Royaume-Uni en 1867, qu'elle était un domaine réservé aux tribunaux assimilables aux cours supérieures, de district et de comté du Canada. Cette compétence, par conséquent, ne peut être conférée à des tribunaux de constitution provinciale de nos jours.

Pour le second volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, lequel requiert que l'on se demande si le tribunal provincial exerce une fonction judiciaire, la nature de la question que le tribunal doit trancher est décisive. Il est nécessaire de distinguer entre le rôle du directeur et celui du tribunal. Celui-là n'exerce pas une fonction judiciaire même s'il est saisi de litiges privés entre des parties; celui-ci en exerce une.

Le troisième volet du critère porte sur le «contexte» dans lequel le pouvoir s'exerce. Il s'exerce dans le cadre d'un régime global de protection des travailleurs non syndiqués. Cette politique de protection répond à des conditions sociales qui ont évolué depuis la Confédération et est mise en œuvre dans un cadre administratif plutôt que judiciaire. Bien que le tribunal exerce effectivement une fonction judiciaire à l'égard de l'art. 67A et de nombreux autres aspects du Code, cette fonction est

function is necessarily incidental to the implementation of broader policy goals the Code is designed to achieve.

Per Beetz, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The *Labour Standards Code*'s judicial component bears no relationship to the contractual issues assigned to the s. 96 courts in 1867. Its labour relations standards transcend the relationship between the parties and apply independently of any contractual arrangement that may exist. The enforcement mechanisms are essentially conciliatory procedures. The Director and Tribunal members are knowledgeable in, and are governed by the dynamics of, labour relations rather than legal norms. There is no requirement that they be legally trained. An appeal from the Director to the Tribunal does not involve a *lis* between the complainant and the alleged contravenor notwithstanding its judicial component. Labour standards legislation is an integral part of the modern concept of labour relations and the power to enforce these standards, by use of techniques appropriate to the subject-matter, should be vested in specialized bodies by the province. It is inappropriate that the regular enforcement of these standards be by action in s. 96 courts, let alone part of the protected jurisdiction of these courts.

Since the administration and enforcement of modern legislation respecting labour standards form no part of the protected jurisdiction of a s. 96 court, considerations as to the precise nature of the historical inquiry into some aspect of a s. 96 court's jurisdiction were not of immediate relevance. However, it should be noted that the question to consider is whether a tribunal's jurisdiction "broadly" conforms to that of a s. 96 court at Confederation. This is not precisely definable. The experience, not only of the original provinces, but that of other provinces and England, at the time of Confederation, is relevant. Mechanistic assessments should be avoided as well as consideration of a situation peculiar to a province.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **considered:** *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134; *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; **disapproved:** *Asselin v. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212; **distinguished:** *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978]

nécessairement accessoire à la mise en œuvre des grandes politiques sociales pour lesquelles le Code a été conçu.

Les juges Beetz, La Forest et L'Heureux-Dubé: L'aspect judiciaire du *Labour Standards Code* ne porte nullement sur les matières contractuelles attribuées aux cours visées à l'art. 96 en 1867. Ses normes de relations du travail transcendent la relation entre les parties et s'appliquent indépendamment de toute convention qui peut avoir été conclue. Les mécanismes d'application sont essentiellement des procédures de conciliation. Les connaissances du directeur et des membres du tribunal ont plutôt trait aux relations du travail qu'au droit et ils sont régis par la dynamique des relations du travail. Ils n'ont pas obligatoirement une formation juridique. Un appel de la décision du directeur au tribunal ne constitue pas un litige entre le plaignant et la partie fautive, malgré son aspect judiciaire. Les lois relatives aux normes du travail relèvent de la conception moderne des relations industrielles et le pouvoir d'appliquer ces normes, en utilisant des techniques adaptées à leur objet, doit être conféré par la province à des organismes spécialisés. Il serait inapproprié que ces normes soient appliquées de façon courante par voie d'action devant les cours visées à l'art. 96 et encore plus qu'elles fassent partie de la compétence réservée à ces cours.

Puisque l'administration et l'application des dispositions législatives modernes au sujet des normes du travail ne relèvent pas de la compétence réservée aux cours visées à l'art. 96, les considérations sur la nature précise de l'analyse historique de certains aspects de la compétence des cours visées à l'art. 96 ne sont pas directement pertinentes. Toutefois il faut souligner que la question qu'il faut se poser est de savoir si la compétence d'un tribunal correspond «généralement» à la compétence qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Ce n'est pas susceptible de définition précise. Non seulement l'expérience des provinces originaires, mais celles des autres provinces et de l'Angleterre, à l'époque de la Confédération, est pertinente. On doit éviter des évaluations mécaniques ainsi que la considération d'une situation propre à une province.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêts examinés:** *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; **arrêt critiqué:** *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212; **distinction d'avec les arrêts:** *Procu-*

2 S.C.R. 638; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; **referred to:** *The Adoption Reference*, [1938] S.C.R. 398; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Séminaire de Chicoutimi v. Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Evans v. Employment Standards Bd.* (1983), 46 B.C.L.R. 198; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1973), 41 D.L.R. (3d) 176, reversed in part on other grounds (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Attorney General of British Columbia v. McKenzie*, [1965] S.C.R. 490; *Jones v. Edmonton Catholic School District No. 7*, [1977] 2 S.C.R. 872; *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Re Fort Massey Realties and Rent Review Commission* (1982), 132 D.L.R. (3d) 516; *Robinson v. Hindman* (1800), 3 Esp. 235, 170 E.R. 599; *Emmens v. Elderton* (1853), 13 C.B. 495, 138 E.R. 1292; *Beckham v. Drake* (1849), 2 H.L.C. 579, 9 E.R. 1213; *Wilkinson v. Gaston* (1846), 9 Q.B. 137, 115 E.R. 1227; *Hartley v. Harman* (1840), 11 Ad. & E. 798, 113 E.R. 617; *Smith v. Thompson* (1849), 8 C.B. 44, 137 E.R. 424; *Re Mitchell and Employment Standards Division, Department of Labour* (1977), 82 D.L.R. (3d) 339; *Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division*, [1984] 4 W.W.R. 182.

By La Forest J.

Referred to: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134; *Asselin v. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Master and Servant, C.S.U.C. 1859, c. 75, ss. 3, 4, 7, 12.
Act respecting Masters and Servants in the Country Parts, C.S.L.C. 1861, c. 27, s. 5.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 55.
Constitution Act, 1867, s. 96.
County Courts Act (Eng.), 9 & 10 Vict., c. 95, s. 58.
Employers and Workmen Act, 1875 (Eng.), 38 & 39 Vict., c. 90, s. 4.
Employment of Children Act, R.S.N.S. 1967, c. 88.
Equal Pay Act, S.N.S. 1969, c. 8.

reur général du Québec c. Farrah, [1978] 2 R.C.S. 638; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; **arrêts mentionnés:** *The Adoption Reference*, [1938] R.C.S. 398; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Dupont v. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Evans v. Employment Standards Bd.* (1983), 46 B.C.L.R. 198; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1973), 41 D.L.R. (3d) 176, infirmé en partie pour d'autres motifs (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Attorney General of British Columbia v. McKenzie*, [1965] R.C.S. 490; *Jones c. Edmonton Catholic School District No. 7*, [1977] 2 R.C.S. 872; *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Re Fort Massey Realties and Rent Review Commission* (1982), 132 D.L.R. (3d) 516; *Robinson v. Hindman* (1800), 3 Esp. 235, 170 E.R. 599; *Emmens v. Elderton* (1853), 13 C.B. 495, 138 E.R. 1292; *Beckham v. Drake* (1849), 2 H.L.C. 579, 9 E.R. 1213; *Wilkinson v. Gaston* (1846), 9 Q.B. 137, 115 E.R. 1227; *Hartley v. Harman* (1840), 11 Ad. & E. 798, 113 E.R. 617; *Smith v. Thompson* (1849), 8 C.B. 44, 137 E.R. 424; *Re Mitchell and Employment Standards Division, Department of Labour* (1977), 82 D.L.R. (3d) 339; *Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division*, [1984] 4 W.W.R. 182.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134; *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

Lois et règlements cités

Act respecting Master and Servant, C.S.U.C. 1859, chap. 75, art. 3, 4, 7, 12.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, chap. 19, art. 55.
Acte concernant les maîtres et les serviteurs dans les cantons ruraux, S.R.B.C. 1861, chap. 27, art. 5.
County Courts Act (Angl.), 9 & 10 Vict., chap. 95, art. 58.
Employers and Workmen Act, 1875 (Angl.), 38 & 39 Vict., chap. 90, art. 4.
Employment of Children Act, R.S.N.S. 1967, chap. 88.
Equal Pay Act, S.N.S. 1969, chap. 8.

Halifax City Charter, S.N.S. 1864, c. 81, s. 115.
Industrial Standards Act, R.S.N.S. 1967, c. 142.
Labour Standards Code, S.N.S. 1972, c. 10, ss. 1(b), 4, 15(1), (9), 18(2), 19(1), (2), (3), (8), 20, 24, 67A(1), (2), (3), 90.
Limitation of Hours of Labour Act, R.S.N.S. 1954, c. 154.
Master and Servant Act (Eng.), 30 & 31 Vict., c. 141.
Master and Servant Act (Eng.), 4 Geo. 4, c. 34.
Master and Servant Act (Eng.), 20 Geo. 2, c. 19, s. 2.
Minimum Wage Act, R.S.N.S. 1967, c. 186.
Of Masters, Apprentices and Servants, R.S.N.S. 1864, c. 122, ss. 11-15.
Of Municipalities, R.S.N.S. 1864, c. 133, ss. 64, 96-109, 123.
Of Regulations for Seamen, R.S.N.B. 1854, c. 86, s. 10.
Of Regulations for Shipping Seamen at the Port of Saint John, R.S.N.B. 1854, c. 87, s. 9.
Of Shipping and Seamen, R.S.N.S. 1864, c. 75, ss. 12, 18.
Of Stipendiary or Police Magistrates, R.S.N.S. 1864, c. 129, s. 18.
Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits, R.S.N.B. 1854, c. 137, s. 1.
Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases, R.S.N.S. 1864, c. 128, s. 1.
Of the Supreme Court and its Officers, R.S.N.S. 1864, c. 123, s. 1.
Vacation Pay Act, R.S.N.S. 1967, c. 322.

Authors Cited

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.
England, G. "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
Freedland, Mark Robert. *The Contract of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1976.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1987.
Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Holdsworth, W. A. *The Law of Master and Servant*. London: George Routledge and Sons, 1876.
Labour Law: Cases, Materials and Commentary, 4th ed. Compiled by the Labour Law Casebook Group. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queens University, 1986.

Halifax City Charter, S.N.S. 1864, chap. 81, art. 115.
Industrial Standards Act, R.S.N.S. 1967, chap. 142.
Labour Standards Code, S.N.S. 1972, chap. 10, art. 1b), 4, 15(1), (9), 18(2), 19(1), (2), (3), (8), 20, 24, 67A(1), (2), (3), 90.
Limitation of Hours of Labour Act, R.S.N.S. 1954, chap. 154.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Master and Servant Act (Angl.), 30 & 31 Vict., chap. 141.
Master and Servant Act (Angl.), 4 Geo. 4, chap. 34.
Master and Servant Act (Angl.), 20 Geo. 2, chap. 19, art. 2.
Minimum Wage Act, R.S.N.S. 1967, chap. 186.
Of Masters, Apprentices and Servants, R.S.N.S. 1864, chap. 122, art. 11 à 15.
Of Municipalities, R.S.N.S. 1864, chap. 133, art. 64, 96 à 109, 123.
Of Regulations for Seamen, R.S.N.B. 1854, chap. 86, art. 10.
Of Regulations for Shipping Seamen at the Port of Saint John, R.S.N.B. 1854, chap. 87, art. 9.
Of Shipping and Seamen, R.S.N.S. 1864, chap. 75, art. 12, 18.
Of Stipendiary or Police Magistrates, R.S.N.S. 1864, chap. 129, art. 18.
Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits, R.S.N.B. 1854, chap. 137, art. 1.
Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases, R.S.N.S. 1864, chap. 128, art. 1.
Of the Supreme Court and its Officers, R.S.N.S. 1864, chap. 123, art. 1.
Vacation Pay Act, R.S.N.S. 1967, chap. 322.

Doctrine citée

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.
England, G. «Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years» (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
Freedland, Mark Robert. *The Contract of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1976.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1987.
Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Holdsworth, W. A. *The Law of Master and Servant*. London: George Routledge and Sons, 1876.
Labour Law: Cases, Materials and Commentary, 4th ed. Compiled by the Labour Law Casebook Group. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queens University, 1986.

Pépin, Gilles. "The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867," in Clare F. Beckton and A. Wayne Mackay, eds. *The Courts and the Charter*. Toronto: University of Toronto Press, 1985.
Summers, Clyde W. "Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute" (1976), 62 *Va. L. Rev.* 481.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1985), 70 N.S.R. (2d) 391, 166 A.P.R. 391, 24 D.L.R. (4th) 573, allowing an appeal from an order of the Labour Standards Tribunal affirming the decision of the Director of Labour Standards. Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Rheinhold M. Endres and *Alison Scott*, for the appellant the Attorney General of Nova Scotia.

Peter McLellan and *Ian Holloway*, for the appellants Clifford George Yeomans et al.

David A. Miller and *David P. S. Farrar*, for the respondent.

James M. Mabbutt, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Valerie J. Matthews Lemieux, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert Vick Farley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

WILSON J.—The issue in this appeal is whether s. 67A(2) and (3) of the *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, as amended, offends s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

1. The Facts

The respondent Sobeys Stores Limited ("Sobeys") operates a chain of grocery supermarkets in the Atlantic provinces. The appellant Clif-

Pépin, Gilles. «The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867,» in Clare F. Beckton and A. Wayne Mackay, eds. *The Courts and the Charter*. Toronto: University of Toronto Press, 1985.
Summers, Clyde W. «Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute» (1976), 62 *Va. L. Rev.* 481.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1985), 70 N.S.R. (2d) 391, 166 A.P.R. 391, 24 D.L.R. (4th) 573, qui a accueilli l'appel d'une ordonnance du Tribunal des normes du travail qui confirmait la décision du directeur des normes du travail. Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Rheinhold M. Endres et *Alison Scott*, pour l'appelant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Peter McLellan et *Ian Holloway*, pour les appelants Clifford George Yeomans et autres.

David A. Miller et *David P. S. Farrar*, pour l'intimée.

James M. Mabbutt, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Valerie J. Matthews Lemieux, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Robert Vick Farley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, et Wilson rendu par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi vise à déterminer si les par. 67A(2) et (3) du *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10, et ses modifications, contreviennent à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

1. Les faits

L'intimée, Sobeys Stores Limited (ci-après «Sobeys»), exploite une chaîne de supermarchés dans les provinces de l'Atlantique. L'appelant Clif-

ford Yeomans was continuously employed by Sobeys from April 16, 1973 until August 6, 1983 when he was dismissed for alleged unsatisfactory performance. At the time of his dismissal he was the manager of a Sobeys outlet in Dartmouth, Nova Scotia. He had been warned orally on at least three occasions about what management considered to be his shortcomings but had been given no written notice of them.

Yeomans complained to the Director of Labour Standards for Nova Scotia that he had been dismissed "without just cause" within the meaning of s. 67A of the Code. On May 22, 1984 the Director ordered that Yeomans be reinstated and that Sobeys pay him $21,242 in lost wages stemming from the unjust dismissal. This decision was upheld by the Labour Standards Tribunal. Sobeys' appeal to the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court was allowed. The court held that subss. (2) and (3) of s. 67A of the Code were unconstitutional because they conferred a s. 96 power on a provincially appointed tribunal.

2. The legislative provisions

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* provides:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

It is well established that by necessary implication s. 96 operates both to prevent the creation of provincial tribunals charged with exercising the jurisdiction of superior courts and to prevent legislatures conferring superior court jurisdiction on existing provincial tribunals: see *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 150-52; Pépin, "The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867", in Beckton and Mackay, eds., *The Courts and the Charter* (1985), at pp. 225-27.

ford Yeomans a été employé par Sobeys du 16 avril 1973 au 6 août 1983, date à laquelle il a été congédié parce que son rendement aurait été insatisfaisant. À l'époque de son congédiement, il était gérant d'une succursale de Sobeys à Dartmouth (Nouvelle-Écosse). Il avait été averti verbalement à au moins trois reprises de ce que la direction considérait comme étant ses faiblesses, mais il n'avait reçu aucun avis écrit à ce sujet.

Yeomans a porté plainte au directeur des normes du travail de la Nouvelle-Écosse pour congédiement [TRADUCTION] «sans cause juste» aux termes de l'art. 67A du Code. Le 22 mai 1984, le directeur a ordonné la réintégration de Yeomans et a condamné Sobeys à lui verser 21 242 $ à titre de perte de salaire résultant du congédiement abusif. Cette décision a été confirmée par le Labour Standards Tribunal (ci-après le Tribunal des normes du travail). L'appel que Sobeys a interjeté à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été accueilli. La cour a jugé inconstitutionnels les par. (2) et (3) de l'art. 67A du Code parce qu'ils confèrent un pouvoir visé par l'art. 96 à un tribunal constitué par une province.

2. Les dispositions législatives

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* porte:

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

Il est bien établi que par déduction nécessaire l'art. 96 a pour effet à la fois d'interdire la création de tribunaux provinciaux chargés d'exercer la compétence des cours supérieures et d'interdire aux assemblées législatives d'attribuer aux tribunaux provinciaux existants une compétence appartenant aux cours supérieures: voir *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134 (C.P.); *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), aux pp. 150 à 152; Pépin, «The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867», dans Beckton and Mackay eds., *The Courts and the Charter* (1985), aux pp. 225 à 227.

Section 67A of the Code reads:

67A (1) Where an employee's period of employment with an employer is ten years or more, the employer shall not discharge or suspend that employee without just cause unless that employee is a person within the meaning of person as used in clause (d), (e), (f), (g), (h) or (i) of subsection (3) of Section 68.

(2) An employee who is discharged or suspended without just cause may make a complaint to the Director in accordance with Section 19.

(3) An employee who has made a complaint under subsection (2) and who is not satisfied with the result may make a complaint to the Tribunal in accordance with Section 21 and such complaint shall be and shall be deemed to be a complaint within the meaning of subsection (1) of Section 21.

The Director is an officer of the Department of Labour charged with administering the Code (s. 1(b)) and the Tribunal is a provincially-appointed body (s. 15(1)). Their respective roles are set out in ss. 19, 20 and 24:

19 (1) Where the Director receives a complaint in any form alleging that there has been a failure to comply with this Act he or a person designated by him shall inquire into the complaint and endeavour to effect a settlement.

(2) Where the Director has reasonable grounds to believe that there has been a failure to comply with this Act he or a person designated by him may inquire into the matter and endeavour to effect a settlement.

(3) Where the Director concludes that an employer or an employee has contravened a provision of this Act within the preceding six months, and he has been unable to effect a settlement, or an employer or employee has contravened the terms of a settlement under this Section the Director may, in writing, order the contravening employer or employee to

(a) do any act or thing that in the opinion of the Director constitutes full compliance with this Act; and

(b) rectify an injury caused to the person injured or make compensation therefor;

. . .

(5) Any employer or employee against whom the Director has made an order under subsection (3) may, within ten days after the order is served upon him, file an appeal to the Tribunal in accordance with the regulations, and where no such appeal is filed for the purpose

L'article 67A du Code se lit ainsi:

[TRADUCTION] **67A** (1) L'employeur ne renverra ni ne suspendra sans juste cause un employé qui a été à son service pendant dix ans ou plus, à moins que l'employé ne soit une personne au sens où ce terme est utilisé aux alinéas d), e), f), g), h) ou i) du paragraphe (3) de l'article 68.

(2) L'employé qui est renvoyé ou suspendu sans juste cause peut porter plainte au directeur conformément à l'article 19.

(3) L'employé qui a porté plainte en vertu du paragraphe (2) et est insatisfait du résultat, peut porter plainte au tribunal conformément à l'article 21 et cette plainte constitue et est réputée être une plainte au sens du paragraphe (1) de l'article 21.

Le directeur est un agent du ministère du Travail chargé d'administrer le Code (al. 1b)) et le tribunal est un organisme provincial (par. 15(1)). Leurs rôles respectifs sont décrits aux art. 19, 20 et 24:

[TRADUCTION] **19** (1) Lorsque le directeur reçoit une plainte, quelle qu'en soit la forme, alléguant le non-respect de la présente loi, lui-même, ou la personne qu'il désigne, fait enquête et tente d'obtenir un règlement.

(2) Lorsque le directeur a des motifs raisonnables de croire que la présente loi n'est pas respectée, lui-même, ou la personne qu'il désigne, peut faire enquête et tenter d'obtenir un règlement.

(3) Lorsque le directeur conclut qu'un employeur ou un employé a contrevenu aux dispositions de la présente loi dans les six mois qui précèdent, et qu'il n'a pu obtenir un règlement, ou qu'un employeur ou un employé a contrevenu aux conditions d'un règlement intervenu en vertu du présent article, il peut, par écrit, ordonner à l'employeur ou à l'employé contrevenant:

a) d'accomplir tout acte ou de faire toute chose qui, à son avis, satisfait pleinement aux exigences de la présente loi; et

b) de réparer tout préjudice causé à la personne lésée ou de l'indemniser;

. . .

(5) Tout employeur ou employé visé par une ordonnance rendue par le directeur en vertu du paragraphe (3) peut, dans les dix jours de la signification personnelle de l'ordonnance, interjeter appel au tribunal conformément aux règlements et, lorsqu'aucun appel n'est

of Section 84 the Director's order is deemed to be an order of the Tribunal.

. . .

20 In any proceeding before the Tribunal with respect to any matter arising under Section 19, including any matter arising under Section 77, the parties shall be,

(a) the Director, who shall have the carriage of the matter;

(b) the person alleged by the Director to have failed to comply with this Act;

(c) the complainant, if any;

(d) any other person specified by the Tribunal upon such notice as the Tribunal may determine, provided that at the hearing he is given an opportunity to be heard against his joinder as a party.

24 (1) The Tribunal in determining any matter under this Act

(a) shall decide whether or not a party has contravened this Act; and

(b) shall make an Order in writing.

(2) Where the Tribunal decides that a party has contravened a provision of this Act the Tribunal may order the contravening party to

(a) do any act or thing that, in the opinion of the Tribunal, constitutes full compliance with the provision; and

(b) rectify an injury caused to the person injured or to make compensation therefor.

Appeals from Tribunal decisions are permitted by s. 18(2):

18 ...

(2) Any party to an order or decision of the Tribunal may, within thirty days of the mailing of the order or decision, appeal to the Appeal Division of the Supreme Court on a question of law or jurisdiction.

3. The Decision of the Labour Standards Tribunal

The principal issue before the Tribunal was whether the phrase "just cause" in s. 67A(1) meant that Yeomans was entitled to progressive discipline such as written warnings and notice prior to being dismissed. Employees normally obtain such rights only under collective agreements. Sobeys argued that "just cause" should have its common law meaning and that once cause for dismissal at common law is established the

interjeté pour les fins de l'article 84 l'ordonnance du directeur est réputée être une ordonnance du tribunal.

. . .

20 Dans toute instance dont le tribunal est saisi, relative à toute affaire découlant de l'article 19, y compris toute affaire découlant de l'article 77, sont parties:

a) le directeur, qui dirigera l'affaire;

b) la personne qui, d'après le directeur, n'aurait pas respecté la présente loi;

c) le plaignant, le cas échéant;

d) toute autre personne désignée par le tribunal sur production d'un avis, sous réserve du droit de celle-ci de s'opposer à sa mise en cause à l'audience.

24 (1) Quand le tribunal statue sur toute question en vertu de la présente loi,

a) il établit si une partie a contrevenu ou non à la présente loi; et

b) il rend une ordonnance par écrit.

(2) Lorsque le tribunal établit qu'une partie a contrevenu à une disposition de la présente loi, il peut ordonner à la partie contrevenante:

a) d'accomplir tout acte ou de faire toute chose qui, à son avis, satisfait pleinement à la disposition, et

b) de réparer tout préjudice causé à la personne lésée ou de l'indemniser;

Le paragraphe 18(2) permet d'interjeter appel des décisions du tribunal:

[TRADUCTION] **18** ...

(2) Toute partie à une ordonnance ou décision du tribunal peut, dans les trente jours de la mise à la poste de l'ordonnance ou de la décision, interjeter appel à la Division d'appel de la Cour suprême sur une question de droit ou de compétence.

3. La décision du Tribunal des normes du travail

Le point principal dont était saisi le tribunal était de savoir si l'expression «juste cause» au par. 67A(1) signifiait que Yeomans avait droit à des mesures disciplinaires progressives, par exemple, à des avertissements écrits et à un délai-congé, avant d'être congédié. L'employé n'acquiert normalement des droits de ce genre qu'en vertu des conventions collectives. Sobeys a soutenu que l'expression «juste cause» doit avoir le sens que lui donne la

employer is free to terminate forthwith without written notice or reasons.

The Tribunal decided that it "does not view the actions of the Complainant in this case as being actions of misconduct, if anything they would best be described as examples of incompetence". It then held that under the Code an employee of ten years' standing, even if incompetent, was entitled to greater protection than that traditionally afforded at common law:

The Tribunal is of the view that in the particular circumstances of this case Sobeys did not fulfil their duty to provide sufficient notice to Mr. Yeomans, that they viewed his performance as being incompetent such that it would warrant dismissal.

The Tribunal accepts the argument of counsel for the Complainant that in considering the issue of just cause one must examine the doctrine of progressive discipline. The Tribunal is of the view that an employee may be guilty of some conduct which justifies discipline of some nature but yet not on its own justify the ultimate penalty of dismissal.

In the present case there is no evidence that Sobeys attempted any other disciplinary measures short of dismissal. Other disciplinary measures would have demonstrated to Mr. Yeomans the seriousness of the situation and may have caused him to attempt to rectify the problem.

It is the view of this Tribunal that in dismissing an employee for just cause after ten years of service, in light of Section 67A, an employee is entitled to know the reasons for his dismissal. An employee should not have to come before the Labour Standards Tribunal or a court of law to find out why he was dismissed.

. . .

It is the finding of this Tribunal that the Respondent company Sobeys Stores Limited has failed to comply with the provisions of Section 67A of the Labour Standards Code.

4. The Judgment of the Appeal Division

Sobeys appealed on a variety of grounds including the issue of whether common law or arbitral standards should be used to interpret "just cause". Its principal contention, however, and the only

common law et que, lorsqu'une cause de congédiement selon la *common law* est établie, l'employeur est libre de mettre fin à l'emploi immédiatement, sans préavis écrit ni motif.

Le tribunal a conclu qu'il [TRADUCTION] «ne considère pas les actes du plaignant en l'espèce comme des actes d'inconduite; s'il fallait les décrire, il s'agirait plutôt d'exemples d'incompétence». Il a ensuite jugé qu'en vertu du Code un employé ayant dix années de service à son actif, même incompétent, a droit à une protection supérieure à celle que la *common law* octroie traditionnellement:

[TRADUCTION] Le tribunal estime que, dans les circonstances particulières de cette affaire, Sobeys ne s'est pas acquittée de son obligation de donner à M. Yeomans un avis suffisant qu'il faisait preuve d'une incompétence telle qu'elle était susceptible d'entraîner un congédiement.

Le tribunal acquiesce à l'argument de l'avocat du plaignant que, dans l'examen d'une question de juste cause, on doit tenir compte de la doctrine des mesures disciplinaires progressives. Le tribunal est d'avis qu'un employé peut être coupable d'un comportement justifiant certaines mesures disciplinaires, sans pour autant justifier en soi la sanction ultime du congédiement.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que Sobeys ait tenté de prendre d'autres mesures disciplinaires, sans aller jusqu'au congédiement. D'autres mesures disciplinaires auraient démontré à M. Yeomans le sérieux de la situation et auraient pu l'amener à chercher à remédier au problème.

Le Tribunal est d'avis qu'un employé congédié pour juste cause après dix ans de service, a le droit, compte tenu de l'art. 67A, de connaître le motif de son congédiement. Un employé ne devrait pas avoir à s'adresser au Tribunal des normes du travail ni à une cour de justice pour connaître la raison de son congédiement.

. . .

Le tribunal conclut que la compagnie intimée, Sobeys Stores Limited, n'a pas respecté les dispositions de l'art. 67A du Labour Standards Code.

4. L'arrêt de la Division d'appel

Sobeys a interjeté appel en invoquant plusieurs moyens, y compris la question de savoir s'il faut avoir recours à la *common law* ou aux normes arbitrales pour interpréter l'expression «juste

issue decided by the Appeal Division, was that the legislation violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867* by conferring a superior court power on an inferior tribunal. Following a review of the jurisprudence Hart J.A., for a unanimous five-person bench—see (1985), 70 N.S.R. (2d) 391—applied the three-stage test laid down by this Court in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714 [hereinafter *Residential Tenancies*].

The first stage of the test required an assessment "in the light of the historical conditions existing in 1867" of "whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation": see *Residential Tenancies*, *per* Dickson J., as he then was, at p. 734. Hart J. A. held that the jurisdiction conferred by s. 67A was jurisdiction in relation to "wrongful dismissal" and that claims in wrongful dismissal had historically "always been commenced and conducted in the superior courts". Section 67A therefore failed to meet the historical test. He rejected an argument that s. 96 courts had not exercised the particular jurisdiction contemplated by s. 67A of the Code because the courts refused to issue decrees of specific performance for contracts of employment. He held instead, at p. 399, that "the failure to grant a remedy available to the court because of its deemed inappropriateness at a particular time is not an abdication of that jurisdiction but simply a suspension of it for the time being. The power to grant reinstatement under a contract of employment has always rested with the Supreme Court and did so at the time of Confederation".

The legislation having failed the historical test, Hart J.A. moved to the second stage of the *Residential Tenancies* test and inquired if the function of the Tribunal, within its institutional setting, was a judicial one. If not, the legislation would not violate s. 96. Hart J.A. had no doubt that the Tribunal's function under s. 67A was judicial. It resolved "the type of dispute between parties that

cause». Son principal argument, toutefois, et le seul point sur lequel a statué la Division d'appel, est que la loi viole l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en attribuant une compétence de cour supérieure à un tribunal inférieur. Après une étude de la jurisprudence, le juge Hart, au nom d'une formation unanime de cinq juges, voir (1985), 70 N.S.R. (2d) 391, a appliqué le critère à trois volets dégagé par cette Cour dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 [ci-après *Renvoi sur la location résidentielle*].

Le premier volet du critère oblige à se demander, «dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867 ... si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération»: voir le *Renvoi sur la location résidentielle*, le juge Dickson, maintenant juge en chef, à la p. 734. Le juge Hart a conclu que la compétence qu'attribue l'art. 67A est une compétence en matière de [TRADUCTION] «congédiement injustifié» et que l'action en congédiement injustifié a historiquement [TRADUCTION] «toujours été intentée en cour supérieure». L'article 67A, par conséquent, ne satisfaisait pas au critère historique. Il a rejeté l'argument que les cours visées à l'art. 96 n'exerçaient pas la compétence particulière prévue par l'art. 67A du Code, puisque les tribunaux refusaient d'ordonner l'exécution forcée des contrats de travail. Il a jugé plutôt, à la p. 399 que [TRADUCTION] «le refus d'accorder le redressement que la cour avait à sa disposition parce qu'il aurait été inapproprié à une époque donnée, ne constitue pas une abdication de compétence mais simplement une suspension de celle-ci, à ce moment-là. La Cour suprême a toujours détenu le pouvoir d'accorder une réintégration aux termes d'un contrat de travail, pouvoir qu'elle détenait à l'époque de la Confédération».

Comme la loi ne respecte pas le critère historique, le juge Hart passe au second volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* et se demande si la fonction du tribunal, dans son cadre institutionnel, est une fonction judiciaire. Dans le cas contraire, la loi ne violerait pas l'art. 96. Le juge Hart ne doute pas qu'aux termes de l'art. 67A le tribunal exerce une fonction judiciaire, car il

traditionally falls for resolution to the superior courts".

Section 67A was also unable to survive the third stage of the test, a "review [of] the Tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context". The scheme may still be valid if the judicial powers are "merely subsidiary or ancillary to general administrative functions" or "necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature" (*Residential Tenancies*, at p. 736). Hart J.A. could find no such institutional justification for conferring judicial power on the Tribunal which simply adjudicated private disputes between parties. He stated at p. 400:

> In my opinion it is completely unnecessary to pass the question of whether or not an employee has been unjustly dismissed to a provincial tribunal. The question is simply a matter of dispute between two parties to a contract of employment and is not a matter ancillary to the broad social purpose of obtaining industrial peace as held in the Labour Relations Board cases. Section 67A is simply one piece of social legislation which was coupled together with a group of others relating to labour standards as a convenient single statute. There is, in my opinion, no valid need to have the determination of such a dispute resolved by the Labour Standards Tribunal.

The Appeal Division did not invalidate s. 67A(1), the subsection which gives qualifying employees the right to apply for reinstatement. It invalidated subss. (2) and (3) which vest the administration of subs. (1) in the Director and the Tribunal.

5. The Constitutional Issues

The constitutional issues raised on this appeal are reflected in the following two constitutional questions:

1. Is it within the authority of the Legislature of Nova Scotia to empower the Director of Labour Standards and the Labour Standards Tribunal respectively, to hear and determine disputes with respect to, and make orders enforcing, s. 67A of the *Labour Standards Code*, S.N.S.

tranche [TRADUCTION] «le genre de litige entre parties privées dont connaissent traditionnellement les cours supérieures».

L'article 67A ne survit pas non plus au troisième volet du critère: «examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée». Le régime législatif peut quand même être valide si les pouvoirs judiciaires sont «simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal» ou «nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature» (*Renvoi sur la location résidentielle*, à la p. 736). Le juge Hart n'a pu trouver aucune justification institutionnelle de ce genre pour attribuer une fonction judiciaire au Tribunal qui ne fait que statuer sur des litiges privés entre parties. Il dit à la p. 400:

> [TRADUCTION] À mon avis, il n'est absolument pas nécessaire de confier à un tribunal provincial la question du congédiement abusif. Il s'agit là simplement d'un litige entre deux parties à un contrat de travail qui n'a rien d'accessoire au grand dessein social d'assurer la paix industrielle comme on l'a décidé dans les affaires sur la Commission des relations de travail. L'article 67A n'est qu'un élément de la législation sociale, regroupé par commodité dans une seule loi avec d'autres dispositions se rapportant aux normes du travail. Il n'y a, à mon avis, aucune raison valable de faire résoudre ce genre de litige par le Tribunal des normes du travail.

La Division d'appel n'a pas invalidé le par. 67A(1), paragraphe qui donne aux employés admissibles le droit de demander leur réintégration. Elle a invalidé les par. (2) et (3) qui confient l'application du par. (1) au directeur et au tribunal.

5. Les questions constitutionnelles

Les deux questions constitutionnelles suivantes énoncent les points en litige en l'espèce:

1. Compte tenu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la législature de la Nouvelle-Écosse a-t-elle compétence pour habiliter le Directeur des normes du travail et le Tribunal des normes du travail, respectivement, à entendre et à trancher des conflits relativement à l'art. 67A du *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10 et ses modifications, et à rendre des ordonnan-

1972, c. 10, as amended, as provided in that *Act*, in light of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

2. Are ss. 67A(2) and (3) of the *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, as amended *ultra vires* the Legislature of Nova Scotia as contravening s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

The Attorneys General of Canada, British Columbia, Manitoba and Quebec all intervened and presented arguments in support of the legislative scheme. No submissions were made on the issue of whether arbitral or common law standards should be used to determine the meaning of "just cause" in s. 67A. The respondent did, however, request that if the appeal were allowed the case be referred back to the Appeal Division to deal with this ground of appeal.

6. Section 96

A. *The Historical Inquiry*

The Appeal Division correctly held that the test to be applied in s. 96 cases is that laid down by this Court in the *Residential Tenancies* case. This three-step test represents a consolidation of the principles enunciated in a number of previous decisions, in particular *The Adoption Reference*, [1938] S.C.R. 398; *John East Iron Works, Ld.*, *supra*; and *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112. The first stage requires us to consider whether "the challenged power or jurisdiction broadly conform[s] to the power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation": *per* Laskin C.J. in *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413, at p. 429. But before addressing this question it is necessary to examine three preliminary issues which were raised during the hearing of the appeal:

(1) how broadly should the power or jurisdiction be characterized for purposes of the historical analysis?

(2) do the words "broadly conform" to Superior Court jurisdiction mean that such jurisdiction must have been exclusive to those courts at Confederation?

ces visant l'application de cet article comme le prévoit cette loi?

2. Les paragraphes 67A(2) et (3) du *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10 et ses modifications, sont-ils *ultra vires* de la législature de Nouvelle-Écosse pour le motif qu'ils contreviennent à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Les procureurs généraux du Canada, de la Colombie-Britannique, du Manitoba et du Québec sont tous intervenus pour soutenir le régime législatif. On n'a fait valoir aucun argument sur la question de l'emploi des normes arbitrales ou de la *common law* pour déterminer le sens de l'expression «juste cause» à l'art. 67A. L'intimée a cependant demandé que, advenant que le pourvoi soit accueilli, l'affaire soit renvoyée à la Division d'appel pour qu'elle statue sur ce moyen d'appel.

6. L'article 96

A. *L'analyse historique*

La Division d'appel a jugé, à bon droit, que le critère à appliquer dans les affaires intéressant l'art. 96 est celui énoncé par cette Cour dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Ce critère à trois volets rassemble les principes énoncés dans plusieurs arrêts antérieurs, notamment *The Adoption Reference*, [1938] R.C.S. 398 et les arrêts *John East Iron Works, Ld.*, précité, et *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112. Pour le premier volet, il nous faut nous demander si «le pouvoir ou la compétence attaqué correspond généralement au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération»: le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413, à la p. 429. Mais avant de répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner trois points préliminaires, soulevés au cours du débat:

(1) combien générale doit-être la qualification du pouvoir ou de la compétence pour les fins de l'analyse historique?

(2) les termes «correspond généralement» à la compétence des cours supérieures signifient-ils que cette compétence doit avoir été une compétence exclusive de ces cours à l'époque de la Confédération?

(3) should the court look only at the jurisdiction of the courts of the province in which the case arose or should the inquiry embrace all or most of the provinces?

(i) Characterization of the Power or Jurisdiction at Issue

In argument before this Court both the Attorney General of Nova Scotia (appellant) and the respondent Sobeys initially characterized the jurisdiction under s. 67A as jurisdiction in relation to the equitable remedy of specific performance of employment contracts. Each argued that such a characterization would be determinative in his favour, the appellant because traditionally the courts did not grant such a remedy and the respondent because the remedy, whether actually granted or not, was equitable and therefore clearly part of the exclusive jurisdiction of superior courts at Confederation. This was not, however, the only characterization offered to the Court. When the argument progressed to the second and third stages of the *Residential Tenancies* test the same parties suggested broader characterizations such as "unjust dismissal", "employer-employee relations" and "labour standards". Counsel for the other appellant, Yeomans, argued consistently throughout that the jurisdiction was over "master-servant relations". In the Appeal Division, Hart J.A., while rejecting the argument that specific performance of an employment contract was not a superior court power just because the remedy was never granted, characterized s. 67A as a provision relating to "unjust dismissal". In so doing he rendered nugatory the arguments over specific performance.

It seems to me that this raises two problems pertaining to the characterization of the jurisdiction. How broadly should it be characterized, and can a broader or narrower characterization be used for the different steps of the *Residential Tenancies* test? These questions do not appear to have been canvassed in any previous decision of the Court, yet they could clearly be important. The way in which the power or jurisdiction is characterized can have significant consequences

(3) la cour doit-elle s'arrêter à la seule compétence des tribunaux de la province où le litige est né ou son analyse doit-elle embrasser la plupart sinon l'ensemble des provinces?

(i) Qualification du pouvoir ou de la compétence en cause

Au cours du débat devant cette Cour, tant le procureur général de la Nouvelle-Écosse (l'appelant) que l'intimée Sobeys ont d'abord qualifié la compétence attribuée par l'art. 67A de compétence relative au redressement d'*equity* qu'est l'exécution forcée des contrats de travail. Chacun a soutenu qu'une telle qualification était décisive en sa faveur, l'appelant parce que traditionnellement les tribunaux refusaient d'accorder ce redressement, l'intimée parce que, accueilli ou refusé, il s'agit d'un redressement d'*equity* et que, par conséquent, il faisait manifestement partie intégrante de la compétence exclusive des cours supérieures à l'époque de la Confédération. Ce ne fut cependant pas la seule qualification proposée à la Cour. Au stade des deuxième et troisième volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, les mêmes parties ont proposé des qualifications plus larges comme «le congédiement abusif», «les rapports employeur-employé» et «les normes du travail». L'avocat de l'autre appelant, Yeomans, a soutenu sans démordre qu'il s'agit d'une compétence en matière de «rapports entre maître et serviteur». En Division d'appel, le juge Hart, tout en rejetant l'argument que l'exécution forcée d'un contrat de travail n'était pas un pouvoir de cour supérieure du simple fait que le redressement n'avait jamais été accordé, qualifie l'art. 67A de disposition relative au «congédiement abusif». Ce faisant, les arguments relatifs à l'exécution forcée devenaient inutiles.

Il me semble que cela soulève deux problèmes relativement à la qualification de la compétence. Quelle généralité doit-on lui accorder et peut-on utiliser une qualification plus large ou plus étroite selon le volet applicable du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*? Ces questions semblent n'avoir été examinées dans aucun de nos arrêts et pourtant, de toute évidence, elles pourraient être importantes. La manière dont le pouvoir ou la compétence est qualifié peut avoir de sérieuses

for the historical inquiry in which the courts must search for analogous jurisdiction in inferior courts. Although in the present case both the Attorney General and Sobeys saw an advantage for themselves in a narrow characterization, that is probably only so because of the unusual remedy at issue. In general, those challenging legislation will probably favour the narrower view as more likely to bring success through the historical test. Those supporting the legislation will no doubt advocate a more expansive view on the assumption that the broader the characterization the more likely it will be that at least some aspects of the jurisdiction will have been within the purview of inferior courts at Confederation.

To resolve these questions on characterization one must look to the different purposes served by the three stages of the *Residential Tenancies* test. The test represents a reconciliation of jurisprudence from two different types of cases, those that dealt with attempted expansions of inferior court jurisdiction and those that involved the assignment of subject areas of superior court jurisdiction to administrative tribunals. This distinction between the two principal types of s. 96 cases was noted in a different context by then Chief Justice Laskin in *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at p. 68. The first line of cases establish the proposition that, while the jurisdiction of the inferior courts will not be frozen as of the date of Confederation, neither will it be substantially expanded so as to undermine the independence of the judiciary which s. 96 protects: see *The Adoption Reference*, *supra*; *Re: B.C. Family Relations Act*, *supra*; *Séminaire de Chicoutimi v. Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618. The second line of cases, those dealing with administrative tribunals, provide what might be called permissible exceptions to the constitutional stricture against the reduction of superior court jurisdiction. The courts have recognized that s. 96 should not stand in the way of new institutional approaches to social or political problems. Departures from the strict

conséquences sur l'analyse historique à laquelle doivent se livrer les cours à la recherche d'une compétence analogue des tribunaux inférieurs. Bien qu'en l'espèce, tant le procureur général que Sobeys aient vu un avantage pour eux-mêmes dans une qualification étroite, il n'en est probablement ainsi qu'en raison du redressement inhabituel en cause. En général, ceux qui contestent une loi favoriseront probablement la conception la plus étroite, plus susceptible de leur donner gain de cause par le biais du critère historique. Les défenseurs de la loi favoriseront sans aucun doute une vue plus globale, présumant que plus la qualification est large, plus il est probable qu'au moins certains aspects de la compétence puissent être retrouvés parmi les attributions des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération.

Pour résoudre ces questions de qualification, il faut considérer les différentes fins que servent les trois volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Le critère représente une conciliation de la jurisprudence issue de deux genres d'affaires différentes, celle qui traite des tentatives d'expansion de compétence des tribunaux de juridiction inférieure et celle qui vise l'attribution aux tribunaux administratifs de sujets relevant de la compétence des cours de juridiction supérieure. Cette distinction entre les deux principaux genres de décisions relatives à l'art. 96 a été constatée dans un contexte différent par le juge en chef Laskin dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, à la p. 68. La première série de décisions établit que, si la compétence des tribunaux inférieurs ne saurait être figée à la date de la Confédération, elle ne saurait non plus être substantiellement élargie au point de saper l'indépendance du pouvoir judiciaire que protège l'art. 96: voir *The Adoption Reference*, précité; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, précité; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618. La seconde série de décisions, celles qui portent sur les tribunaux administratifs, dégage ce que qu'on pourrait appeler des exceptions acceptables à la restriction constitutionnelle qui protège de l'érosion la compétence des cours supérieures. Les

rule against devolving superior court jurisdiction on inferior tribunals are permitted only if the scheme meets the criteria of the second or third stage of the test. Otherwise bald grants of superior court jurisdiction to inferior courts are precluded.

Viewed against this background the first step of the *Residential Tenancies* test, which is drawn from the "inferior court" cases, represents a kind of threshold test, a method of deciding whether, in a formal sense, s. 96 has been violated at all. The second and third steps serve to validate some legislative schemes despite the fact that they trench on the traditional jurisdiction of s. 96 courts. The purposes of s. 96 require a strict, that is to say a narrow, approach to characterization at the first stage. Given what I have to say below on concurrent superior/inferior court jurisdiction at Confederation, any other approach would potentially open the door to large accretions of jurisdiction and thereby defeat the purposes of the constitutional provision. I would therefore reject as too broad characterizations of the s. 67A jurisdiction as being in relation to employer/employee relations or labour standards.

Having rejected broad characterizations, the court is given a choice between two possible narrow ones, jurisdiction over reinstatement or jurisdiction over unjust dismissal. Dealing with a very similar provision in the Quebec *Labour Standards Act* that province's Court of Appeal in *Asselin v. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212, characterized the jurisdiction as being in relation to the mandatory performance of an employment contract. As a result Nolan J.A. concluded that reinstatement "was not a power which the s. 96 courts could exercise in Lower

tribunaux ont reconnu que l'art. 96 ne devrait pas faire obstacle aux nouvelles façons institutionnelles d'aborder les problèmes sociaux ou politiques. Il n'est permis de s'écarter de la règle stricte interdisant d'attribuer une compétence de la cour supérieure à des tribunaux inférieurs que si le régime législatif respecte les paramètres du deuxième ou du troisième volet du critère. Sinon, les attributions brutes d'une compétence de la cour supérieure à des tribunaux inférieurs sont interdites.

Considéré sous cet angle, le premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui est tiré de la jurisprudence portant sur les «tribunaux inférieurs», représente une sorte de critère préliminaire, un moyen de décider si, dans un sens formel, l'art. 96 a effectivement été violé. Le deuxième et le troisième volets servent à valider certains régimes législatifs en dépit du fait qu'ils empiètent sur la compétence traditionnelle des cours visées à l'art. 96. Pour les fins de l'art. 96, il est nécessaire d'adopter un point de vue strict, c'est-à-dire étroit, en matière de qualification à la première étape. Étant donné ce que j'ai à dire plus loin sur la compétence concurrente des cours supérieures et des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération, tout autre point de vue risquerait d'ouvrir la porte à d'importantes augmentations de compétence, ce qui irait à l'encontre des fins recherchées par la disposition constitutionnelle. Je rejetterais donc parce que trop large une qualification de la compétence attribuée par l'art. 67A comme portant sur les rapports employeur-employé ou les normes du travail.

Ayant rejeté les qualifications larges, la cour a le choix entre deux qualifications étroites possibles, une compétence en matière de réintégration ou une compétence en matière de congédiement abusif. Statuant sur une disposition fort semblable de la *Loi sur les normes du travail* du Québec, la Cour d'appel de cette province, dans l'arrêt *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212, a qualifié cette compétence de relative à l'exécution forcée d'un contrat de travail. Par conséquent, le juge Nolan a conclu que la réintégration [TRADUCTION] «n'était pas un pouvoir que les

Canada before Confederation" (p. 89 C.A., p. 236 D.L.R.)

I would, however, reject this characterization, preferring again to resolve the issue by reference to the language and purpose of the *Residential Tenancies* test. At the first stage the search is for "broad conformity" with the powers of s. 96 courts at Confederation. It is a search for analogous, not precisely the same, jurisdiction. Even if I were to accept the appellant's contention that the remedy of reinstatement was outside the purview of s. 96 courts, as was done in *Asselin*, I do not think that should be determinative in s. 96 cases. To do so would be to freeze the jurisdiction of those courts at 1867 by a technical analysis of remedies. It is, in my view, the type of dispute that must guide us and not the particular remedy sought. The question of new remedies for traditional causes of action is better suited to the second and third steps of the *Residential Tenancies* test which are specifically designed to allow the courts to consider new approaches to old problems, approaches which are more responsive to changing social conditions. Thus, the jurisdiction in this case should, in my view, be characterized as jurisdiction in relation to unjust dismissal.

The fact that the different stages of the *Residential Tenancies* test serve different purposes also, in my view, militates against any "broadening" of the characterization as the analysis progresses from one stage to another. The characterization chosen is irrelevant to a consideration at stage two of whether the Tribunal is functioning judicially or not. A broad characterization at the third stage would be equally unnecessary because this aspect of the test requires the courts to view the particular power or jurisdiction within a broad context. Thus, in this case, for example, a broadening of the characterization to "labour standards" would require the court to assess whether such a power or jurisdiction is "so integrated with the valid regulatory regime" (*Residential Tenancies*,

cours visées à l'art. 96 pouvaient exercer dans le Bas-Canada avant la Confédération» (à la p. 89 C.A., à la p. 236 D.L.R.)

Toutefois je rejetterais cette qualification, préférant encore une fois résoudre la question en me reportant au texte et à l'objet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Pour le premier volet, il faut rechercher s'il y a «correspondance générale» avec les pouvoirs des cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Il s'agit de rechercher une compétence analogue et non tout à fait identique. Même si je devais accepter l'argument de l'appelant que le recours en réintégration n'entrait pas dans les pouvoirs des cours visées à l'art. 96, comme on l'a fait dans l'affaire *Asselin*, je ne pense pas que cela serait décisif dans les affaires relatives à l'art. 96. Cela figerait la compétence de ces tribunaux à ce qu'elle était en 1867 par une analyse formaliste des recours. C'est, à mon avis, le type de litige qui doit nous servir de guide et non le recours particulier invoqué. La question de nouveaux recours pour des causes d'action traditionnelles est plus adaptée au second et au troisième volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui sont conçus précisément pour permettre aux tribunaux d'envisager de nouvelles solutions à de vieux problèmes, solutions qui répondent mieux aux nouvelles conditions sociales. Ainsi, la compétence en l'espèce devrait, à mon avis, être qualifiée de compétence en matière de congédiement abusif.

Le fait que les différents volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* servent différents objets milite aussi, à mon avis, contre tout «élargissement» de la qualification au fur et à mesure que l'analyse progresse d'un volet à l'autre. La qualification choisie importe peu quand, au deuxième volet, on se demande si le tribunal exerce ou non une fonction judiciaire. Une qualification large pour le troisième volet est tout aussi inutile, parce que cet aspect du critère oblige les tribunaux à considérer le pouvoir ou la compétence particulier dans un contexte global. Ainsi, en l'espèce par exemple, un élargissement de la qualification qui la rattacherait aux «normes du travail» obligerait la cour à se demander si ce pouvoir ou cette compétence est «à ce point intégré au régime régle-

at p. 736) of labour standards legislation as to take on a different character. The inquiry would have become a tautological one and the *Residential Tenancies* test would be deprived of its essential purpose.

(ii) Must the Superior Court Jurisdiction at Confederation be Exclusive?

The Appeal Division held that jurisdiction over unjust dismissal was exclusively the preserve of Nova Scotia's superior courts in 1867. In his reasons for judgment Hart J.A., speaking for the Court, said at p. 399:

> This was not the type of jurisdiction exercised by any of the inferior courts in existence at that time .... The action for wrongful dismissal in Nova Scotia has always been commenced and conducted in the superior courts.

The appellants presented historical evidence in this Court to demonstrate that inferior courts also exercised jurisdiction over unjust dismissal and other breaches of employment contracts. They do not deny that the Supreme Court of Nova Scotia dealt with such matters but argue that because various inferior courts also did so the legislation can be upheld under the historical test. The relevance of such evidence of "shared jurisdiction" depends on the resolution of an issue left uncertain by previous judgments of this Court. It is obvious that at the first stage s. 96 will be violated if provincial tribunals are accorded a power or jurisdiction that belonged exclusively to s. 96 courts at Confederation. It is equally trite law that there will be no violation if the power or jurisdiction was the exclusive preserve of inferior courts. These propositions, however, leave unclear what the consequences are of discovering a shared, or concurrent, jurisdiction between the two levels of court. Moreover, if concurrent jurisdiction will enable the provincial tribunal to pass the historical test, it is necessary to ask how much shared jurisdiction will suffice for this purpose.

mentaire valide» (*Renvoi sur la location résidentielle*, à la p. 736) de la législation sur les normes du travail qu'il acquiert un caractère différent. L'analyse deviendrait tautologique et le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* serait privé de son objet essentiel.

(ii) La compétence des cours supérieures à l'époque de la Confédération doit-elle être exclusive?

La Division d'appel a jugé que la compétence en matière de congédiement abusif était exclusivement réservée aux cours supérieures de la Nouvelle-Écosse en 1867. Dans ses motifs de jugement, le juge Hart, s'exprimant au nom de la cour, a dit à la p. 399:

> [TRADUCTION] Aucun des tribunaux inférieurs existant à l'époque n'exerçait ce genre de compétence ... L'action en congédiement abusif en Nouvelle-Écosse a toujours été intentée en cour supérieure.

Les appelants ont présenté des preuves à caractère historique en cette Cour pour démontrer que les tribunaux inférieurs exerçaient aussi une compétence en matière de congédiement abusif et d'autres formes d'inexécution des contrats de travail. Ils ne nient pas que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ait connu de ces questions, mais soutiennent que, puisque divers tribunaux inférieurs en connaissaient aussi, la loi peut être maintenue en vertu du critère historique. La pertinence de ce genre de preuve de «compétence partagée» dépend de la solution apportée à une question laissée sans réponse par les arrêts antérieurs de cette Cour. Il est évident qu'au niveau du premier volet l'art. 96 sera violé si les tribunaux provinciaux se voient conférer un pouvoir ou une compétence qui appartenait exclusivement aux cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Il est également bien établi qu'il n'y aura aucune violation si le pouvoir ou la compétence était exclusivement réservé aux tribunaux inférieurs. Ces déclarations n'éclaircissent toutefois pas quelles sont les conséquences de la découverte d'une compétence partagée, ou concurrente, entre les deux niveaux de juridiction. En outre, si une compétence concurrente devait permettre au tribunal provincial de satisfaire au critère historique, il devient nécessaire de s'interroger sur l'ampleur du partage de compétence suffisant à cette fin.

As I noted above, these issues have not previously been directly addressed by this Court. In *Residential Tenancies* Dickson J. made no reference to the question of exclusivity or concurrency. He merely said at p. 734:

> The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation.
>
> . . .
>
> If, however, the historical evidence indicates that the impugned power is identical or analogous to a power exercised by s. 96 courts at Confederation, then one must proceed to the second step of the inquiry.

Cases before and after *Residential Tenancies*, however, do provide some guidance. In *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, Rand J. said, at p. 542:

> A distinction is here necessary between the character of a tribunal and the type of judicial power, if any, exercised by it. If in essence an administrative organ is created as in *Toronto Corporation v. York Corporation*, there may be a question whether provincial legislation has purported to confer upon it judicial power belonging exclusively to Courts within s. 96. Judicial power not of that type, such as that exercised by inferior Courts, can be conferred on a provincial tribunal whatever its primary character . . . . [Emphasis added.]

This passage from *Dupont* was cited by Laskin C.J. in *Attorney General of Quebec v. Farrah*, *supra*, and he drew from it the following proposition: "where judicial power is not of the type belonging exclusively to courts within s. 96 it may be conferred upon a provincial tribunal whatever its character" (at pp. 642-43).

It is true that in both *Dupont* and *Farrah* the Court's comments were principally concerned with whether inferior court powers could be given to provincial administrative tribunals but the exclusivity test was also used in more recent decisions of this Court. In *Re: B.C. Family Relations Act*, *supra*, Estey J., for a majority of the Court,

Comme je l'ai dit précédemment, cette Cour n'a pas statué directement sur ces questions auparavant. Dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, le juge Dickson ne fait aucune mention de la question de l'exclusivité ou de la concurrence. Il se borne à dire, à la p. 734:

> Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération.
>
> . . .
>
> Si, cependant, l'histoire indique que le pouvoir attaqué est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'art. 96 exerçaient au moment de la Confédération, il faut alors passer à la deuxième étape de l'enquête.

La jurisprudence antérieure et postérieure au *Renvoi sur la location résidentielle* fournit toutefois quelques indications. Dans l'arrêt *Dupont v. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, le juge Rand dit, à la p. 542:

> [TRADUCTION] En l'espèce, il est nécessaire de faire une distinction entre la nature du tribunal et le type de pouvoir judiciaire qu'il exerce, le cas échéant. Si, en essence, un organe administratif est créé, comme dans l'affaire *Toronto Corporation v. York Corporation*, il se peut qu'il faille se demander si la loi provinciale a voulu lui attribuer un pouvoir judiciaire du ressort exclusif des cours visées à l'art. 96. Un pouvoir judiciaire autre que celui-là, comme par exemple celui qu'exercent les tribunaux inférieurs, peut être attribué à un tribunal provincial quel que soit son caractère premier ... [Je souligne.]

Le juge en chef Laskin cite ce passage de l'arrêt *Dupont* dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Farrah*, précité, et en dégage la règle suivante: «si le pouvoir judiciaire en cause n'est pas de ceux qui appartiennent exclusivement aux cours visées à l'art. 96, il peut être attribué à un tribunal provincial de quelque nature qu'il soit» (aux pp. 642 et 643).

Il est vrai que, tant dans l'arrêt *Dupont* que dans l'arrêt *Farrah*, la Cour s'interrogeait surtout sur la question de l'attribution de pouvoirs des tribunaux inférieurs aux tribunaux administratifs provinciaux, mais cette Cour a aussi recours au critère de l'exclusivité dans des décisions plus récentes. Dans *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, précité, le

said this in upholding some parts of the legislation (at pp. 109-10):

> Thus it can be seen from the above authorities that the scope of the inherent jurisdiction of superior courts at the time of Confederation, so far from being broad and general, was at best co-extensive with the jurisdiction which has been conceded to the summary process courts in relation to *The Children's Protection Act* in the *Adoption Reference* ... and which was analogized by this Court to the jurisdiction of magistrates under the English Poor Laws.
>
> Not only was the superior court jurisdiction not broad; neither was it exclusive.
>
> . . .
>
> I seek to draw nothing from this sketch of legal history with reference to guardianship and custody other than the fact that the proponents of the superior courts cannot demonstrate the historic existence of an exclusive jurisdiction in the field of guardianship or custody analogous to that proposed in the legislation now before this Court. [Emphasis added.]

The most significant case dealing with exclusive and concurrent jurisdiction is *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364. Chouinard J., for a unanimous Court, first concluded that in 1867 the superior courts had jurisdiction over the entire area in dispute, lessor-lessee relations, but then went on to note that this jurisdiction was to some extent shared by inferior courts. As a result the legislature could validly establish an administrative tribunal to deal with landlord/tenant relations. He said at p. 383:

> In my view, that suffices for the historical step of the test established by the reference *Re Residential Tenancies Act, 1979*, and applies to all proceedings covered by this appeal.

The foregoing leads me to conclude that a certain gloss must be added to the *Residential Tenancies* test. At the first step, the threshold question is whether at Confederation superior courts exercised an exclusive jurisdiction. This test accords with the general principle that inferior court jurisdiction need not be frozen at its pre-Confederation level: see *Re Cour de Magistrat de*

juge Estey, au nom de la majorité de la Cour, dit ceci en confirmant certaines portions de la loi (aux pp. 109 et 110):

> Il ressort donc des passages précités que la portée de la compétence inhérente des cours supérieures à l'époque de la Confédération, loin d'être large et générale, était de même étendue que celle que le *Renvoi sur l'adoption* ... a reconnue aux cours de procédure sommaire relativement à *The Children's Protection Act* et que cette Cour a assimilée à la compétence dont sont investis les magistrats en vertu des lois anglaises sur l'assistance publique.
>
> Non seulement la compétence des cours supérieures n'était pas large, elle n'était pas exclusive non plus.
>
> . . .
>
> Je ne veux tirer aucune conclusion de ce bref historique de la tutelle et de la garde, si ce n'est que les partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence historique d'aucune compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce. [Je souligne.]

L'arrêt le plus important traitant de compétence exclusive et concurrente est l'arrêt *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364. Le juge Chouinard, au nom de la Cour à l'unanimité, a d'abord conclu qu'en 1867 les cours supérieures avaient compétence sur l'ensemble du domaine en litige, les rapports entre locateurs et locataires, mais il constate ensuite que cette compétence était dans une certaine mesure partagée par les tribunaux inférieurs. Par conséquent, le législateur provincial pouvait validement instituer un tribunal administratif pour connaître des rapports entre propriétaires et locataires. Il dit, à la p. 383:

> À mon avis, cela est suffisant au regard du volet historique du critère établi par le renvoi *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle* et vaut pour toutes les matières visées dans ce pourvoi.

Voilà qui m'amène à conclure qu'une glose doit être ajoutée au critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Au regard du premier volet, la question préliminaire doit viser à déterminer si, à l'époque de la Confédération, les cours supérieures exerçaient une compétence exclusive. Ce critère est conforme au principe général que la compétence des tribunaux inférieurs n'a pas à être figée à son

Québec, supra. If the jurisdiction was exclusive to superior courts, then the inquiry must pass on to the second and third stages of the test. If the jurisdiction was shared, the legislation under challenge may, in some circumstances, be held valid by the historical test.

How much concurrent jurisdiction is necessary for the purposes of the test? It would obviously largely defeat the purpose of s. 96 if a finding of one small aspect of jurisdiction, limited, for example, by subject matter, geography or monetary amount, in an inferior court were sufficient to permit legislatures to oust the jurisdiction of today's superior courts. However, the dangers of this are not as great as they might at first sight appear, given what I have said earlier about the need to characterize the power or jurisdiction relatively narrowly for the purposes of the historical test. Yet they must be borne in mind in fashioning a test of general application.

In my view the correct approach to this problem can be found in *Grondin.* Chouinard J. summarized inferior court jurisdiction in the following manner at pp. 379-81:

> The Commissioners' Court accordingly had a certain jurisdiction over relations between lessors and lessees, since attachments for rent are the procedure by which a lessor may, in order to guarantee his rights, obtain a seizure before judgment of movables found on the premises and belonging to the lessee (art. 734 *C.C.P.* and art. 1637 *C.C.*).
>
> The Commissioners' Courts were created in 1821 by 1 Geo. IV, c. 2, titled the *Act for the summary Trial of certain small causes in the Country Parishes of this Province* . . . .
>
> The jurisdiction of the Commissioners was undoubtedly very limited as to territory and amount, the latter being $25 in 1867. However, I would add that according to the submissions made by the Attorney General of Quebec and the Régie du logement, which were not contradicted, there were 222 localities in Quebec in 1867 which had a Commissioners' Court, and such courts continued until 1960 . . . .
>
> Further, arts. 1217 and 1219 of the *Code of Civil Procedure* of 1867 conferred jurisdiction on the Record-

niveau préconfédératif: voir *Re Cour de Magistrat de Québec*, précité. S'il s'agissait d'une compétence exclusive des cours supérieures, il faut alors passer au second et au troisième volets du critère. Si la compétence était partagée, la loi contestée peut, dans certaines circonstances, être jugée valide selon le critère historique.

Jusqu'à quel point est-il nécessaire que la compétence soit concurrente pour les fins du critère? Ce serait évidemment contrecarrer la fin visée par l'art. 96 si conclure qu'un aspect minime de la compétence d'un tribunal inférieur, limitée par exemple à la matière, au territoire ou au montant d'argent, suffisait pour permettre au législateur provincial d'écarter la compétence des cours supérieures d'aujourd'hui. Cependant, les dangers que cela se produise ne sont pas aussi grands qu'ils pourraient le paraître à première vue, compte tenu de ce que j'ai dit précédemment sur la nécessité de qualifier le pouvoir ou la compétence d'une manière relativement étroite pour les fins du critère historique. Néanmoins il faut se les rappeler lorsqu'on modèle un critère d'application générale.

À mon avis, la bonne façon d'aborder le problème se retrouve dans l'arrêt *Grondin.* Le juge Chouinard a résumé la compétence du tribunal inférieur de la façon suivante, aux pp. 379 à 381:

> C'est donc que la Cour des commissaires avait une certaine compétence dans les rapports entre locateurs et locataires puisque la saisie-gagerie est la procédure par laquelle un locateur peut, pour la garantie de ses droits, faire saisir avant jugement les effets mobiliers qui se trouvent sur les lieux et qui appartiennent au locataire (art. 734 *C.p.c.* et art. 1637 *C.c.*)
>
> Les cours des commissaires ont été créées en 1821 par la loi 1 Geo. IV, chap. 2, intitulée: *Acte pour la décision sommaire de certaines Petites Causes dans les Paroisses de Campagne dans cette Province* . . .
>
> Certes, la compétence des commissaires était fort limitée quant au territoire et quant au montant qui, en 1867, était de 25 $. J'ajouterai cependant que suivant les représentations du procureur général du Québec et de la Régie du logement qui n'ont pas été contredites, il y avait en 1867 deux cent vingt-deux localités du Québec qui étaient dotées d'une cour des commissaires et il a subsisté de telles cours jusqu'en 1960 . . .
>
> D'autre part, les art. 1217 et 1219 du *Code de procédure civile* de 1867 conféraient juridiction à la

er's Court in certain cities over disputes between lessors and lessees....

It should be noted that at that time the Montreal Recorder's Court had the same jurisdiction and powers over lessor-lessee relations as the Superior Court and the Circuit Court under the same Act, titled the *Act respecting Lessors and Lessees*, C.S.L.C. 1861, c. 40. The jurisdiction and powers were however limited to "cases where the consideration or annual value of the property occupied shall not exceed the sum of one hundred dollars, and which shall apply to premises or real estate situate within the limits of the said city".

. . .

Not only did the Montreal Recorder's Court have jurisdiction over this matter in 1867, but art. 1217 of the *C.C.P.*, 1867, recognized that jurisdiction over lessor and lessee relations could be conferred on lower courts.

Thus, in *Grondin*, although inferior court jurisdiction was subject to pecuniary limits, it was province-wide and included most matters of dispute between landlords and tenants. Chouinard J. found sufficient jurisdiction to uphold the provincial legislation.

It seems to me that in *Grondin* this Court laid down a test which requires the practical involvement of inferior courts to have been broadly coextensive with the work of superior courts. This is not to suggest that jurisdiction must have been entirely or even generally concurrent, for the nature of the inferior-superior court distinction will invariably mean that the former's jurisdiction was limited in some way. But some limits will be more significant than others. A significant geographical limitation would tell against the legislative scheme much more than a purely pecuniary limit. The former might well have prevented recourse to the inferior courts for the majority of colonial residents, while the latter, given inflation, would be a much less dramatic bar. The courts must search for what I would term a general shared involvement in a jurisdiction, not concurrent jurisdiction in all respects. It is impossible to define with precision just how much jurisdiction is enough for a finding of shared involvement in all

Cour de recorder dans certaines villes relativement aux différends entre locateurs et locataires...

Or, l'on doit observer qu'à cette époque la Cour du recorder de Montréal possédait en matière de rapports entre locateurs et locataires la même compétence et les mêmes pouvoirs que la Cour supérieure et la Cour de circuit en vertu de la même loi intitulée *Acte concernant les locateurs et locataires*, S.R.B.C. 1861, chap. 40. Cette compétence et ces pouvoirs étaient toutefois limités «aux cas de lieux occupés dont le prix ou la valeur annuelle n'excède pas la somme de cent dollars, et qui ont pour objet des propriétés situées dans les limites de la dite cité.»

. . .

Non seulement en 1867 la Cour du recorder de Montréal avait-elle compétence en cette matière, mais encore l'art. 1217 *C.p.c.* de 1867 reconnaissait que les rapports entre locateurs et locataires pouvaient être de la compétence de tribunaux inférieurs.

Ainsi, dans l'arrêt *Grondin*, bien que la compétence des tribunaux inférieurs ait fait l'objet de limites pécuniaires, elle s'étendait à l'ensemble de la province et incluait la plupart des matières pouvant faire l'objet de litiges entre les propriétaires et leurs locataires. Le juge Chouinard y a trouvé une compétence suffisante pour maintenir la loi provinciale.

Il me semble que dans l'arrêt *Grondin* cette Cour a énoncé un critère qui requiert que l'engagement pratique des tribunaux inférieurs ait été généralement parallèle à la tâche attribuée aux cours supérieures. Il ne s'agit pas de prétendre que leur compétence doit avoir été parfaitement ni même en général concurrente, car la nature même de la distinction entre tribunal inférieur et cour supérieure signifiera invariablement que la compétence du premier était limitée d'une certaine manière. Mais certaines limites seront plus importantes que d'autres. Une limitation territoriale importante serait beaucoup plus défavorable au régime législatif qu'un plafond purement pécuniaire. La première peut fort bien avoir interdit un recours aux tribunaux inférieurs pour la majorité des résidents de la colonie, alors que la seconde, compte tenu de l'inflation, constituera une entrave beaucoup moins radicale. Les cours doivent rechercher ce que j'appellerais un engagement général partagé dans un domaine de compétences,

cases. But the following questions, in my view, are relevant:

(a) was the inferior court jurisdiction geographically restricted? Was it confined to certain municipal or district courts or was it being exercised province-wide?

(b) was the inferior court jurisdiction limited to a few specific situations? For example, in the area of unjust dismissal, did only certain types of employees have recourse to the inferior courts?

(c) was the inferior court jurisdiction restricted by pecuniary limits so as to reduce its scope even after allowing for inflation?

These are by no means the only questions the courts should address and I proffer them by way of illustration only. Others will appear germane in different contexts. In all cases, however, the inquiry should be directed to the question whether or not the work of the inferior courts at the time of Confederation was broadly co-extensive with that of the superior courts. Only if this standard is met will the history of shared jurisdiction validate the contemporary scheme under the historical test.

(iii) Extent of the Historical Inquiry

In argument before us counsel for the parties and some of the interveners also raised the issue of which jurisdiction(s) should be examined in the historical test. It was suggested that the correct approach was a "global" one in which more than one province's pre-Confederation jurisdiction should be considered. Two principal arguments were offered in support of this position: firstly, that the Court had done so before, notably in *Re: B.C. Family Relations Act*; secondly, that since s. 96 was a constitutional provision it should yield the same results on the historical test irrespective of which province's legislation was challenged.

It seems to me that this issue should be resolved by answering a somewhat broader question—does

non une compétence concurrente à tous égards. Il est impossible de définir avec précision quel degré de compétence suffit dans tous les cas pour conclure à un engagement partagé. Mais, à mon avis, les questions suivantes doivent être posées:

a) la compétence du tribunal inférieur était-elle géographiquement limitée? Était-elle confinée à certaines cours municipales ou de district ou était-elle exercée dans toute la province?

b) la compétence du tribunal inférieur était-elle limitée à un petit nombre d'espèces? Par exemple, dans le domaine du congédiement abusif, certains types de salariés seulement pouvaient-ils avoir recours aux tribunaux inférieurs?

c) la compétence du tribunal inférieur était-elle restreinte par des plafonds pécuniaires qui en réduisaient l'ampleur même compte tenu de l'inflation?

Il ne s'agit nullement là des seules questions que les cours devraient examiner et ce ne sont que des illustrations. D'autres se révéleront appropriées dans des contextes différents. Dans tous les cas, néanmoins, il faudrait rechercher si la tâche confiée aux tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération était ou non généralement parallèle à celle des cours supérieures. Ce n'est que si on a satisfait à cette norme qu'un historique de compétence partagée validera le régime législatif contemporain en vertu du critère historique.

(iii) Portée de l'analyse historique

Devant nous, les avocats des parties et de certains des intervenants ont aussi débattu la question de la ou des compétences à examiner en regard du critère historique. On a avancé que la bonne optique se devait d'être «globale», celle où la compétence exercée dans plus d'une province avant la Confédération devrait être considérée. Deux arguments principaux ont été offerts à l'appui de cette position: premièrement, que la Cour l'avait déjà fait, notamment dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*; en second lieu, que l'art. 96, à titre de disposition constitutionnelle, devrait conduire aux mêmes résultats selon le critère historique, indépendamment de la loi provinciale contestée.

Il me semble que, pour résoudre ce point, il faut répondre à une question nettement plus large: par

pre-Confederation jurisdiction refer to pre-1867 jurisdiction or to jurisdiction in a particular province immediately prior to that province joining Confederation? If the former approach is adopted, the courts must consider only the four original confederating provinces (Quebec, Ontario, Nova Scotia and New Brunswick) irrespective of which present-day province is involved in the litigation. If the latter approach is adopted, the test will involve perhaps only one colony, perhaps as many as eight, and a potential chronological span of as many as 82 years, from 1867 to 1949. I note that on all of these points past decisions of this Court have been somewhat inconsistent. In *Re: B.C. Family Relations Act*, Estey J., for the majority, ignored British Columbia altogether and looked at U.K. and Upper Canadian jurisdiction in 1867 while Laskin C.J. made reference to those two plus New Brunswick and Prince Edward Island, but again not British Columbia. Some provincial courts have done likewise. In *Evans v. Employment Standards Bd.* (1983), 46 B.C.L.R. 198, the British Columbia Court of Appeal upheld the Board's jurisdiction over unpaid wages solely by reference to a comparable jurisdiction in Upper Canada. References to jurisdiction in other provinces were employed for the same purpose in *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1973), 41 D.L.R. (3d) 176 (Ont. H.C.), reversed in part on other grounds (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A.) In *John East Iron Works, Ld.* the Privy Council also appears to have considered 1867 as the reference point for any historical inquiry, stating at pp. 150-51:

> It is in the light of this new conception of industrial relations that the question to be determined by the board must be viewed, and, even if the issue so raised can be regarded as a justiciable one, it finds no analogy in those issues which were familiar to the courts of 1867. This matter may be tested in another way. If the appellant board is a court analogous to the superior and other courts mentioned in s. 96 of the British North America Act, its members must not only be appointed by the Governor-General but must be chosen from the

compétence antérieure à la Confédération, entend-on une compétence antérieure à 1867 ou une compétence exercée dans une province en particulier immédiatement avant son entrée dans la Confédération? Si la première option l'emporte, les cours n'auront à tenir compte que des quatre colonies qui ont formé la Confédération à l'origine (le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) indépendamment de la province aujourd'hui en cause. Si la seconde option l'emporte, le critère pourrait éventuellement ne mettre en cause qu'une seule colonie, ou peut-être huit, et potentiellement, un intervalle pouvant aller jusqu'à 82 ans, de 1867 à 1949. Je constate que, sur tous ces points, la jurisprudence antérieure de cette Cour est quelque peu incohérente. Dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, le juge Estey, au nom de la majorité, n'a tenu aucun compte de la Colombie-Britannique et s'est intéressé aux compétences exercées au Royaume-Uni et au Haut-Canada en 1867, alors que le juge en chef Laskin s'est référé à ces deux ressorts ainsi qu'au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard mais, encore une fois, pas à la Colombie-Britannique. Certaines cours provinciales ont fait de même. Dans l'arrêt *Evans v. Employment Standards Bd.* (1983), 46 B.C.L.R. 198, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la compétence du conseil sur les salaires impayés en se référant seulement à une compétence comparable au Haut-Canada. On s'est référé à la compétence d'autres provinces pour les mêmes fins dans *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1973), 41 D.L.R. (3d) 176 (H.C. Ont.), infirmé en partie pour d'autres motifs (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A.) Dans l'arrêt *John East Iron Works, Ld.*, le Conseil privé paraît aussi avoir considéré 1867 comme le point de référence de toute analyse historique, disant aux pp. 150 et 151:

> [TRADUCTION] C'est dans le contexte de cette nouvelle conception des relations industrielles qu'il faut voir la question sur laquelle doit se prononcer le conseil et, même si la question qui se pose peut être considérée comme relevant des tribunaux, on ne trouve aucune analogie dans les questions qu'on retrouvait devant les tribunaux de 1867. On peut voir la chose sous un autre angle. Si le conseil appelant est un tribunal analogue aux cours supérieures et autres énumérées à l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, ses membres

Bar of Saskatchewan. It is legitimate, therefore, to ask whether, if trade unions had in 1867 been recognized by the law, if collective bargaining had then been the accepted postulate of industrial peace, if, in a word, the economic and social outlook had been the same in 1867 as it became in 1944, it would not have been expedient to establish just such a specialized tribunal as is provided by s. 4 of the Act. [Emphasis added.]

Conversely, in *Attorney General of British Columbia v. McKenzie*, [1965] S.C.R. 490, reference was made only to pre-Confederation jurisdiction in British Columbia, an approach followed in *Grondin* (Quebec) and in *Jones v. Edmonton Catholic School District No. 7*, [1977] 2 S.C.R. 872 (Alberta), the latter bringing the applicable date forward to 1905.

In resolving this issue I take as my starting point this Court's decision in *Residential Tenancies*. In describing the historical test Dickson J. had this to say at pp. 729 and 734:

> The belief that any function which in 1867 had been vested in a s. 96 court must forever remain in that court reached its apogee in the judgment of Lord Atkin in *Toronto Corporation v. York Corporation.*
>
> . . .
>
> . . . the test must now be formulated in three steps. The first involves consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or jurisdiction conferred upon the tribunal. The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation. [Emphasis added.]

Although it might be argued that the references to 1867 were the result of the fact that the *Residential Tenancies* case emanated from Ontario, I think the better view is that they were intended to refer generally to the original bargain made in 1867. In *Residential Tenancies* the members of this Court clearly believed that it was necessary to clarify the jurisprudence and lay down a consistent test for the future. The judgment referred to 1867 and that deliberate choice must be given effect.

doivent non seulement être nommés par le gouverneur général, mais ils doivent aussi être choisis au sein du Barreau de la Saskatchewan. Il est légitime, par conséquent, de se demander si les syndicats avaient en 1867 été reconnus par la loi, si la négociation collective avait constitué le postulat reconnu de la paix industrielle, si, en un mot, l'optique économique et sociale avait été la même en 1867 que ce qu'elle est devenue en 1944, il n'aurait pas été opportun de créer effectivement un tribunal spécialisé comme celui que prévoit l'art. 4 de la Loi. [Je souligne.]

À l'inverse, dans l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. MacKenzie*, [1965] R.C.S. 490, on ne s'est référé qu'à la compétence antérieure à la Confédération en Colombie-Britannique, une méthode suivie dans les arrêts *Grondin* (Québec) et *Jones c. Edmonton Catholic School District No. 7*, [1977] 2 R.C.S. 872 (Alberta), ce dernier fixant la date applicable à 1905.

Pour résoudre cette question, je prends comme point de départ la décision de cette Cour dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Dans sa description du critère historique, le juge Dickson avait ceci à dire, aux pp. 729 et 734:

> La croyance qu'une fonction assignée en 1867 à une cour établie en vertu de l'art. 96 doit lui rester pour toujours a atteint son apogée dans les motifs que lord Atkin a rendus dans l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation.*
>
> . . .
>
> . . . le critère doit maintenant être formulé en trois étapes. La première porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. [Je souligne.]

Bien qu'on puisse soutenir que les références à 1867 sont dues au fait que le *Renvoi sur la location résidentielle* provenait de l'Ontario, je pense qu'il est préférable d'y voir la volonté de se référer, d'une manière générale, au pacte originaire conclu en 1867. Dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, il est clair que les membres de cette Cour ont cru qu'il était nécessaire de clarifier la jurisprudence et d'énoncer un critère cohérent pour l'avenir. La décision se réfère à 1867 et il faut

One of the leading academic commentators has done so, referring to the historical test as the "1867 Statute Book Test": see Pépin, "The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867", *supra*, at p. 236.

I would not, however, rest this conclusion purely on an analysis of the language of *Residential Tenancies* but would note two further points. Firstly, the judgment of this Court in *Re: B.C. Family Relations Act* was released only a few months after that in *Residential Tenancies* (January 26, 1982 and May 28, 1981, respectively). The *Re: B.C. Family Relations Act* judgment provides clear evidence that the Court at that time thought it necessary to look at jurisdiction at 1867 when the Confederation bargain was made. Secondly, in his discussion of the purposes of s. 96 Dickson J. made it clear that he saw the provision as one intimately related to the division of powers and to the need to maintain a guaranteed core of superior court jurisdiction. He said at p. 728:

> As Professor Hogg has noted in his work on *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 129, there is no general "separation of powers" in the *British North America Act, 1867*. Our Constitution does not separate the legislative, executive, and judicial functions and insist that each branch of government exercise only its own function. Thus it is clear that the Legislature of Ontario may confer non-judicial functions on the courts of Ontario and, subject to s. 96 of the *B.N.A. Act*, which lies at the heart of the present appeal, confer judicial functions on a body which is not a court.
>
> Under s. 92(14) of the *B.N.A. Act* the provincial legislatures have the legislative power in relation to the administration of justice in the province. This is a wide power but subject to the subtraction of ss. 96 to 100 in favour of the federal authority. Under s. 96 the Governor General has the sole power to appoint the judges of the Superior, District and County Courts in each province. Under s. 97 the judges who are to be appointed to the Superior, District and County Courts are to be selected from the respective bars of each province. Under s. 100 the Parliament of Canada is obliged to fix and provide for their salaries. Section 92(14) and ss. 96 to 100 represent one of the important compromises of the Fathers of Confederation. It is plain that what was

Je ne fonde cependant pas cette conclusion purement sur une analyse du texte du *Renvoi sur la location résidentielle*, mais je remarque aussi deux autres points. En premier lieu la décision dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)* de cette Cour n'a été prononcée que quelques mois après celle du *Renvoi sur la location résidentielle* (26 janvier 1982 et 28 mai 1981 respectivement). Le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)* fournit la preuve manifeste qu'à l'époque la Cour a estimé nécessaire de considérer la compétence en 1867, au moment du pacte de la Confédération. En second lieu, dans son analyse des objets de l'art. 96, le juge Dickson montre clairement qu'il considère la disposition comme intimement liée au partage des compétences et à la nécessité de garantir un noyau de compétence à la cour supérieure. Il dit, à la p. 728:

> Comme le professeur Hogg l'a souligné dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 129, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* ne prévoit pas une «séparation générale des pouvoirs». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions. Ainsi, il est évident que la législature de l'Ontario peut attribuer des fonctions non judiciaires aux cours de l'Ontario et, sous réserve de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* qui est au centre du présent pourvoi, attribuer des fonctions judiciaires à un organisme qui n'est pas une cour.
>
> Aux termes du par. 92(14) de l'*A.A.N.B.*, chaque législature a le pouvoir de faire des lois relatives à l'administration de la justice dans la province. C'est un pouvoir étendu, mais qui est assujetti aux soustractions que les art. 96 à 100 opèrent en faveur de l'autorité fédérale. En vertu de l'art. 96, le gouverneur général a seul le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province. En vertu de l'art. 97, les juges qui doivent être nommés aux cours supérieures, de district et de comté doivent être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces. En vertu de l'art. 100, le parlement du Canada est tenu de fixer et de payer leur salaire. Le paragraphe 92(14) et les art. 96 à 100 représentent un

sought to be achieved through this compromise, and the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined. Section 96 has thus come to be regarded as limiting provincial competence to make appointments to a tribunal exercising s. 96 judicial powers and therefore as implicitly limiting provincial competence to endow a provincial tribunal with such powers. [Emphasis added.]

The significance of this passage lies in the stress placed on the arrangements made in 1867. In particular, the references to s. 92 of the *Constitution Act, 1867* support the view that what must be examined is jurisdiction in 1867, not when a province joined thereafter. No-one would suggest that the meaning of ss. 91 and 92 should be determined by reference to imperial/colonial relations in 1870, or 1905 or 1949 so that their meaning changes depending on the province involved. When new provinces joined Confederation they accepted the existing constitutional arrangements in ss. 91 and 92 and must, in my view, be taken to have done the same with s. 96.

Once this principle is accepted, it seems to me unavoidable to conclude that the *Residential Tenancies* test of 1867 jurisdiction should be expanded somewhat to include examination of the general historical conditions in all four original confederating provinces. I say this for two reasons. The first is a practical one. While it might make sense to examine only Ontario in an Ontario case (as was done in *Residential Tenancies*) or Quebec in a Quebec case (as was done in *Grondin*) there would be no reason to choose one or the other in deciding a case emanating from Alberta, Prince Edward Island or elsewhere.

The second and more important reason is that implicit in what I have said above is the principle that s. 96 should apply in the same way across the

des compromis importants des Pères de la Confédération. Il est clair qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base. On est donc venu à considérer que l'art. 96 restreint la compétence des provinces de nommer les juges d'un tribunal qui exerce les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96 et, par conséquent, qu'il restreint implicitement la compétence des provinces de conférer ces pouvoirs à un tribunal provincial. [Je souligne.]

L'importance de ce passage réside dans l'insistance sur les arrangements intervenus en 1867. En particulier, les références à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confirment l'opinion que ce qu'il faut examiner, c'est la compétence en 1867, non lorsqu'une province s'est jointe par la suite. Personne ne prétend qu'on doit interpréter les art. 91 et 92 en se référant aux relations empire-colonie en 1870, en 1905 ou en 1949, de sorte que leur sens varierait en fonction de la province en cause. Lorsque de nouvelles provinces se sont jointes à la Confédération, elles ont accepté les arrangements constitutionnels existant aux art. 91 et 92 et on doit, à mon avis, considérer qu'elles ont fait de même dans le cas de l'art. 96.

Ce principe accepté, il amène, me semble-t-il, inévitablement à conclure que le critère de la compétence en 1867 énoncé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* doit être quelque peu élargi pour inclure un examen des conditions historiques générales prévalant dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération à l'origine. Je dis cela pour deux raisons. La première est d'ordre pratique. Si ne s'intéresser qu'à l'Ontario dans une affaire ontarienne (comme ce fut le cas dans le *Renvoi sur la location résidentielle*) ou qu'au Québec dans une affaire québécoise (comme ce fut le cas dans l'affaire *Grondin*) a du sens, il n'y a aucune raison de choisir l'une ou l'autre quand il s'agit de statuer sur une affaire émanant de l'Alberta, de l'Île-du-Prince-Édouard ou d'ailleurs.

La seconde raison, et la plus importante, est que découle implicitement de ce que je viens de dire le principe que l'art. 96 doit s'appliquer de la même

country. The "strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system" (*Residential Tenancies*, at p. 728) would indeed be undermined by inconsistent results derived from a jurisprudence developed province by province. Indeed, this has already occurred. The Ontario legislative scheme which was struck down in *Residential Tenancies* was practically indistinguishable from the Quebec scheme upheld in *Grondin*. Comparable landlord and tenant legislation in Alberta was invalidated while that of British Columbia and Nova Scotia survived s. 96 challenges: see, respectively, *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460 (Alta. C.A.); *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577 (B.C.C.A.); and *Re Fort Massey Realties and Rent Review Commission* (1982), 132 D.L.R. (3d) 516 (N.S.C.A.) Similarly, reinstatement provisions in employment standards legislation have suffered conflicting fates under the historical test in this case and in *Asselin*.

I do not wish to suggest that there must be uniformity of result for all s. 96 challenges to provincial initiatives in a given area. It is entirely possible that different results may emerge from analyzing contemporary schemes in light of the second and third stages of the *Residential Tenancies* test. I am suggesting only that consistency at the level of the historical analysis would seem to be desirable and that it is best achieved by measuring each s. 96 challenge against the same historical yardstick. The test at this stage should be national, not provincial.

There remains only to consider one practical problem—the difficulties created if, as in this case, the four original provinces produce a "tie", two upholding jurisdiction and two denying it. While there is probably no ideal solution to such a problem, I am persuaded that the best approach would be to examine jurisdiction in the United Kingdom

manière dans tout le pays. Le «fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire» (*Renvoi sur la location résidentielle*, à la p. 728) se trouverait d'ailleurs miné par des résultats incohérents, découlant d'une jurisprudence développée province par province. D'ailleurs cela s'est déjà produit. Le régime de la loi ontarienne invalidée dans le *Renvoi sur la location résidentielle* était pratiquement identique à celui de la loi québécoise confirmée dans l'arrêt *Grondin*. Une loi albertaine comparable régissant les rapports entre propriétaires et locataires a été invalidée, alors que celles de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse ont survécu aux contestations fondées sur l'art. 96. Voir respectivement: *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460 (C.A. Alb.); *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577 (C.A.C.-B.) et *Re Fort Massey Realties and Rent Review Commission* (1982), 132 D.L.R. (3d) 516 (C.A.N.-É.) De même, les dispositions sur la réintégration qu'on trouve dans les lois sur les normes d'emploi ont subi des sorts contradictoires en regard du critère historique en l'espèce et dans l'arrêt *Asselin*.

Je ne prétends pas que le résultat doit obligatoirement être uniforme dans l'ensemble des contestations fondées sur l'art. 96 visant des initiatives provinciales dans un domaine donné. Il est parfaitement possible que des résultats différents découlent de l'analyse des régimes contemporains, compte tenu des second et troisième volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Je prétends seulement que la cohérence au niveau de l'analyse historique semble désirable et que le meilleur moyen d'y arriver est de mesurer chaque contestation fondée sur l'art. 96 au même étalon historique. Le critère à ce stade devrait être national, non pas provincial.

Il ne reste qu'à examiner un problème pratique, les difficultés créées si, comme en l'espèce, les quatre provinces originaires ne sont pas départagées, deux confirmant la compétence et deux l'infirmant. Il n'y a probablement pas de solution idéale à ce problème, mais je suis persuadée que la meilleure solution consiste à passer alors à l'exa-

at the time of Confederation. The inquiry is one generally into jurisdiction in 1867 and our court structure is derived from the British model. Moreover, this Court certainly considered U.K. jurisdiction relevant in its judgments in *The Adoption Reference* and *Re: B.C. Family Relations Act*.

I turn now to a consideration of jurisdiction over unjust dismissal in Nova Scotia, New Brunswick, Ontario and Quebec.

(a) *Nova Scotia*

At Confederation the Supreme Court of Nova Scotia had a general jurisdiction over unjust dismissal by virtue of its power over all actions in contract (*Of the Supreme Court and its Officers*, R.S.N.S. 1864, c. 123, s. 1). This jurisdiction was partially shared by the inferior courts. The Halifax City Court could deal with all contract actions for sums not exceeding $80 provided the cause of action originated within the city (*Halifax City Charter*, S.N.S. 1864, c. 81, s. 115). It was contended by the appellants that jurisdiction was also shared by inferior court judges such as Justices of the Peace, Stipendiary Magistrates, County Wardens and Commissioners' Courts by virtue of the fact that they exercised a small debt jurisdiction throughout the province (*Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases*, R.S.N.S. 1864, c. 128, s. 1; *Of Stipendiary or Police Magistrates*, R.S.N.S. 1864, c. 129, s. 18; *Of Municipalities*, R.S.N.S. 1864, c. 133, ss. 64, 96-109). Jurisdiction in debt, however, is not to be equated to jurisdiction over unjust dismissal. Unpaid wages for services rendered are liquidated damages which may properly be classified as a debt, but damages payable in the event of an unjust dismissal are unliquidated and do not constitute a debt. In an action for breach of the terms of an employment contract based on insufficient notice any sum of money to be paid to the employee will become due only when a court decides (1) that the termination

men des compétences exercées au Royaume-Uni à l'époque de la Confédération. C'est une analyse générale des compétences exercées en 1867 et notre structure judiciaire dérive du modèle britannique. En outre, cette Cour a certainement considéré les compétences exercées au Royaume-Uni comme pertinentes dans *The Adoption Reference* et dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*

J'en viens maintenant à l'examen de la compétence exercée en matière de congédiement abusif en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, en Ontario et au Québec.

a) *En Nouvelle-Écosse*

Au moment de la Confédération, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse détenait une compétence générale en matière de congédiement abusif en vertu de son pouvoir de connaître de toutes les actions contractuelles (*Of the Supreme Court and its Officers*, R.S.N.S. 1864, chap. 123, art. 1). Cette compétence était en partie partagée par les tribunaux inférieurs. La Halifax City Court connaissait de toute action contractuelle mettant en cause des sommes ne dépassant pas 80 $ pourvu que le litige soit né dans cette ville (*Halifax City Charter*, S.N.S. 1864, chap. 81, art. 115). Les appelants ont soutenu que des juges des tribunaux inférieurs partageaient aussi cette compétence, ainsi les juges de paix, magistrats stipendiaires, présidents des conseils de comté et cours des commissaires, parce qu'ils étaient compétents en matière de petites créances à l'échelle de la province (*Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases*, R.S.N.S. 1864, chap. 128, art. 1; *Of Stipendiary or Police Magistrates*, R.S.N.S. 1864, chap. 129, art. 18; *Of Municipalities*, R.S.N.S. 1864, chap. 133, art. 64 et 96 à 109). Une compétence en matière de créances, cependant, ne saurait être assimilée à une compétence en matière de congédiement abusif. Les salaires impayés pour services rendus sont des dommages-intérêts conventionnels qu'on peut à bon droit qualifier de créance, mais les dommages-intérêts payables en cas de congédiement abusif ne sont ni prévus ni prévisibles et ne constituent pas une créance. Dans une action en inexécution des conditions d'un contrat de travail, fondée sur un délai-congé insuffisant, une somme d'argent à

was without just cause and (2) that insufficient notice was given.

It was also argued by the appellants that the power of inferior courts throughout the province to compel deserting seamen and apprentices to return to their employ is tantamount to a shared jurisdiction over the enforcement of employment contracts; *Of Shipping and Seamen*, R.S.N.S. 1864, c. 75, ss. 12 and 18; *Of Masters, Apprentices and Servants*, R.S.N.S. 1864, c. 122, ss. 11-15; *Of Municipalities*, *supra*, s. 123). I do not think that the power to compel a specific group of employees to complete their contracts is analogous to a general jurisdiction over unjust dismissal.

I conclude that at Confederation Nova Scotia's inferior courts did not exercise sufficient concurrent jurisdiction in the area of unjust dismissal to pass the first stage of the *Residential Tenancies* test. Although the $80 limit was, in 1867 terms, a broad jurisdiction, the geographical scope, restricted to actions in Halifax, was too narrow.

(b) *New Brunswick*

The same conclusion must be reached on an examination of New Brunswick. Jurisdiction over small debts, some unpaid wages, and seamen's contracts were all given to inferior courts, but for the reasons noted above none of this can be equated to a general jurisdiction over unjust dismissal: see *Of Regulations for Seamen*, R.S.N.B. 1854, c. 86, s. 10; *Of Regulations for Shipping Seamen at the Port of Saint John*, R.S.N.B. 1854, c. 87, s. 9; *Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits*, R.S.N.B. 1854, c. 137, s. 1.

(c) *Ontario*

In pre-Confederation Ontario many aspects of the employer/employee relationship were governed by *An Act respecting Master and Servant*, C.S.U.C. 1859, c. 75. It provided that employment contracts were binding on parties to them (s. 3),

verser à l'employé ne devient due que si le tribunal décide: 1) que la résiliation était abusive et 2) qu'un délai-congé insuffisant a été donné.

Les appelants ont aussi fait valoir que le pouvoir des tribunaux inférieurs, à l'échelle de la province, de forcer les marins et les apprentis déserteurs à retourner à leur travail était assimilable à un partage de compétence en matière d'exécution forcée des contrats de travail: *Of Shipping and Seamen*, R.S.N.S. 1864, chap. 75, art. 12 et 18; *Of Masters, Apprentices and Servants*, R.S.N.S. 1864, chap. 122, art. 11 à 15; *Of Municipalities*, précitée, art. 123). Je ne pense pas que le pouvoir de forcer un groupe spécifique d'employés à compléter leur contrat soit analogue à une compétence générale en matière de congédiement abusif.

Je conclus qu'à l'époque de la Confédération les tribunaux inférieurs de la Nouvelle-Écosse n'exerçaient pas de compétence concurrente suffisante en matière de congédiement abusif pour satisfaire au premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Quoique la limite de 80 $ ait été, en 1867, une compétence large, sa portée territoriale, restreinte qu'elle était aux actions intentées à Halifax, était trop étroite.

b) *Au Nouveau-Brunswick*

Il faut arriver à la même conclusion après examen du cas du Nouveau-Brunswick. Des compétences en matière de petites créances, de certains salaires impayés et de contrats d'engagement des marins ont été conférées à des tribunaux inférieurs mais, pour les raisons précitées, aucune de celles-ci ne peut être assimilée à une compétence générale en matière de congédiement abusif: voir *Of Regulations for Seamen*, R.S.N.B. 1854, chap. 86, art. 10; *Of Regulations for Shipping Seamen at the Port of Saint John*, R.S.N.B. 1854, chap. 87, art. 9; *Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits*, R.S.N.B. 1854, chap. 137, art. 1.

c) *En Ontario*

En Ontario, avant la Confédération, bien des aspects des rapports employeur-employé étaient régis par la loi intitulée *An Act respecting Master and Servant*, C.S.U.C. 1859, chap. 75. Elle prévoyait que les contrats de travail liaient les parties

that breach of the terms of such a contract was an offence (s. 4), and that complaints were to be heard by Justices of the Peace (s. 7). Section 12 permitted an employee to also seek restitution in the inferior courts for "any misusage, refusal of necessary provisions, cruelty, ill-treatment or non-payment of wages". This section was cited by Fraser J. to support the constitutionality of Ontario's *Employment Standards Act* in *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling*, a case dealing with unpaid wages and severance pay pursuant to a written agreement. While I would not disagree with that decision, I do not believe that the scope of the *Master and Servant Act* is broad enough to cover claims for unjust dismissal. I would note that *Master and Servant Acts* still exist in many provinces and are used primarily for the recovery of unpaid wages. They do not provide a basis for claims of unjust dismissal: see Christie, *Employment Law in Canada*, at pp. 250-51 and 444-45.

contractantes (art. 3), que l'inexécution des conditions d'un contrat de ce genre était une infraction (art. 4) et qu'il revenait aux juges de paix de connaître des plaintes (art. 7). L'article 12 autorisait un employé à demander aussi la restitution devant les tribunaux inférieurs pour [TRADUCTION] «tout abus, refus des choses nécessaires à la vie, cruauté, mauvais traitements ou non-paiement de salaire». Le juge Fraser a cité cet article pour fonder la constitutionnalité de l'*Employment Standards Act* de l'Ontario dans *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling*, une affaire de salaire impayé et d'indemnité de départ prévus par un accord écrit. Bien que je ne sois pas en désaccord avec cette décision, je ne crois pas que la portée de la *Master and Servant Act* soit suffisamment étendue pour couvrir les actions en congédiement abusif. Je note que les *Master and Servant Acts* existent toujours dans plusieurs provinces et qu'on s'en sert surtout pour recouvrer les salaires impayés. Elles ne servent pas de fondement aux actions en congédiement abusif: voir Christie, *Employment Law in Canada*, aux pp. 250 et 251, 444 et 445.

An examination of the court system in pre-Confederation Upper Canada reveals, however, that inferior courts had sufficient shared involvement in the area of unjust dismissal. The Division Courts, of which there could be as many as twelve per district, were the forerunners of today's Small Claims Courts, and their civil jurisdiction was defined in *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 55:

Un examen du système judiciaire antérieur à la Confédération dans le Haut-Canada révèle cependant un engagement partagé suffisant des tribunaux inférieurs en matière de congédiement abusif. Les cours divisionnaires, dont il pouvait y avoir jusqu'à douze par district, ont été les précurseurs des cours des petites créances d'aujourd'hui; leur compétence civile a été définie dans la loi intitulée *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, chap. 19, art. 55:

55. The Judge of every Division Court may hold plea of, and may hear and determine in a summary way, for or against persons, bodies corporate or otherwise:

1. All personal actions where the debt or damages claimed do not exceed forty dollars; and

2. All claims and demands of debt, account or breach of contract, or covenant, or money demand, whether payable in money or otherwise, where the amount or balance claimed does not exceed one hundred dollars, and except in cases in which a jury is legally demanded by a party as hereinafter provided, he shall be sole judge in all actions brought in such Division Courts, and shall determine all questions of law and fact in relation thereto, and he may make such orders, judgments or

[TRADUCTION] **55.** Le juge d'une cour divisionnaire peut entendre et trancher de façon sommaire, en faveur ou à l'encontre de toute personne, corps constitués ou autre:

1. Toute action personnelle où le montant de la dette ou du dommage réclamé n'excède pas quarante dollars; et

2. Toute réclamation et demande fondée sur une obligation, sur un compte ou l'inexécution d'un contrat ou d'une convention, ou toute demande de paiement d'argent, en espèces ou non, lorsque la somme ou le solde réclamé n'excède pas cent dollars et, sauf dans les cas où un jury est légalement exigé par l'une des parties, tel qu'il est ci-après prévu, il est seul juge dans toutes les actions intentées dans les cours divisionnaires, il statue sur toutes les questions de droit et de fait y relatives et il

decrees thereupon as appear to him just and agreeable to equity and good conscience, and every such order, judgment and decree, shall be final and conclusive between the parties.

Given inflation, a contract jurisdiction of up to $100 in 1867 must be considered the equivalent of quite a substantial monetary jurisdiction today. Since the Division Court system also covered the entire colony, I would conclude that at Confederation jurisdiction in the area of unjust dismissal was shared by superior and inferior courts to an extent sufficient to pass the historical test.

(d) *Quebec*

In Quebec also jurisdiction was shared. The relevant history is discussed at length in *Asselin*, at pp. 84-88 C.A., and pp. 229-34 D.L.R. and I will not reproduce it all here. I would merely note the following:

(1) *An Act respecting Masters and Servants in the Country Parts*, C.S.L.C. 1861, c. 27, s. 5, provided for statutory notice periods to be given by both employers and employees before termination or voluntary leaving. Lower Canada Master-Servant law was therefore broader in scope than that of Upper Canada. This Act did not apply in Québec, Montréal and Trois-Rivières. Where it did apply, suits under it were to be brought before Justices of the Peace.

(2) Commissioners' Courts exercised a contract jurisdiction limited to $25 and limited geographically also.

(3) The Recorder's Courts of Montréal and Québec exercised the same Master-Servant jurisdiction as Justices in the countryside.

I would agree with Nolan J.A. in *Asselin*, at p. 88 C.A., p. 234 D.L.R. that:

> It is clear . . . that before Confederation, the Commissioners courts, Recorder's courts and justices of the peace had jurisdiction to adjudicate disputes between

rend à leur égard les ordonnances ou jugements qui lui paraissent justes et conformes à l'équité et à la conscience et tout jugement ou ordonnance de ce genre est final et lie définitivement les parties.

Compte tenu de l'inflation, une compétence en matière contractuelle s'élevant jusqu'à 100 $ en 1867 doit être considérée comme l'équivalent d'une compétence monétaire fort substantielle de nos jours. Comme le système des cours divisionnaires s'étendait aussi à l'ensemble de la colonie, je conclus qu'à l'époque de la Confédération les cours supérieures et les tribunaux inférieurs se partageaient suffisamment la compétence en matière de congédiement abusif pour satisfaire au critère historique.

d) *Au Québec*

Au Québec, il y avait aussi partage de compétence. L'histoire législative pertinente est analysée en profondeur dans l'arrêt *Asselin*, aux pp. 84 à 88, aussi ne reproduirai-je pas ici cette analyse. Je me contenterai de constater que:

(1) L'article 5 de l'*Acte concernant les maîtres et serviteurs dans les cantons ruraux*, S.R.B.C. 1861, chap. 27, prévoyait les délais-congés que doivent donner tant les employeurs que les employés avant de mettre fin au contrat ou de partir volontairement. La Loi du Bas-Canada concernant les maîtres et les serviteurs avait donc une portée plus étendue que celle du Haut-Canada. Cette loi ne s'appliquait pas dans les villes de Québec, de Montréal et de Trois-Rivières. Là où elle s'appliquait, c'étaient les juges de paix qui connaissaient des poursuites intentées.

(2) Les cours des commissaires exerçaient une compétence contractuelle limitée à 25 $ et limitée aussi quant au territoire.

(3) Les cours de recorder de Montréal et de Québec exerçaient la même compétence, en matière de rapports maître-serviteur, que les juges de paix à la campagne.

Je partage l'opinion du juge Nolan, dans l'arrêt *Asselin*, à la p. 88 C.A.:

> [TRADUCTION] Il est clair . . . qu'avant la Confédération, les cours des commissaires, les cours de recorder et les juges de paix connaissaient des litiges entre maître et

master and servants and were vested with the right to award damages to an employee who was illegally dismissed.

The result of this investigation into the four original confederated provinces, therefore, is that in two of them there was sufficient shared jurisdiction, in two there was not. This requires us to examine the situation in the United Kingdom in 1867. The action for wrongful dismissal was recognized by the beginning of the nineteenth century and any doubts as to its legitimacy dispelled by the House of Lords in mid-century: see *Robinson v. Hindman* (1800), 3 Esp. 235, 170 E.R. 599; *Emmens v. Elderton* (1853), 13 C.B. 495, 138 E.R. 1292 (H.L.); Freedland, *The Contract of Employment* (1976), at pp. 21-23. Although the English *Master and Servant Acts* (20 Geo. 2, c. 19 (1747); 4 Geo. 4, c. 34 (1823); 30 & 31 Vict., c. 141 (1867)) provided for the summary disposition of some disputes between employers and some limited classes of employees, they did not extend to actions for unjust dismissal. They were concerned with claims for non-payment of wages due and with complaints "touching or concerning any misusage, refusal of necessary provision, cruelty or other ill-treatment": 20 Geo. 2, c. 19, s. 2. The 1823 Act, while it extended the scope of the 1747 statute, did not bring claims for unjust dismissal within the purview of the justices of the peace.

Claims based on unjust dismissal could be brought in the county courts or other superior courts of record: see W. A. Holdsworth, *The Law of Master and Servant* (1876), at pp. 135-36. The *County Courts Act* (Eng.), 9 & 10 Vict., c. 95, s. 58 provided, at p. 1316:

> ... all pleas of personal actions, where the debt or damage claimed is not more than twenty pounds, whether on balance of account or otherwise, may be holden in the county court ...

Even the reforms of 1875 by which justices of the peace were given the authority to "order payment of any sum which [they] ... may find to be due as wages, or damages, or otherwise" (*Employers and*

serviteur et étaient investis du droit d'accorder des dommages-intérêts à l'employé illégalement congédié.

Le résultat de cette investigation dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération à l'origine est donc que, dans deux d'entre elles, cette compétence était suffisamment partagée et que, dans les deux autres, elle ne l'était pas. Ceci nous oblige à rechercher quelle était la situation au Royaume-Uni en 1867. L'action en congédiement abusif avait été reconnue comme telle au début du dix-neuvième siècle et tout doute quant à sa légitimité dissipé par la Chambre des lords au milieu du siècle: voir *Robinson v. Hindman* (1800), 3 Esp. 235, 170 E.R. 599; *Emmens v. Elderton* (1853), 13 C.B. 495, 138 E.R. 1292 (H.L.); Freedland, *The Contract of Employment* (1976), aux pp. 21 à 23. Bien que les *Master and Servant Acts* (20 Geo. 2, chap. 19 (1747); 4 Geo. 4, chap. 34 (1823); 30 & 31 Vict., chap. 141 (1867)) aient prévu le règlement sommaire de certains litiges entre employeurs et certaines catégories limitées d'employés, elles ne s'étendaient pas aux actions en congédiement abusif. Elles s'intéressaient aux actions pour salaire impayé et aux plaintes [TRADUCTION] «touchant ou concernant tout abus, refus des choses nécessaires à la vie, cruauté ou autres mauvais traitements»: 20 Geo. 2, chap. 19, art. 2. La Loi de 1823, quoiqu'elle ait étendu le champ d'application de la loi de 1747, n'a pas fait entrer les actions en congédiement abusif dans la compétence des juges de paix.

Les actions fondées sur un congédiement abusif pouvaient être intentées dans les cours de comté ou autres cours supérieures d'archives: voir W. A. Holdsworth, *The Law of Master and Servant* (1876), aux pp. 135 et 136. La *County Courts Act* (Angl.), 9 & 10 Vict., chap. 95, art. 58, porte, à la p. 1316:

> [TRADUCTION] ... la cour de comté peut connaître de toute action personnelle où la somme ou l'indemnité réclamée est d'au plus vingt livres, qu'il s'agisse du solde du compte ou non ...

Même les réformes de 1875, par lesquelles les juges de paix ont été investis du pouvoir d' [TRADUCTION] «ordonner le paiement de toute somme qu'[ils] ... pourraient juger due à titre de salaires

Workmen Act, 1875 (Eng.), 38 & 39 Vict., c. 90, s. 4) gave only limited access to summary jurisdiction courts. Domestic servants, among others, were excluded from it and this exclusion in the conditions of the time represented a considerable limitation on the reach of the justices' jurisdiction.

Further support for the conclusion that justices of the peace did not possess jurisdiction in this area is provided by reported cases before 1867. Actions were launched variously in the Court of Exchequer of Pleas (*Beckham v. Drake* (1849), 2 H.L.C. 579, 9 E.R. 1213 (H.L.)), in the Court of Queen's Bench (*Wilkinson v. Gaston* (1846), 9 Q.B. 137, 115 E.R. 1227; *Hartley v. Harman* (1840), 11 Ad. & E. 798, 113 E.R. 617), and in the Court of Common Pleas (*Smith v. Thompson* (1849), 8 C.B. 44, 137 E.R. 424).

I would conclude therefore that jurisdiction over unjust dismissal in the U.K. in 1867 was the preserve of courts equivalent to Canada's superior, district and county courts. It is, accordingly, not a power or jurisdiction which may be conferred on provincially-appointed tribunals today.

B. *Judicial Function*

Given this conclusion on the historical analysis, it is necessary to move to the second stage of the *Residential Tenancies* test which requires the Court to consider whether the provincial tribunal exercises a judicial function. Only if it does so will s. 96 be violated. In assessing the nature of the tribunal's function procedural trappings are not determinative. Rather, in the words of Dickson J.'s judgment in *Residential Tenancies* at p. 735:

> The primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide. Where the tribunal is faced with a private dispute between parties, and is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality, then, normally, it is acting in a 'judicial capacity'.

ou de dommages-intérêts ou autrement» (*Employers and Workmen Act, 1875* (Angl.), 38 & 39 Vict., chap. 90, art. 4) ne donnaient qu'un accès limité aux juridictions sommaires. Les domestiques, notamment, en étaient exclus et cette exclusion, compte tenu des conditions de l'époque, représentait une limitation considérable de la portée de la compétence des juges de paix.

Les recueils de jurisprudence antérieurs à 1867 confirment aussi que les juges de paix ne possédaient pas de compétence dans ce domaine. Les actions étaient intentées soit devant la Court of Exchequer of Pleas (*Beckham v. Drake* (1849), 2 H.L.C. 579, 9 E.R. 1213 (H.L.)), soit devant la Cour du Banc de la Reine (*Wilkinson v. Gaston* (1846), 9 Q.B. 137, 115 E.R. 1227; *Hartley v. Harman* (1840), 11 Ad. & E. 798, 113 E.R. 617), soit devant la Court of Common Pleas (*Smith v. Thompson* (1849), 8 C.B. 44, 137 E.R. 424).

Je conclus donc que la compétence en matière de congédiement abusif au Royaume-Uni en 1867 était un domaine réservé aux tribunaux assimilables aux cours supérieures, de district et de comté du Canada. Ce n'est par conséquent pas un pouvoir ou une compétence qui peut être conféré à des tribunaux de constitution provinciale de nos jours.

B. *La fonction judiciaire*

Compte tenu de la conclusion qui découle de l'analyse historique, il est nécessaire de passer au second volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, lequel requiert que la Cour se demande si le tribunal provincial exerce une fonction judiciaire. Ce n'est que dans ce cas que l'art. 96 sera violé. Dans l'analyse de la nature de la fonction du tribunal, les apparences procédurales ne sont pas décisives. Plutôt, pour reprendre un extrait des motifs du juge Dickson dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, à la p. 735:

> Il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher. Lorsque le tribunal fait face à un litige privé entre des parties et qu'il est appelé à décider en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité, il agit alors normalement en qualité d'«organisme judiciaire».

The Appeal Division dealt with this issue in the following manner at pp. 399-400:

I can see no reason for reaching the conclusion that there is any change in the judicial nature of the powers vested in the tribunal when looking at it in its institutional setting. It may very well be that the tribunal when making orders to remedy breaches of minimum wages under the **Act** and others of its provisions is in reality simply carrying out an administrative function necessary to obtain the objects of the legislation, but when dealing with s. 67A, which is in reality an amendment to the common law relating to contracts of employment and in considering whether "just cause" exists or not, the tribunal can only be performing a judicial function. It is the type of dispute between parties that traditionally falls for resolution to the superior courts, and although these courts now may have to consider the remedy of reinstatement as an alternative to damages it is for them to do so and not a provincially appointed tribunal.

Although the Appeal Division did not do so, I think it is necessary for the purposes of this part of the analysis to draw a distinction between the role of the Director (s. 67A(2)) and that of the Tribunal (s. 67A(3)). The former does not perform a judicial function, the latter does. Indeed, I note that before this Court the respondents presented no arguments relating to the judicial nature of the Director's powers.

While the Director does deal with private disputes between parties, there are a number of aspects of his role that make it a non-judicial one. Under section 19(1) of the Code he is required on receipt of a complaint, to make inquiries and to endeavour to effect a settlement. This inquisitorial and mediative mandate makes his function non-judicial. In *Tomko*, Laskin C.J. said at p. 122:

What is significant about the provision for a cease and desist order obtainable from the Board or, in the construction industry, from the special Panel for that industry, is that it makes allowance for efforts at settlement before or after the making of an interim cease and desist order. The fluidity and the volatility of labour relations issues must be counted as weighing heavily with the Legislature in providing this alternative means of seeking an accommodation between employers and trade

La Division d'appel a traité de ce point de la manière suivante, aux pp. 399 et 400:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison d'arriver à la conclusion que la nature judiciaire des pouvoirs dont le tribunal est investi se trouve modifiée lorsqu'on le considère dans son cadre institutionnel. Il se peut que, lorsqu'il prononce des ordonnances pour remédier aux infractions au salaire minimum en vertu de la **Loi** et à d'autres de ses dispositions, le tribunal exerce simplement en réalité une fonction administrative, nécessaire pour atteindre les objets de la loi mais, lorsqu'on a affaire à l'art. 67A, qui est en réalité une modification apportée à la *common law* relative aux contrats de travail, et quand on se demande s'il y a ou non «juste cause», le tribunal ne peut qu'exercer une fonction judiciaire. C'est là le genre de litige entre parties privées qui, traditionnellement, doit être résolu par les cours supérieures et, bien que ces dernières aient maintenant à considérer la réintégration comme alternative aux dommages-intérêts, c'est à elles qu'il revient de le faire, non à un tribunal de constitution provinciale.

Quoique la Division d'appel ne l'ait pas fait, je pense qu'il est nécessaire, pour les fins de ce volet de l'analyse, de distinguer entre le rôle du directeur (par. 67A(2)) et celui du tribunal (par. 67A(3)). Celui-là n'exerce pas une fonction judiciaire, celui-ci en exerce une. D'ailleurs, je constate que, devant cette Cour, l'intimée n'a fait valoir aucun argument relatif à la nature judiciaire des pouvoirs du directeur.

Bien que le directeur soit effectivement saisi d'un litige privé entre des parties, il y a plusieurs aspects de son rôle qui le rendent non judiciaire. En vertu du par. 19(1) du Code, le directeur a l'obligation, sur réception d'une plainte, de procéder à des enquêtes et de tenter d'amener les parties à un règlement. Ce mandat d'inquisiteur et de médiateur rend sa fonction non judiciaire. Dans l'arrêt *Tomko*, le juge en chef Laskin dit, à la p. 122:

Ce qui est intéressant dans la disposition portant que la Commission ou, dans le cas de l'industrie de la construction, le Comité spécial, peut décerner un ordre de ne pas faire, c'est qu'elle permet des efforts en vue d'un règlement avant ou après la délivrance de l'ordre intérimaire de ne pas faire. Il faut croire que la fluidité et la volatilité des litiges en matière de relations de travail ont fortement influencé la décision de la Législature de prévoir cet autre moyen de chercher un accom-

unions under the superintendence of the Board or its special division and with the assistance of the Department of Labour, an accommodation that puts to one side the alternative routes of prosecution and Court injunction. The policy considerations are evident, and in pursuit thereof the mechanism of a cease and desist order to restore the lawful *status quo ante* seems to me to be a rational way of dealing administratively with a rupture of peaceful labour relations.

Although the Director will likely deal only with one rather than with a number of individuals, he or she is, like the Labour Relations Board in *Tomko*, attempting to preserve harmony in the work-place.

Although this is the major factor militating against a judicial role for the Director, there are others. He is given the power to initiate his own inquiries by s. 19(2), to make an order without notice and without hearing one party (s. 19(8)), and to use his discretion over what remedy to impose (s. 19(3)). Other departures from the judicial model are found in the fact that he may designate someone else to make the inquiry and effect a settlement (s. 19(1)), that no record is kept of the proceedings, and that he himself assumes carriage of certain complaints before the tribunal (s. 20(a)). Taken together these factors lead to the conclusion that the Director is not exercising a judicial function in administering the Code including s. 67A.

The Tribunal is, I think, in a somewhat different position from the Director. Certainly in its powers and procedures it appears to exercise a judicial function. It must hear from both parties to a dispute (s. 15(9)), complainants cannot have access to it except by appeal, and it is an offence to disobey one of its orders (s. 90). It does not generally make policy or intermingle policy deliberations and particular adjudications as did the Agricultural Implements Board in *Massey-Ferguson*. Its role can be contrasted with that of the British Columbia Employment Standards Board which that province's Court of Appeal found in *Evans* not to be performing judicial functions.

modement entre les employeurs et les syndicats sous la surveillance de la Commission ou de sa division spéciale et avec l'assistance du ministère du Travail. Cet accommodement s'écarte des autres moyens que constituent les poursuites pénales et l'injonction délivrée par la Cour. Il y a là un aspect politique, c'est évident; par le mécanisme d'un ordre de ne pas faire, on cherche à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la légalité, et cela me semble une façon rationnelle de régler par un processus administratif le problème posé par la rupture des relations paisibles de travail.

Certes, le directeur n'aura affaire qu'à un seul individu plutôt qu'à plusieurs, mais il tente, comme la Commission des relations de travail dans l'affaire *Tomko*, de préserver l'harmonie en milieu de travail.

Quoique ce soit le facteur majeur indiquant que le Directeur n'a pas un rôle judiciaire, il y en a d'autres. Il est investi du pouvoir de mener ses propres enquêtes par le par. 19(2), de prononcer une ordonnance sans préavis ni audition d'une partie (par. 19(8)) et d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour imposer le redressement de son choix (par. 19(3)). On trouvera d'autres écarts par rapport au modèle judiciaire dans le fait qu'il peut désigner un tiers pour procéder à l'enquête et amener les parties à un règlement (par. 19(1)), qu'aucun dossier où serait consignée la procédure n'est conservé et qu'il assume lui-même la direction de certaines plaintes devant le tribunal (al. 20a)). Pris ensemble, ces facteurs amènent à la conclusion que le directeur n'exerce pas une fonction judiciaire en appliquant le Code, y compris l'art. 67A.

Le tribunal est à mon sens dans une situation quelque peu différente de celle du directeur. Manifestement, par ses pouvoirs et sa procédure, il paraît exercer une fonction judiciaire. Il doit entendre les deux parties au litige (par. 15(9)), les plaignants n'y ont pas accès, sauf par voie d'appel, et désobéir à l'une de ses ordonnances constitue une infraction (art. 90). En général, il n'élabore pas une politique ni ne mêle des délibérations de cet ordre à ses décisions d'espèce, comme le faisait l'Agricultural Implements Board dans l'affaire *Massey-Ferguson*. On peut opposer son rôle à celui du British Columbia Employment Standards Board dont la Cour d'appel de cette province a

Rather, its "adjudicative role" was "for the purpose of carrying into effect a broad social scheme". It could, on appeal, "overrule or confirm the determination [of the Director] on grounds of policy", and in some areas covered by the Act it had exclusive, initial jurisdiction, ousting the Director from administration of the Act (at p. 206).

The Nova Scotia Labour Standards Tribunal is not as involved in administration and policy-making as its British Columbia counterpart. Its primary function is to hear appeals from the decisions of the Director and to settle them according to law. Its role may be compared to that of the Residential Tenancy Commission which was found to be acting judicially in *Residential Tenancies* (at pp. 743-44):

> With very few exceptions, the Residential Tenancy Commission is not free to intervene of its own motion in disputes between landlords and tenants .... Moreover, the power to order eviction or compliance will, in all cases, be exercised in the context of a *lis* between parties ....
>
> When confronted with a *lis*, the task of the Commission will be to determine the respective rights and obligations of the parties according to the terms of the legislation. The Commission does not have an untrammelled discretion to 'set matters right'. The powers which it may invoke and the remedies which it may award are circumscribed by the terms of the Act. At no point is the individual's right at law surrendered for the benefit of a common group or policy. The Commission deals exclusively with matters of contract and land law as they arise between landlords and tenants.
>
> It is true that the Commission is given a certain degree of discretion when performing its adjudicative function. Under s. 93(1) for example, the Commission is instructed to decide "upon the real merits and justice of the case"; s. 93(2) provides that the Commission "shall ascertain the real substance of all transactions and activities": s. 110(3) states that the Commission "may include in any order terms and conditions it considers proper in all the circumstances". Yet such terminology is certainly not foreign to courts within the purview of s. 96. The County Court under *The Landlord and Tenant Act* has the power to "make such further or other order as the judge considers appropriate" (s. 96); to make an

jugé, dans l'arrêt *Evans*, qu'elle n'exerçait pas de fonctions judiciaires. Elle jouait plutôt son [TRADUCTION] «rôle de juge afin de mettre en œuvre un vaste plan social». Elle pouvait, en appel, [TRADUCTION] «infirmer ou confirmer la décision [du Directeur] sur le fondement de sa politique», et, dans certains domaines visés par la Loi, elle détenait une compétence exclusive de première instance, écartant le Directeur de l'administration de la Loi (à la p. 206).

Le Tribunal des normes du travail de la Nouvelle-Écosse ne s'occupe ni de l'administration ni de l'élaboration de politiques comme son pendant de la Colombie-Britannique. Sa fonction première est de statuer sur les appels formés contre les décisions du directeur, conformément à la loi. Son rôle peut être comparé à la Commission du logement dont il a été jugé qu'elle agissait judiciairement dans le *Renvoi sur la location résidentielle* (aux pp. 743 et 744):

> Sauf en de très rares cas, la Commission du logement n'est pas libre d'intervenir d'office dans des litiges entre propriétaires et locataires [...] En outre, le pouvoir d'ordonner l'éviction ou d'exiger qu'une personne se conforme à la Loi s'exercera, dans tous les cas, dans le cadre d'un litige entre des parties ...
>
> Lorsqu'elle est saisie d'un litige, la Commission doit décider des obligations et des droits respectifs des parties suivant les termes de la Loi. La Commission n'a pas un pouvoir discrétionnaire total d'«arranger les choses». Les pouvoirs qu'elle peut invoquer et les redressements qu'elle peut accorder sont restreints aux termes de la Loi. En aucun cas le droit d'une personne n'est sacrifié au profit d'un groupe de personnes ou d'une politique commune. La Commission traite exclusivement de questions relatives au droit des contrats ou des biens immobiliers qui opposent propriétaires et locataires.
>
> Il est vrai que la Commission jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa fonction de rendre des décisions. En vertu du par. 93(1) par exemple, la Commission est chargée de rendre une décision [TRADUCTION] «en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce»; le par. 93(2) prévoit que la Commission [TRADUCTION] «doit constater la nature réelle de toutes les opérations et activités ...»; le par. 110(3) énonce que la Commission [TRADUCTION] «peut insérer dans une ordonnance les modalités qu'elle estime appropriées suivant toutes les circonstances». À vrai dire cette terminologie n'est certes pas étrangère aux cours visées à l'art. 96. En vertu de *The Landlord and Tenant Act*, la Cour

order "granting relief against forfeiture on such terms and conditions as the judge may decide" (s. 106(1)), and to "refuse to grant the application (for possession) unless he is satisfied, having regard to all the circumstances, that it would be unfair to do so" . . . .

The Commission has authority to hear and determine disputes in accordance with rules of law, and by the authority of the law. It authorizes actions for which application is made. It has the power to impose penalties and sanctions and to award remedies for the infringement of rights. Disobedience of an order of the Commission is a penal offence.

The scheme under challenge in this case bears many similarities to that impugned in *Residential Tenancies*. Yet there are subtle differences and the appellants submitted to this Court a number of aspects by which, they claimed, *Residential Tenancies* could be distinguished. First, the Director and not the party which was successful at first instance will normally be involved in the hearing. But to make much of this would be to elevate form over substance. Although the Director may stand in one party's shoes, the Tribunal is still being asked to adjudicate a dispute between parties. Second, we were referred to the broad discretion contained in s. 24(2)(a) to order an offending party to "do any act or thing that, in the opinion of the Tribunal, constitutes full compliance with the provision". This, it was suggested, indicates that the Tribunal is not bound by fixed legal principles and is therefore not exercising a truly judicial function. But discretionary powers are by no means unknown to superior courts and I do not think that much store can be set by this distinction.

A third submission was based on the powers accorded to the Tribunal. It proceeds by way of trial *de novo*, is not restricted to questions of law alone, and is not immune from superior court review on questions of law and jurisdiction. It was argued that these factors, particularly the absence of a privative clause, mean that the Tribunal is not exercising a judicial function. I do not think this

de comté avait le pouvoir [TRADUCTION] de «rendre les autres ordonnances que le juge estime utiles» (art. 96), d'établir une ordonnance [TRADUCTION] «relevant d'une déchéance, aux conditions que le juge peut fixer» (par. 106(1)) et [TRADUCTION] de «refuser une demande [en reprise de possession] à moins qu'il ne soit convaincu, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il ne serait pas équitable de la recevoir» . . .

La Commission a le pouvoir d'entendre et de trancher les litiges conformément aux règles de droit et en vertu du pouvoir que la loi lui accorde. Elle autorise les actes qui font l'objet d'une demande. Elle a le pouvoir d'imposer des peines et d'accorder des redressements en cas de violation de droits. Désobéir à un ordre de la Commission constitue une infraction pénale.

Le régime contesté en l'espèce ressemble à bien des égards à celui qui l'était dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Et pourtant, il y a des différences subtiles; les appelants ont fait valoir devant cette Cour plusieurs aspects en vertu desquels, prétendent-ils, l'espèce peut être distinguée du *Renvoi sur la location résidentielle*. En premier lieu, le directeur et non la partie qui a eu gain de cause en première instance agira normalement à l'audience. Mais faire trop de cas de cela serait sacrifier le fond à la forme. Quoique le Directeur puisse agir pour l'une des parties, c'est néanmoins au Tribunal qu'on demande de statuer sur un litige qui oppose les parties. En second lieu, on nous réfère au large pouvoir discrétionnaire de l'al. 24(2)a) d'ordonner à une partie contrevenante [TRADUCTION] «d'accomplir tout acte ou de faire toute chose qui, à son avis, satisfait pleinement à la disposition». Cela, prétend-on, indique que le tribunal n'est pas lié par des principes juridiques fixes et que, par conséquent, il n'exerce pas vraiment une fonction judiciaire. Mais le pouvoir discrétionnaire n'est pas étranger aux cours supérieures, aussi je ne pense pas qu'il y ait beaucoup à gagner à faire cette distinction.

Un troisième argument est fondé sur les pouvoirs attribués au tribunal. Il procède par voie de procès *de novo*, il n'est pas limité à des questions de droit uniquement et il n'échappe pas au contrôle judiciaire de la cour supérieure sur des questions de droit et de compétence. On a soutenu que ces facteurs, particulièrement l'absence de clause privative, signifient que le tribunal n'exerce pas une

argument can succeed. Although *Farrah* and *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, establish the proposition that a broad privative clause will offend the Constitution by creating a s. 96 court, the mere absence of such a clause does not by itself validate an inferior tribunal. The crucial issue at this stage is that of judicial function and, in my view, the Tribunal is acting sufficiently like a court that it cannot pass this stage of the test.

C. *The Institutional Setting*

The fact that under s. 67A(3) the Labour Standards Tribunal is exercising a power exercised by s. 96 courts at Confederation and doing so in a judicial manner does not end the inquiry. The third stage of the test in *Residential Tenancies*, derived primarily from the *John East Iron Works, Ld.* and *Tomko* cases, was summarized in *Residential Tenancies*, at pp. 735-36 as follows:

> What must be considered is the 'context' in which this power is exercised. *Tomko* leads to the following result: it is possible for administrative tribunals to exercise powers and jurisdiction which once were exercised by the s. 96 courts. It will all depend on the context of the exercise of the power. It may be that the impugned 'judicial powers' are merely subsidiary or ancillary to general administrative functions assigned to the tribunal (*John East*; *Tomko*) or the powers may be necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature (*Mississauga*). In such a situation, the grant of judicial power to provincial appointees is valid. The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (*Farrah*) so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'.

I have already noted that the Tribunal is not operating like a s. 96 court in the way that the tribunals in *Farrah* and *Crevier* were. It is not restricted to questions of law and jurisdiction and its decisions are subject to both review and appeal in the superior courts. On the question whether the judicial power is ancillary to the Tribunal's administrative function or necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal, the Appeal Division said at p. 400:

fonction judiciaire. Je ne pense pas que cet argument puisse réussir. Quoique les arrêts *Farrah* et *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, établissent comme règle qu'une clause privative large porte atteinte à la Constitution en créant une cour visée à l'art. 96, en soi la simple absence d'une clause de ce genre ne valide pas un tribunal inférieur. Le point crucial à ce stade, c'est la fonction judiciaire et, à mon avis, le tribunal se comporte suffisamment comme une cour pour ne pas satisfaire à ce volet du critère.

C. *Le cadre institutionnel*

Le fait que le Tribunal des normes du travail exerce, en vertu du par. 67A(3), un pouvoir exercé par les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération, et ce d'une manière judiciaire, ne clôt pas l'analyse. Le troisième volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, dérivé principalement des arrêts *John East Iron Works, Ld.* et *Tomko*, a été résumé dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, aux p. 735 et 736:

> C'est le contexte dans lequel le pouvoir s'exerce qu'il faut considérer. L'arrêt *Tomko* nous mène au résultat suivant: les tribunaux administratifs peuvent exercer les pouvoirs et la compétence que les tribunaux visés à l'art. 96 ont déjà exercés. Tout dépendra du contexte dans lequel le pouvoir est exercé. Les «pouvoirs judiciaires» attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal (les arrêts *John East* et *Tomko*), ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législation (l'arrêt *Mississauga*). Dans ce cas, l'attribution d'un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide. La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96».

J'ai déjà fait observer que le tribunal ne fonctionne pas comme une cour visée à l'art. 96, comme c'était le cas des tribunaux des arrêts *Farrah* et *Crevier*. Il n'a pas à se limiter à des questions de droit et de compétence et ses décisions peuvent être contrôlées par les cours supérieures et portées en appel devant elles. Sur la question de savoir si son pouvoir judiciaire est accessoire à la fonction administrative du tribunal ou nécessaire à la réalisation d'une politique plus vaste, la Division d'appel dit à la p. 400:

In my opinion it is completely unnecessary to pass the question of whether or not an employee has been unjustly dismissed to a provincial tribunal. The question is simply a matter of dispute between two parties to a contract of employment and is not a matter ancillary to the broad social purpose of obtaining industrial peace as held in the Labour Relations Board cases. Section 67A is simply one piece of social legislation which was coupled together with a group of others relating to labour standards as a convenient single statute. There is, in my opinion, no valid need to have the determination of such a dispute resolved by the Labour Standards Tribunal.

With respect, I think that the Appeal Division was in error here. It seems to have put great emphasis on two points, namely the fact that the provision deals with individual employer/employee relationships and the fact that the Code represents an amended compilation of a number of separate statutes. While the former point certainly distinguishes the Code from labour relations statutes, that is not the test. The question to be asked is whether the provision is necessarily incidental to a broader policy goal of the legislature, be it in the area of collective bargaining, individual employment relationships, landlord and tenant law, or otherwise. The latter point in the Appeal Division's reasons actually assists the appellants here. The fact that the legislature combined into a single Code a number of separate statutes dealing with individual employees and gave the administration of the entire Code to a unitary administrative agency demonstrates a desire to consolidate, rationalize and unify policy in the area. When the Nova Scotia Legislature enacted the Code in 1972 it brought together a number of diverse statutes all dealing with minimum employment standards. Consolidated in the Code were the *Vacation Pay Act*, R.S.N.S. 1967, c. 322; *Industrial Standards Act*, R.S.N.S. 1967, c. 142; *Minimum Wage Act*, R.S.N.S. 1967, c. 186; *Equal Pay Act*, S.N.S. 1969, c. 8; *Limitation of Hours of Labour Act*, R.S.N.S. 1954, c. 154; *Employment of Children Act*, R.S.N.S. 1967, c. 88. Since 1972 the Code has been amended on six occasions including the 1975 and 1976 amendments which together incorporated what is now s. 67A: see S.N.S. 1975, c. 50; S.N.S. 1976, c. 41.

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est absolument pas nécessaire de demander à un tribunal provincial si un employé a été congédié abusivement. Il s'agit là simplement d'un litige entre deux parties à un contrat de travail qui n'a rien d'accessoire au grand dessein social d'assurer la paix industrielle comme on l'a décidé dans les affaires sur la Commission des relations de travail. L'article 67A n'est qu'un élément de la législation sociale, regroupé par commodité dans une seule loi avec d'autres dispositions se rapportant aux normes du travail. Il n'y a, à mon avis, aucune raison valable de faire résoudre ce genre de litige par le Tribunal des normes du travail.

Avec égards, je pense qu'en l'espèce la Division d'appel a tort. Elle semble avoir beaucoup insisté sur deux points, le fait que la disposition traite des rapports individuels entre employeur et employé et celui que le Code représente une compilation modifiée de plusieurs lois distinctes. Le premier point distingue certainement le Code des lois sur les relations de travail, mais ce n'est pas là le critère. Ce qu'il faut se demander, c'est si la disposition est nécessaire à une politique plus large recherchée par le législateur provincial, que ce soit dans le domaine de la négociation collective, du contrat de travail individuel, des rapports entre propriétaires et locataires ou dans d'autres domaines. Ce dernier point des motifs de la Division d'appel, en fait, vient au secours des appelants en l'espèce. La fusion par le législateur provincial en un seul Code de plusieurs lois distinctes visant les employés individuellement et l'attribution de l'application de l'ensemble du Code à un organisme administratif unique indiquent un désir de consolider, de rationaliser et d'unifier la politique dans le domaine. Lorsque la Législature de la Nouvelle-Écosse a adopté le Code en 1972, elle a réuni plusieurs lois qui traitaient toutes de normes minimales d'emploi. Les lois suivantes ont été refondues dans le Code: *Vacation Pay Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 322, *Industrial Standards Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 142, *Minimum Wage Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 186, *Equal Pay Act*, S.N.S. 1969, chap. 8, *Limitation of Hours of Labour Act*, R.S.N.S. 1954, chap. 154 et *Employment of Children Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 88. Depuis 1972, le Code a été modifié à six reprises, y compris les modifications de 1975 et de 1976 qui, combinées, y ont incorporé ce qui est actuellement l'art. 67A: voir S.N.S. 1975, chap. 50; S.N.S. 1976, chap. 41.

The Code represents a comprehensive scheme for the protection of non-unionised workers. It provides what I would classify as both substantive and procedural protections and benefits to such workers. By substantive protections I refer to the provisions dealing with minimum wages, equal pay, maternity leave, hours of work, child employment, statutory minimum notice periods on termination, and reinstatement. Most of these areas are the standard fare of collective agreements and in designating certain minimum standards the legislature has recognized the historic imbalance in bargaining power between an employer and an individual employee and has sought to provide some counterbalance to that. Under section 4 the Code's standards give way to any rights or benefits that are more favourable to an employee. All Canadian jurisdictions have similar legislation and in each case the scope of protections has increased gradually over the years, although thus far only Nova Scotia, Quebec and the federal government have included a reinstatement provision. The growing importance of labour standards legislation has been noted by many commentators, including the authors of *Labour Law: Cases, Materials and Commentary*, 4th ed., at p. 1:

> Until quite recently, such legislation was seen as having a very subordinate role—as being little more than a stopgap to provide basic protection for employees who remained outside the reach of collective bargaining or whose bargaining power, even when marshalled collectively, was insufficient to provide minimally acceptable employment terms.
>
> In recent years, it has become clear that collective bargaining cannot be relied upon to provide as much protection as was once expected of it. Some 40 percent or more of the Canadian workforce remains beyond the reach of collective bargaining. That is so for historical, social and economic reasons, and because of the length and difficulty of the legal procedures for setting up collective bargaining relationships.
>
> . . .
>
> Growing public awareness of these limitations on the scope and effectiveness of collective bargaining has brought a growing realization that direct, substantive legislative intervention is often the only answer. Such intervention is quickly outgrowing the "stopgap" con-

Le Code constitue un régime complet de protection des travailleurs non syndiqués. Il leur fournit ce que j'appellerais des protections et des avantages tant de fond que de procédure. Par protection de fond, je veux parler des dispositions sur le salaire minimum, l'égalité salariale, les congés de maternité, les heures de travail, l'emploi des enfants, le minimum légal pour les délais-congés et la réintégration. La plupart de ces éléments constituent le régime normal des conventions collectives; en édictant certaines normes minimales, le législateur provincial a reconnu l'existence du déséquilibre historique entre la capacité de négociation de l'employeur et celle de l'employé individuel et il a cherché dans une certaine mesure à y faire contrepoids. En vertu de l'art. 4, tout droit ou avantage plus favorable à l'employé prévaut sur les normes du Code. Il existe une législation similaire dans tous les ressorts du Canada et, dans chaque cas, l'ampleur de la protection s'est accrue graduellement au cours des années, bien que, jusqu'à maintenant, seuls la Nouvelle-Écosse, le Québec et le gouvernement fédéral aient inclus une disposition sur la réintégration. L'importance grandissante de la législation sur les normes du travail a été reconnue par de nombreux commentateurs, y compris les auteurs de *Labour Law: Cases, Materials and Commentary*, 4th ed, à la p. 1:

> [TRADUCTION] Jusqu'à tout récemment, on estimait que ce genre de législation ne jouait qu'un rôle fort subordonné—ne servant guère plus qu'à combler une lacune, afin d'offrir une protection de base aux employés en dehors du champ de la négociation collective ou dont la capacité de négocier, même mobilisée collectivement, était insuffisante pour obtenir des conditions d'emploi minimales acceptables.
>
> Ces dernières années, il est devenu clair qu'on ne peut attendre de la négociation collective autant de protection qu'on l'avait espérée. Quelque 40 pour 100 ou plus de la main-d'œuvre canadienne échappe à la négociation collective. Il en est ainsi pour des raisons historiques, sociales et économiques et en raison de la longueur et de la difficulté de la procédure légale d'établissement de rapports de négociation collective.
>
> . . .
>
> La prise de conscience grandissante par l'opinion publique de la portée et de l'effet limités de la négociation collective a conduit à admettre de plus en plus que l'intervention législative directe de fond est souvent l'unique réponse. Ce genre d'intervention rend rapide-

cept of its role and is becoming more pervasive and more fully elaborated.

By enacting s. 67A the Nova Scotia legislature has chosen to extend employees' statutory protections to a right of reinstatement in certain cases. This it has done in support of a general social policy of assisting non-unionized workers. While the section represents an extension of previous provisions, it is undoubtedly related to them as one further aspect of the broad social policy goal.

Along with its substantive protections the Code provides workers with a number of procedural protections. The provision which assures an employee of confidentiality with respect to his or her complaint recognizes the practical problems that may beset an employee who wants to complain about his or her employer. More importantly, the Code provides a cheap and speedy mechanism whereby complaints can be investigated and resolved. This is at least as important as the substantive protections offered. These procedures are in the Code in part because the courts have historically proved too slow and expensive a mechanism for dealing with the relatively small amounts of money that would be claimed in lost wages or wages in lieu of notice by unskilled or semi-skilled workers. The importance of such speedy administrative procedures was recognized in the context of a s. 96 challenge by the Manitoba Court of Appeal in *Re Mitchell and Employment Standards Division, Department of Labour* (1977), 82 D.L.R. (3d) 339, and in *Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division*, [1984] 4 W.W.R. 182.

The social policy of providing employee protections and enforcing them expeditiously is reflected in the Code as a whole and in s. 67A in particular. When dealing with a claim for reinstatement under s. 67A the Director and Tribunal together provide low-cost and accessible methods of investigation and dispute resolution. They do so in response to changed social conditions since Confederation and in an administrative context significantly different from the practice in the courts. Neither the Director nor the members of the Tri-

ment caduque la conception que son rôle est de «combler une lacune» et devient de plus en plus omniprésent.

En adoptant l'art. 67A, la législature de la Nouvelle-Écosse a choisi d'étendre les protections légales des employés au droit à la réintégration dans certains cas. Elle l'a fait pour étayer une politique sociale générale d'assistance aux travailleurs non syndiqués. L'article représente une extension d'anciennes dispositions, certes, mais il ne fait aucun doute que son rapport avec celles-ci constitue un autre aspect de la vaste politique sociale recherchée.

Outre ses protections de fond, le Code offre aux travailleurs plusieurs garanties sur le plan de la procédure. La disposition qui garantit la confidentialité à l'employé qui porte plainte reconnaît les problèmes pratiques auxquels peut être confronté celui qui désire se plaindre de son employeur. Plus important, le Code offre un mécanisme peu onéreux mais expéditif d'investigation et de règlement des plaintes. Voilà qui est au moins aussi important que les protections de fond offertes. Ces procédures se retrouvent en partie dans le Code parce qu'historiquement les tribunaux se sont révélés un mécanisme trop lent et trop coûteux, pour des sommes relativement petites, réclamées à titre de pertes de salaire ou pour tenir lieu de délai-congé, par des travailleurs non qualifiés ou semi-qualifiés. L'importance de ce genre de procédure administrative expéditive a été reconnue par la Cour d'appel du Manitoba, dans le cadre de contestations fondées sur l'art. 96 dans les arrêts *Re Mitchell and Employment Standards Division, Department of Labour* (1977), 82 D.L.R. (3d) 339, et *Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division*, [1984] 4 W.W.R. 182.

La politique sociale de protection de l'employé et son application expéditive se manifestent dans l'ensemble du Code et à l'art. 67A notamment. Saisis d'une demande de réintégration en vertu de l'art. 67A, le directeur et le tribunal offrent tous deux des modes économiques et accessibles d'investigation et de règlement du litige. Ils le font en réponse à des conditions sociales qui ont évolué depuis la Confédération et dans un cadre administratif fort différent de la pratique des cours. Ni le directeur ni les membres du tribunal n'ont à être

bunal are required to be lawyers. Although the Tribunal does carry out a judicial function with regard to s. 67A and many other aspects of the Code, that function is necessarily incidental to the broader social policy goals that the Code is designed to achieve. In this regard I am in general agreement with the reasoning of L'Heureux-Dubé J.A. in *Asselin* which dealt with the power of an arbitrator under the Quebec *Labour Standards Act* to order reinstatement (at pp. 90-91 C.A., at p. 238 D.L.R. in English translation):

[TRANSLATION] My preference would be to focus debate on the modern aspect of labour relations as compared to the situation in 1867 .... This is especially true for the *Labour Standards Act* which gives the employee a right to his job, regardless of the individual employment contract, and gives the arbitrator extended powers, including the power to reinstate an employee .... The decision in *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.) et al.* (1975), 69 D.L.R. (3d) 250, [1977] 1 S.C.R. 112, 14 N.S.R. (2d) 191, seems to me particularly relevant to this discussion. Since it held that a labour tribunal's power to issue an injunction is constitutional, it seems to me to be difficult to imagine why the power to reinstate and other less radical powers listed in the Act could not be conferred on a [*sic*] arbitrator in the context of an act which regulates relations between employers and employees, an Act of a clearly social nature which reflects a distinct evolution since 1867 and a completely different notion of labour relations from that which existed at that time.

Therefore, it is my view that on this basis a province may, within its area of jurisdiction (in this case exclusive jurisdiction)), grant judicial powers to a provincial body or to judges or individuals whom it has appointed, even if such powers, exercised *per se* in 1867 by the superior courts, exclusively or otherwise, are exercised in a different institutional context. In my opinion, this is the basic thrust of the decision in *Reference re Residential Tenancies Act*, *supra*. The powers are the same, or at any rate, similar, but they arise from a completely different conceptual context which militates in favour of specialization, rearrangement and institutionalization. The *Labour Standards Act* seems to me to come within this framework and the powers of the arbitrator naturally belong there since they are a necessary accessory to the operation of this new right to work, new at least in comparison to the times of Confederation.

I conclude therefore that, although the Labour Standards Tribunal exercises a jurisdiction broadly conformable to that of s. 96 courts at the time of

avocats. Bien que le tribunal exerce effectivement une fonction judiciaire à l'égard de l'art. 67A et de nombreux autres aspects du Code, cette fonction est nécessairement accessoire à des objectifs visés par les grandes politiques sociales pour lesquelles le Code a été conçu. À cet égard, je souscris pour l'essentiel au raisonnement du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Asselin*, quand elle traite du pouvoir d'un arbitre, en vertu de la *Loi sur les normes du travail* du Québec, d'ordonner la réintégration, aux pp. 90 et 91:

Pour ma part, je préfère placer ici le débat sur l'aspect nouveau des relations de travail par rapport à ce qui existait en 1867 [...] C'est particulièrement vrai pour la *Loi sur les normes du travail* qui crée pour l'employé un droit à son emploi, indépendamment de son contrat de travail individuel, et donne à l'arbitre des pouvoirs étendus, dont celui de réintégrer l'employé [...] L'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)* [[1977] 1 R.C.S. 112] me paraît singulièrement pertinent dans le présent débat. Si on y a reconnu comme constitutionnel le pouvoir d'injonction conféré à un tribunal du travail, il m'apparaît difficile de concevoir que le pouvoir de réintégration et les autres pouvoirs moins radicaux énumérés à la *Loi* ne puissent être conférés à un arbitre dans le cadre d'une loi réglant les relations entre employeurs et employés, loi à caractère nettement social résultant d'une évolution marquée depuis 1867 et d'une conception totalement différente des relations ouvrières de l'époque.

Je serais donc d'avis que, sur cette base, une province peut, dans le champ de sa compétence (ici compétence exclusive), conférer à un organisme provincial ou à des juges ou personnes nommés par elle des pouvoirs judiciaires qui, même si *per se* exercés en 1867 par des Cours supérieures, exclusivement ou non, le sont dans un cadre institutionnel différent. C'est à mon avis ce que dit essentiellement l'arrêt *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle* précité. Mêmes pouvoirs, ou pouvoirs similaires si l'on veut, mais dans une conception totalement différente qui milite en faveur d'une spécialisation, d'un regroupement, d'une institutionnalisation. La *Loi sur les normes du travail* me paraît entrer dans ce cadre et les pouvoirs de l'arbitre s'y insérer naturellement comme un accessoire nécessaire au fonctionnement de ce nouveau droit qu'est le droit du travail, du moins par rapport à l'époque de la Confédération.

Je conclus par conséquent que, quoique le Tribunal des normes du travail exerce une compétence correspondant généralement à celle exercée

Confederation, and although in doing so it performs a judicial function, it does so as a necessarily incidental aspect of the broader social policy goal of providing minimum standards of protection for non-unionized employees.

7. Disposition

I would allow the appeal and answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative. Subsections (2) and (3) of s. 67A of the *Labour Standards Code* are *intra vires* the province of Nova Scotia. The decision of the Labour Standards Tribunal is reinstated. The respondent may pursue its other grounds of appeal in the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court. There will be no order as to costs.

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

LA FOREST J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Wilson, and, while I would dispose of the case and respond to the constitutional questions in the same manner as she does, I have arrived at that conclusion by a different route. My colleague has set forth the relevant facts and legislation as well as the judicial history of the case. I can, therefore, move directly to the reasons that have led me to my conclusion.

The issue for determination is whether the provisions of the *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, s. 67A(2) and (3), which authorize the Director of Labour Standards to endeavour to effect a settlement when there has been a complaint or he concludes that an employee has been discharged without just cause in contravention of the Code (s. 67A(1)), and empower the Labour Standards Tribunal to decide whether such contravention has occurred and to impose remedial measures, are unconstitutional as providing for the exercise of a power corresponding to that exercised at Confederation by courts mentioned in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

par les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération et quoique, ce faisant, il exerce une fonction judiciaire, cet exercice est un accessoire nécessaire de la politique sociale plus vaste qui cherche à assurer des normes minimales de protection aux employés non syndiqués.

7. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la deuxième par la négative. Les paragraphes (2) et (3) de l'art. 67A du *Labour Standards Code* sont *intra vires* de la province de la Nouvelle-Écosse. La décision du Tribunal des normes du travail est rétablie. L'intimée pourra faire valoir ses autres moyens d'appel devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Il n'y aura pas adjudication de dépens.

Version française des motifs des juges Beetz, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson et bien que je tranche l'affaire comme elle et que je réponde de la même manière aux questions constitutionnelles, j'arrive à cette conclusion par un raisonnement différent du sien. Ma collègue énonce les faits et les textes de lois pertinents et fait l'historique de l'affaire. Je peux donc aborder directement les motifs qui m'amènent à ma conclusion.

Il faut déterminer si les dispositions du *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10, par. 67A(2) et (3), qui autorisent le directeur des normes du travail à tenter d'arriver à un règlement lorsqu'il y a une plainte ou qu'il conclut qu'un employé a été congédié sans juste cause en violation du Code (par. 67A(1)), et autorisent le Tribunal des normes de travail à décider si une telle contravention a eu lieu et à imposer un redressement, sont inconstitutionnelles en ce qu'ils prévoient l'exercice d'un pouvoir correspondant à celui qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* avant la Confédération.

As the name of the Code implies, the standard mentioned is only one of many provided by the Code and enforced through conciliation by the Director and adjudication by the Tribunal. The Code is a consolidation of post-Confederation legislation guaranteeing minimum standards of employment respecting vacation pay, holiday pay, minimum wage, equal pay (including maternity and adoption leave, and protection of seniority and benefits where an employee takes maternity leave), frequency and form of pay, rates of pay and working hours of labour in the construction industry and in industrial undertakings, termination and suspension from employment, discrimination by an employer because of a garnishment of the employee's wages or complaints by an employee, and employment of children. It applies to unorganized labour many of the norms ordinarily provided for under a régime of collective agreement. Unorganized labour accounts for some 70 percent of the province's labour force.

Comme le titre du Code l'indique, la norme mentionnée fait partie des nombreuses normes prévues au Code et appliquée au moyen de la conciliation effectuée par le directeur et des décisions du tribunal. Le Code constitue une codification de dispositions législatives adoptées depuis la Confédération garantissant des normes minimales d'emploi en matière de congés et de jours fériés payés, de salaire minimum, d'égalité de rémunération (y compris les congés de maternité et d'adoption, la protection de l'ancienneté et des avantages conférés aux employées qui prennent un congé de maternité), la fréquence et les modalités de rémunération, les taux de rémunération, les heures de travail dans l'industrie de la construction et les entreprises industrielles, les congédiements, les suspensions, la discrimination de la part d'un employeur en raison d'une saisie du salaire de l'employé, les plaintes des employés et l'emploi des enfants. Le Code applique aux travailleurs non syndiqués plusieurs des normes qui sont ordinairement réglées par le régime de convention collective. Les travailleurs non syndiqués constituent 70 pour 100 de tous les travailleurs de la province.

The underlying social and economic philosophy of this legislation could not be in sharper contrast to that which existed at Confederation. At that time, the philosophy of laissez-faire was at its zenith. This was reflected in a legal environment that promoted strict individual equality and freedom of contract. Legislative control of economic activity was minimal. In the field of labour relations, then, what the courts enforced were individual contracts (governing what was then appropriately called a "master-servant" relationship). As G. England "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 10, puts it:

> The protection afforded by a common law action for wrongful dismissal was seen as deficient in several respects. It permits an employer to dismiss for any or no reason so long as the requisite formalities in the employment contract are observed and so long as the contractually based notice period, or wages in lieu thereof, is honoured. It applies an unrealistic standard of "cause"

Les principes de philosophie économique et sociale qui sous-tendent ces dispositions pourraient difficilement s'éloigner davantage de ceux qui prévalaient au moment de la Confédération. À cette époque, la philosophie du laisser-faire était à son zénith. Cette situation se reflétait dans un environnement juridique qui préconisait l'égalité stricte entre les individus et la liberté de contracter. Le contrôle législatif de l'activité économique était minimum. Dans le domaine des relations du travail, à cette époque, les cours appliquaient les contrats privés (ceux qui régissaient les rapports des maîtres et des domestiques). Comme le dit G. England dans un article intitulé «Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years» (1982), 12 *Man. L.J.* 9, à la p. 10:

> [TRADUCTION] La protection que donne l'action de *common law* pour congédiement injustifié est insuffisante sous plusieurs rapports. Elle permet à un employeur de congédier pour n'importe quel motif et même sans motif pourvu que les formalités prescrites par le contrat d'embauchage aient été observées et que les délais d'avis aient été respectés ou les sommes en

where summary dismissal is invoked, hampered as it is by the contract law concept of repudiation.

See also Clyde W. Summers, "Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute" (1976), 62 *Va. L. Rev.* 481. In enacting the Code, the Legislature was not concerned with rules of contracts, but with establishing minimum standards. As section 4 puts it: "This Act applies notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement...." The provision regarding dismissal, like the other standards in the Code, applies independently of any contractual arrangement that may exist. Essentially it is a new obligation imposed by law. It transcends the relationship between private parties.

The latter point is reflected by the enforcement mechanisms established by the Code. Enforcement is not by legal action by an aggrieved individual. Enforcement is centred in the Director appointed under the Code. An alleged contravention of a Code standard is first dealt with by the Director, either on complaint made to him or where he has reasonable cause to believe such a contravention has occurred (s. 19(1) and (2)). The Director's task is to effect a settlement if he can, but if he is unable to do so, he may order compliance with the Code and the rectification of injury or the payment of compensation. Essentially, these are conciliatory procedures having some affinity to those employed by human rights commissions discussed in my dissenting opinion in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226 (the majority opinion was not directed to this matter). The Director is not governed by legal norms but by the dynamics of labour relations. There is no requirement that he, or for that matter the members of the Tribunal, be members of the Bar, and we understand that they are not. They are, however, knowledgeable in labour relations.

An appeal lies from an order of the Director to the Tribunal which decides whether there has been a contravention of the Code and orders the contenant lieu versées. Elle applique une notion de «cause» irréaliste lorsque le renvoi arbitraire est invoqué, tout en étant restreinte par le concept de résiliation emprunté au droit des contrats.

Voir également Clyde W. Summers, «Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute» (1976), 62 *Va. L. Rev.* 481. En adoptant le Code, le législateur ne visait pas à établir des règles applicables aux contrats, mais à fixer des normes minimales. L'article 4 le précise: [TRADUCTION] «La présente loi s'applique en dépit de toute autre loi, coutume, contrat ou convention contraire...» La disposition relative au congédiement, comme les autres normes du Code, s'applique indépendamment de toute convention qui peut avoir été conclue. Il s'agit essentiellement d'une nouvelle obligation prescrite par la loi. Elle transcende les rapports privés des parties.

Le dernier point se reflète dans les mécanismes d'application établis en vertu du Code. Ils ne s'appliquent pas par une action laissée à l'initiative de la partie lésée. L'application relève du directeur nommé en vertu du Code. Le directeur est le premier à agir s'il y a allégation de violation d'une norme prescrite par le Code, soit sur plainte qui lui est faite ou de son propre chef, s'il a des motifs raisonnables de croire que quelqu'un a commis une telle violation (par. 19(1) et (2)). Le directeur a comme mission d'arriver à un règlement s'il peut y parvenir, faute de quoi il peut ordonner que le Code soit respecté et condamner à la réparation du préjudice ou au paiement d'une indemnité. Il s'agit essentiellement de procédures de conciliation apparentées à celles dont se servent les tribunaux des droits de la personne que j'ai analysées dans ma dissidence dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226 (l'opinion de la majorité ne visait pas cette question). Le directeur n'est pas régi par des normes minimales juridiques mais par la dynamique des relations du travail. Il n'est pas essentiel que lui-même, ni aucun des membres du tribunal, appartienne à l'ordre des avocats, et on nous a dit qu'ils n'y appartenaient pas. Ils sont cependant spécialisés en relations du travail.

Il y a appel d'une ordonnance du directeur au tribunal qui détermine s'il y a eu violation du Code et qui ordonne à la partie fautive de se conformer

travening party to comply with the Code and to rectify the injury or pay compensation. There is undoubtedly a judicial component here, but it does not involve a *lis* between the complainant and the alleged contravenor. The Director has the carriage of the matter (s. 20). And the dispute, we saw, is not concerned with contract, but with modern statutory norms devised to displace contractual terms offensive to these norms. It is not surprising, then, that these bodies tend to find labour arbitration rather than common law experience more relevant in determining the meaning of standards such as "unjust dismissal"; see England, *supra*, at p. 21; see also Gérard Hébert and Gilles Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*, at p. 168.

au Code et de réparer le préjudice ou de verser une indemnité. Il y a certainement un aspect judiciaire à ce stade, mais il ne s'agit pas d'un litige entre le plaignant et la partie fautive. Le directeur a l'initiative de l'action (art. 20). Le litige, comme on l'a vu, ne porte pas sur un contrat, mais sur des normes législatives contemporaines qui visent à écarter les clauses contractuelles qui leur sont contraires. Il n'est donc pas surprenant que ces organismes tendent à considérer les normes de l'arbitrage en matière de travail plus utiles que la *common law* quand il s'agit de déterminer le sens de normes comme «le congédiement abusif»; voir England, précité, à la p. 21. Voir aussi Gérard Hébert et Gilles Trudeau: *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*, à la p. 168.

On the basis of the foregoing, I have no difficulty in holding that the judicial component of the Code bears no relationship to the contractual issues assigned to s. 96 courts in 1867. As mentioned, it provides for labour relations standards that transcend the relationship between the parties. It is unnecessary, then, to enter into a minute examination of what courts exercised jurisdiction over contracts of master and servant at Confederation.

Compte tenu de ce qui précède, je n'hésite pas à conclure que l'aspect judiciaire du Code ne porte nullement sur les matières contractuelles attribuées aux cours visées à l'art. 96 en 1867. Comme je l'ai déjà dit, il prescrit des normes de relations du travail qui transcendent la relation entre les parties. Il est donc inutile d'examiner par le menu la compétence que les tribunaux avaient sur les contrats entre maîtres et serviteurs à l'époque de la Confédération.

The approach I have taken to the present legislation parallels that adopted by the courts in dealing with legislation respecting labour relations governed by collective agreements. And it is entirely appropriate that this should be so. Both types of legislation were responses to the plight of workers in a social and economic setting where employers held a dominant position, and they play a complementary role in the resolution of the problems to which it gave rise; see Robert P. Gagnon, Louis LeBel and Pierre Verge, *Droit du travail*, at pp. 15 and 19. They are reflections of the same social reality, and similar machinery was adopted for both organized and unorganized labour.

L'analyse que j'adopte à l'égard de ces dispositions législatives s'apparente à celle que les tribunaux ont eue à l'égard des lois en matière de relations du travail régies par des conventions collectives. Il est tout à fait normal qu'il en aille de même. Les deux catégories de dispositions législatives tendent à venir au secours des travailleurs dans un cadre économique et social où les employeurs occupent une position de force; elles jouent un rôle complémentaire pour résoudre les problèmes que ce cadre a suscité; voir Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, aux pp. 15 et 19. Elles reflètent la même réalité sociale et des mécanismes semblables ont été adoptés pour les syndiqués et les non-syndiqués.

The most relevant case dealing with collective agreements is *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134. There the Privy Council held that the

L'affaire la plus pertinente dans le domaine des conventions collectives est l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134. Le Conseil privé a statué

power given to a specialized tribunal to order reinstatement and to award compensation to an employee whose employment had been terminated did not infringe on s. 96. The Privy Council emphasized that the purpose of the legislation was not the enforcement of the employer-employee contract but the enforcement of the rights under a régime of collective agreement. Lord Simonds thus put it at p. 150:

> It is in the light of this new conception of industrial relations that the question to be determined by the board must be viewed, and even if the issue so raised can be regarded as a justiciable one, it finds no analogy in those issues which were familiar to the courts of 1867.

The new conception there referred to was, of course, a régime of collective agreement. As already mentioned, however, legislation establishing minimum labour standards also reflects a new conception of labour relations, one moreover that is complementary to collective agreements, which were also unknown in 1867.

Labour standards legislation, including s. 67A of the Code which grants tenure to an employee who has served for ten years, is part and parcel of the modern conception of labour relations quite as much as similar protection accorded under a collective agreement. The parallel is immediately obvious from the following quotation from the *John East Iron Works, Ld.* case, at p. 150:

> The jurisdiction of the board under s. 5(*e*) is not invoked by the employee for the enforcement of his contractual rights: those, whatever they may be, he can assert elsewhere. But his reinstatement, which the terms of his contract of employment might not by themselves justify, is the means by which labour practices regarded as unfair are frustrated and the policy of collective bargaining as a road to industrial peace is secured.

It seems expedient, then, for the provinces to be empowered to vest in specialized bodies the task of enforcing these standards using techniques appropriate to the subject-matter, techniques that are at once speedy, effective and inexpensive. Enforcing these standards on a daily basis by action in s. 96 courts would seem to me to be entirely inappropriate, let alone considering this to be part of the

que la compétence attribuée à un tribunal spécialisé d'ordonner la réintégration d'un travailleur congédié et de lui accorder une indemnité ne contrevenait pas à l'art. 96. Le Conseil privé a souligné que la loi ne visait pas à régir les relations contractuelles des employeurs et des employés mais l'application des droits découlant d'un régime de conventions collectives. Lord Simonds l'énonce ainsi à la p. 150:

> [TRADUCTION] C'est dans le contexte de cette nouvelle conception des relations industrielles qu'il faut voir la question sur laquelle doit se prononcer le conseil et, même si la question qui se pose peut être considérée comme relevant des tribunaux, on ne trouve aucune analogie dans les questions qu'on retrouvait devant les tribunaux de 1867.

La conception nouvelle dont parle cet arrêt est bien sûr celle d'un régime de conventions collectives. Comme je l'ai déjà signalé cependant, les lois qui établissent des normes minimales du travail traduisent aussi une nouvelle conception des relations industrielles, une conception qui de plus est complémentaire aux conventions collectives qui étaient aussi inconnues en 1867.

Les lois relatives aux normes du travail, y compris l'art. 67A du Code qui accorde la permanence à un employé ayant dix ans de service ou plus, relèvent de la conception moderne des relations industrielles à peu près comme la protection semblable que confère une convention collective. Le parallèle ressort clairement du passage suivant de l'arrêt *John East Iron Works, Ld.*, à la p. 150:

> [TRADUCTION] La compétence que possède le tribunal en vertu de l'al. 5*e*) n'est pas invoquée par l'employé qui cherche à faire valoir ses droits contractuels; quels qu'ils soient, il peut les faire valoir ailleurs. Mais sa réintégration, que les conditions de son contrat d'embauchage lui-même ne justifieraient peut-être pas, est le moyen de prévenir les pratiques d'emploi jugées inéquitables et de paver la voie à la paix industrielle.

Il semble utile que les provinces aient la compétence d'attribuer à des organismes spécialisés le rôle d'appliquer ces normes en ayant recours à des techniques qui relèvent de leur objet et qui sont de plus expéditives, efficaces et économiques. Il me semblerait tout à fait inapproprié d'appliquer ces normes de façon courante par voie d'action devant les cours visées à l'art. 96, et encore plus de

protected jurisdiction of these courts. This again is consistent with the *John East Iron Works, Ld.* case, where at pp. 150-51, Lord Simonds suggested another way of testing the conclusion he had reached. He stated:

> It is legitimate, therefore, to ask whether, if trade unions had in 1867 been recognized by the law, if collective bargaining had then been the accepted postulate of industrial peace, if, in a word, the economic and social outlook had been the same in 1867 as it became in 1944, it would not have been expedient to establish just such a specialized tribunal as is provided by s. 4 of the Act.

He also referred to the desirability of specialized knowledge in the members of the tribunal and the inappropriateness of requiring that they be chosen from members of the Bar under s. 96. To adapt Lord Simonds' language to the matter at hand, it is legitimate to ask whether, if minimum labour standards had in 1867 been recognized by the law and had then been the accepted postulate of labour relations management, if in a word, the economic and social outlook had been the same in 1867 as it has become now, it would not have been expedient to establish just such a specialized tribunal as is provided by the Code. To that question, I have no hesitation in saying that it clearly would have been.

My colleague Justice L'Heureux-Dubé took a similar position, when sitting on the Quebec Court of Appeal in *Asselin v. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212. Having referred to her colleagues' minute examination of the jurisdiction of the courts over master and servant contracts in 1867, she stated at p. 90 C.A., 238 D.L.R.:

> [TRANSLATION] My preference would be to focus debate on the modern aspect of labour relations as compared to the situation in 1867, as did Gagnon J.A. in the decision in *United Last Co. v. Labour Board and Adamovicz*, [1973] R.D.T. 423 (C.A.), as cited by my colleague Nolan. This is especially true for the *Labour Standards Act* which gives the employee a right to his job, regardless of the individual employment contract, and gives the arbitrator extended powers, including the power to reinstate an employee. This latter power was unknown and unrecognized by our courts of justice in 1867 as is clearly demonstrated by my colleague Nolan.

considérer qu'il s'agit d'un aspect de la compétence réservée à ces cours. Ceci est aussi conforme à l'arrêt *John East Iron Works, Ld.* où, aux pp. 150 et 151, lord Simonds propose une autre façon de tester la conclusion à laquelle il est parvenu. Il déclare:

> [TRADUCTION] Il est légitime, par conséquent, de se demander si les syndicats avaient en 1867 été reconnus par la loi, si la négociation collective avait constitué le postulat reconnu de la paix industrielle, si, en un mot, l'optique économique et sociale avait été la même en 1867 que ce qu'elle est devenue en 1944, il n'aurait pas été opportun de créer effectivement un tribunal spécialisé comme celui que prévoit l'art. 4 de la Loi.

Il mentionne aussi qu'il est souhaitable que les membres du tribunal aient des connaissances spécialisées et qu'il serait inapproprié d'imposer qu'ils soient issus du barreau, en vertu de l'art. 96. Adaptant à l'espèce ce que dit lord Simonds, il est légitime de se demander, à supposer que les normes minimales du travail aient existé en droit en 1867 et aient été le postulat reconnu de la gestion des relations du travail, à supposer en un mot que l'optique économique et sociale ait été identique en 1867 à ce qu'elle est devenue maintenant, s'il n'aurait pas été utile de créer un tribunal spécialisé comme celui que le Code prévoit. Je n'hésite nullement à répondre qu'il l'aurait été.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a adopté un point de vue semblable, quand elle était juge à la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72. Après avoir mentionné l'examen détaillé fait par ses collègues de la compétence des tribunaux sur les contrats entres maîtres et domestiques en 1867, elle dit à la p. 90:

> Pour ma part, je préfère placer ici le débat sur l'aspect nouveau des relations de travail par rapport à ce qui existait en 1867, tout comme M. le juge Gagnon, que cite mon collègue Nolan, le faisait dans l'arrêt *United Last Co. c. Tribunal du travail* [[1973] R.D.T. 423]. C'est particulièrement vrai pour la *Loi sur les normes du travail* qui crée pour l'employé un droit à son emploi, indépendamment de son contrat de travail individuel, et donne à l'arbitre des pouvoirs étendus, dont celui de réintégrer l'employé, ce dernier pouvoir inconnu et non reconnu par nos Cours de justice en 1867, comme le démontre amplement mon collègue Nolan. Si cela vaut

If that is true of s. 128(1) of the Act in particular, I would say that all the other powers at issue are derived from the same philosophy of labour relations, from the same concept which runs from conciliation to negotiation and to arbitration of labour disputes. The arbitrator is not only part of the whole process, he is also that to which the various stages in that process lead. The decision in *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.) et al.* (1975), 69 D.L.R. (3d) 250, [1977] 1 S.C.R. 112, 14 N.S.R. (2d) 191, seems to me particularly relevant to this discussion. Since it held that a labour tribunal's power to issue an injunction is constitutional, it seems to me to be difficult to imagine why the power to reinstate and other less radical powers listed in the Act could not be conferred on a [*sic*] arbitrator in the context of an Act which regulates relations between employers and employees, an Act of a clearly social nature which reflects a distinct evolution since 1867 and a completely different notion of labour relations from that which existed at that time.

Having determined that the jurisdiction exercised by the Tribunal does not conform to the power or jurisdiction of a s. 96 court in 1867, it becomes irrelevant to consider the other tests set forth in the cases (see in particular *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714), although I have no doubt the institutional setting in which the Tribunal operates would be sufficient to place it outside the requirements of s. 96; see *Scowby v. Glendinning, supra.*

It is also unnecessary for me to consider the issues regarding the precise nature of the historical inquiry raised by my colleague Wilson J., but it may be useful for me to make a few comments about some of these. As I view it, the question to consider is whether a tribunal's jurisdiction "broadly" conforms to the jurisdiction exercised by a s. 96 court at Confederation. The very question indicates that we are dealing with a matter that is not precisely definable. It is, therefore, not surprising that precision is lacking in earlier judgments. If one must pick a specific date to govern the inquiry, 1867 would seem to be appropriate, but even here I am not sure one should be so much concerned with precise dates as with avoiding incorporating into s. 96 court jurisdiction matters that may be specific to a province by reason of a situation peculiar to the province at the time. For what we are seeking after all is a generalized and

pour l'article 128 paragr. 1 de la *Loi* en particulier, je dirais que tous les autres pouvoirs attaqués relèvent de la même philosophie des relations de travail, du même concept qui va de la conciliation à la négociation et à l'arbitrage des différends ouvriers. L'arbitre est à la fois une partie de tout ce processus et l'aboutissement des différentes étapes y prévues. L'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)* [[1977] 1 R.C.S. 112] me paraît singulièrement pertinent dans le présent débat. Si on y a reconnu comme constitutionnel le pouvoir d'injonction conféré à un tribunal du travail, il m'apparaît difficile de concevoir que le pouvoir de réintégration et les autres pouvoirs moins radicaux énumérés à la *Loi* ne puissent être conférés à un arbitre dans le cadre d'une loi réglant les relations entre employeurs et employés, loi à caractère nettement social résultant d'une évolution marquée depuis 1867 et d'une conception totalement différente des relations ouvrières de l'époque.

Après avoir constaté que la compétence exercée par le tribunal ne correspond pas au pouvoir ou à la compétence d'une cour visée à l'art. 96 en 1867, il devient inutile de s'interroger sur les autres critères établis par la jurisprudence, (notamment *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714), bien que je n'hésite pas à affirmer que le cadre dans lequel le tribunal fonctionne suffirait à le soustraire aux exigences de l'art. 96; voir *Scowby c. Glendinning*, précité.

Il est aussi inutile d'examiner les questions liées à la nature précise de l'analyse historique soulevées par ma collègue le juge Wilson, mais il peut être utile que je fasse quelques observations à ce sujet. Selon moi, la question qu'il faut se poser est de savoir si la compétence d'un tribunal correspond «généralement» à la compétence qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération. La question elle-même indique que nous examinons un sujet qui n'est pas susceptible de définition précise. Il n'est donc pas surprenant que les arrêts antérieurs manquent de précision. S'il faut s'en rapporter à une date précise pour en juger, 1867 pourrait convenir, mais, même à ce compte, je ne suis pas sûr qu'il soit plus important de considérer une date précise que d'éviter d'incorporer dans la compétence des cours visées à l'art. 96 des questions qui peuvent être propres à une seule province à cause de la situation particulière qui y

workable meaning for the jurisdiction exercisable by s. 96 courts. I certainly do not think we should confine our enquiries to the particular province where an issue arises. Nor do I think we should limit it to the original confederating provinces. Some light may be cast by the experience of other British North American colonies at the time, Newfoundland and Prince Edward Island (which were involved in the original negotiations) and British Columbia which entered Confederation just a few years later. And I would also look to the experience in England at the time, for after all, we derive the concept of these courts from that country.

All of this can throw light on what can often be a very difficult question. But I would be concerned with an approach that attempted to devise a test with a level of exactness that cannot realistically be applied given the sometimes fragmentary evidence available and the difficulty of weighing its relevance in a modern setting. What requires determination is whether the jurisdiction of a judicial institution is in broad conformity with that of a s. 96 court as these institutions were understood at Confederation. In doing this, I think we should avoid too much precision in a matter that is inevitably imprecise, as well as mechanistic tests for determining the precise measure of evidence required. What we must do is exercise the best judgment we can in the light of the information before us and what we know to be the functions and purposes of s. 96 courts.

These matters, however, do not seem to me to have immediate relevance here. For I have no doubt that the administration and enforcement of modern legislation respecting labour standards form no part of the protected jurisdiction of a s. 96 court.

Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

prévalait à l'époque. Ce que nous tentons en définitive d'établir, c'est un sens général et pratique de la compétence des cours visées à l'art. 96. Je ne pense pas du tout que nous devrions limiter nos examens à la province particulière visée par l'affaire en cause. Je ne crois pas que nous devrions nous restreindre non plus aux provinces qui ont formé la Confédération à l'origine. On peut s'inspirer de la situation des autres colonies britanniques d'Amérique du Nord à l'époque, dont Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard (qui ont participé aux négociations originales) et la Colombie-Britannique qui a adhéré à la Confédération seulement quelques années plus tard. Je tiendrais aussi compte de la situation en Angleterre à la même époque, puisqu'en fin de compte le modèle de ces cours y a son origine.

Tout cela peut aider à résoudre ce qui peut souvent être une question très difficile. D'autre part, je m'inquiéterais de devoir utiliser une méthode qui vise à établir un critère d'une précision irréaliste en raison du caractère fragmentaire des éléments de preuve disponibles et de la difficulté de déterminer leur pertinence dans un contexte moderne. Ce qu'il faut déterminer, c'est si la compétence d'un organisme judiciaire correspond généralement à celle des cours visées à l'art. 96, selon la compréhension qu'on en avait à l'époque de la Confédération. En le faisant, nous devons éviter trop de précision sur un sujet qui est forcément imprécis et aussi des critères mécaniques pour déterminer la nature précise des éléments de preuve requis. Ce que nous devons faire, c'est exercer notre jugement de notre mieux avec les renseignements dont nous disposons et ce que nous savons des fonctions et des attributions des cours visées à l'art. 96.

Ces considérations ne me semblent cependant pas pertinentes en l'espèce. Je n'ai aucun doute que l'administration et l'application des dispositions législatives modernes au sujet des normes du travail ne relèvent pas de la compétence réservée aux cours visées à l'art. 96.

Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Nova Scotia: The Department of the Attorney General, Halifax.

Solicitors for the appellants Clifford George Yeomans, et al.: C. Peter McLellan and Ian C. Holloway, Halifax.

Solicitors for the respondent: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère du Procureur général, Halifax.

Procureurs des appelants Clifford George Yeomans et autres: C. Peter McLellan et Ian C. Holloway, Halifax.

Procureurs de l'intimée: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

B. (B.) *Appellant*

v.

Director of Child and Family Services *Respondent*

INDEXED AS: B. (B.) *v.* CHILD AND FAMILY SERVICES

File No.: 21110.

1989: March 2.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Family law — Guardianship — Child in need of protection — Alternatives for order of protection — Indication in evidence of a possible change in circumstances — Matter referred back to the trial judge — The Child and Family Services Act, C.C.S.M., c. C80, ss. 17(b)(i), 38.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 51 Man. R. (2d) 245, 14 R.F.L. (3d) 113, allowing an appeal from an order declaring the children not in need of protection. Appeal allowed in part.

Lionel Chartrand, for the appellant.

Donald Knight and *Catherine Everett*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are unanimous in our decision as to the manner in which we should dispose of this appeal, and my colleague, Justice Sopinka, will deliver the judgment of the Court.

SOPINKA J.—Although we do not agree with the test applied by the majority of the Court of Appeal, we agree with their conclusion that the children are in need of protection pursuant to s. 17(b)(i) of *The Child and Family Services Act*, C.C.S.M., c. C80. We are of the opinion, however, that the Court of Appeal failed to adequately consider the alternatives in s. 38 of the Act, and in addition, we have been told of evidence that indi-

B. (B.) *Appelante*

c.

Directeur des services à l'enfant et à la famille *Intimé*

RÉPERTORIÉ: B. (B.) *c.* SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE

N° du greffe: 21110.

1989: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit de la famille — Tutelle — Enfant ayant besoin de protection — Options en matière de protection — Indication dans la preuve d'un changement possible de situation — Affaire renvoyée au juge de première instance — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M., chap. C80, art. 17b)(i), 38.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 51 Man. R. (2d) 245, 14 R.F.L. (3d) 113, qui a accueilli un appel à l'encontre d'une ordonnance déclarant que les enfants n'avaient pas besoin de protection. Pourvoi accueilli en partie.

Lionel Chartrand, pour l'appelante.

Donald Knight et *Catherine Everett*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes unanimes sur la façon dont nous devons trancher ce pourvoi et mon collègue, le juge Sopinka, va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE SOPINKA—Bien que nous ne soyons pas d'accord avec le critère appliqué par la majorité de la Cour d'appel, nous sommes d'accord avec sa conclusion portant que les enfants ont besoin de protection au sens de l'al. 17b)(i) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M., chap. C80. Nous sommes d'avis toutefois que la Cour d'appel n'a pas considéré adéquatement les options prévues à l'art. 38 de la Loi et, en outre, on nous a

cates that a change of circumstances may have occurred. Accordingly, we would refer the matter back to the trial judge to consider what order is now appropriate under s. 38. The children are to remain temporary wards pending further order. Accordingly, the appeal is allowed in part to this extent.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Chartrand Law Office, The Pas.

Solicitors for the respondent: D. R. Knight & Associates, The Pas.

parlé d'éléments de preuve indiquant qu'il y a pu avoir un changement de circonstances. Partant, nous renvoyons l'affaire au juge de première instance pour qu'il décide quelle ordonnance est maintenant appropriée aux termes de l'art. 38. Les enfants doivent rester en tutelle provisoire jusqu'à ce que l'ordonnance soit rendue. Par conséquent, le pourvoi est dans cette mesure accueilli en partie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Chartrand Law Office, The Pas.

Procureurs de l'intimé: D. R. Knight & Associates, The Pas.

Arthur D. Little Inc. and Arthur D. Little of Canada Ltd. *Appellants*

v.

Coopers & Lybrand (formerly known as MacDonald, Currie & Co.) *Respondent*

and

Newman, MacLean & Associates *Respondent*

INDEXED AS: ARTHUR D. LITTLE INC. *v.* COOPERS & LYBRAND

File No.: 20521.

1989: March 2.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Civil procedure — Third party proceedings — Alleged contributory professional negligence — Application to strike out third party notices.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 48 Man. R. (2d) 65, allowing an appeal from a judgment of Scollin J. (1986), 48 Man. R. (2d) 68, dismissing an application to strike out third party notices. Appeal allowed.

William R. Herridge and *Charles J. Phelan*, for the appellants.

G. T. Campbell, for the respondent Coopers & Lybrand.

No one appeared for the respondent Newman, MacLean & Associates.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—The appeal is allowed, the order of the Court of Appeal set aside, and the order of Scollin J. reinstated. Costs to the appellants both here and in the Court of Appeal in the cause.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Arthur D. Little Inc. et Arthur D. Little of Canada Ltd. *Appelantes*

c.

Coopers & Lybrand (autrefois dénommée MacDonald, Currie & Co.) *Intimée*

et

Newman, MacLean & Associates *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ARTHUR D. LITTLE INC. *c.* COOPERS & LYBRAND

N° du greffe: 20521.

1989: 2 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Procédure civile — Appel en garantie — Allégation de négligence professionnelle ayant contribué au dommage — Demande de radiation de l'appel en garantie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 48 Man. R. (2d) 65, qui a accueilli un appel à l'encontre d'un jugement du juge Scollin (1986), 48 Man. R. (2d) 68, qui avait rejeté une demande de radiation des appels en garantie. Pourvoi accueilli.

William R. Herridge et *Charles J. Phelan*, pour les appelantes.

G. T. Campbell, pour l'intimée Coopers & Lybrand.

Personne n'a comparu pour l'intimée Newman, MacLean & Associates.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE WILSON—Le pourvoi est accueilli, l'ordre de la Cour d'appel est infirmé et l'ordonnance du juge Scollin est rétablie. Les dépens des appelantes en cette Cour et en Cour d'appel suivent l'issue de la cause.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Coopers & Lybrand: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée Coopers & Lybrand: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Newman, MacLean & Associates: Tallin & Kristjansson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée Newman, MacLean & Associates: Tallin & Kristjansson, Winnipeg.

Benjamin Albert Gill *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GILL

File No.: 20680.

1989: March 3.

Present: Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Evidence — Attempted murder — Identification evidence — No error by the Court of Appeal.

APPEAL as of right from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 50 Man. R. (2d) 33, 39 C.C.C. (3d) 506, dismissing an appeal from a conviction of attempted murder. Appeal dismissed.

S. Nozick, for the appellant.

Robert Gosman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Gosman, as we are all of the view that the majority of the Court of Appeal were not in error in their application of s. 613(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, and that the appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General for the province of Manitoba, Winnipeg.

Benjamin Albert Gill *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GILL

N° du greffe: 20680.

1989: 3 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Tentative de meurtre — Preuve d'identification — Aucune erreur de la Cour d'appel.

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 50 Man. R. (2d) 33, 39 C.C.C. (3d) 506, qui a rejeté un appel à l'encontre d'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté.

S. Nozick, pour l'appelant.

Robert Gosman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Me Gosman, il n'est pas nécessaire de vous entendre, car nous sommes tous d'avis que la majorité en Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en appliquant le sous-al. 613(1)*a*)(i) du *Code criminel* et que le pourvoi doit par conséquent être rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.

Clifford Robert Olson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* OLSON

File No.: 20640.

1989: January 24*

Present: Dickson C.J. and McIntyre, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Extraordinary remedies — Habeas corpus — Jurisdiction of Court of Appeal — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear the case on the merits — Whether writ of habeas corpus should have been returned to the court of first instance for consideration of the merits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), (iv), 719(2) — Act for more effectually securing the Liberty of Subject, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45, s. 1 — Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings — Part I, SI/85-152, Rules 9, 11.

The High Court of Ontario dismissed appellant's application for a writ of *habeas corpus* and the order was upheld by the Court of Appeal. The Court of Appeal found that the written material filed by the appellant disclosed an arguable case and that the court of first instance ought either to have issued the writ or to have afforded the appellant the opportunity to appear and make submissions. The Court concluded, however, that it was unnecessary to send the application back to the court of first instance because all relevant material was before the Court. With the full participation of the appellant, the Court of Appeal considered the merits of the case and dismissed the application. In this Court, the appellant argued, in light of the two-stage *habeas corpus* procedure in effect in Ontario, that the Court of Appeal had no jurisdiction to hear the merits of the case and that the writ of *habeas corpus* should have been returned to the High Court for consideration of the merits.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 613(1)(*b*)(iv) of the *Criminal Code* applies by virtue of s. 719(2) which renders applicable Part XVIII of the *Code*. These provisions, although drafted to meet the situation of an appeal from a conviction, are to be read *mutatis mutandis*, and are broad enough to encom-

* Reasons delivered on April 13, 1989.

Clifford Robert Olson *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* OLSON

N° du greffe: 20640.

1989: 24 janvier*

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit criminel — Recours extraordinaires — Habeas corpus — Compétence de la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour entendre l'affaire au fond? — Le bref d'habeas corpus aurait-il dû être rapporté au tribunal de première instance pour examen au fond? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii), (iv), 719(2) — Acte pour mieux assurer la liberté du sujet, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45, art. 1 — Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario — Partie I, TR/85-152, règles 9, 11.

La Haute Cour de l'Ontario a rejeté la demande de bref d'*habeas corpus* présentée par l'appelant et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Cette dernière a conclu que la documentation écrite produite par l'appelant révélait une cause défendable et que le tribunal de première instance aurait dû soit délivrer le bref, soit donner à l'appelant l'occasion de comparaître et de présenter ses arguments. La Cour d'appel a cependant conclu qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance parce qu'elle disposait de toute la documentation pertinente. Avec la pleine participation de l'appelant, la Cour d'appel a examiné l'affaire au fond et a rejeté la demande. En cette Cour, l'appelant a plaidé, compte tenu de la procédure d'*habeas corpus* en deux étapes en vigueur en Ontario, que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'affaire au fond et que le bref d'*habeas corpus* aurait dû être renvoyé à la Haute Cour pour qu'elle statue sur le fond.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En raison du par. 719(2) qui rend la Partie XVIII du *Code criminel* applicable, le sous-al. 613(1)*b*)(iv) s'applique. Bien que ces dispositions visent un appel d'une déclaration de culpabilité, elles doivent être lues en fonction des adaptations de circonstance et sont suffi-

* Motifs déposés le 13 avril 1989.

pass the Court of Appeal's dismissal of the application for *habeas corpus* on the merits in the present circumstances. In any event, even if the Court of Appeal erred in failing to remit the matter to the court of first instance, the error was a purely mechanical one which could be cured by s. 613(1)(*b*)(iii). To send the matter back to the High Court would be a triumph of form over substance. The result would inevitably be the same, as all the material was before the Court of Appeal and the appellant was afforded full opportunity to make submissions.

Statutes and Regulations Cited

Act for more effectually securing the Liberty of Subject, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45, s. 1.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(*b*)(iii), (iv) [en. 1985, c. 19, s. 143], 719(2).
Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings—Part I, SI/85-152, Rules 9 [rep. & subs. SI/86-4], 11.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 62 O.R. (2d) 321, 22 O.A.C. 287, 38 C.C.C. (3d) 534, dismissing appellant's appeal from an order of Maloney J., dismissing appellant's application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

Fergus O'Connor, for the appellant.

Graham R. Garton, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This is an appeal from the decision of the Ontario Court of Appeal (1987), 62 O.R. (2d) 321, which dismissed an appeal from Maloney J., who refused an application for a writ of *habeas corpus* made in writing by the appellant, then unrepresented by counsel, without affording the appellant an opportunity to be present and make submissions.

Brooke J.A., speaking for the Court of Appeal, held that the written material filed by the appellant disclosed an arguable case and that Maloney J. ought to either have issued the writ or, in some other manner, afforded the appellant an opportunity to appear and make submissions. He stated (at pp. 329-30):

samment larges pour justifier la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'*habeas corpus* au fond dans les circonstances de l'espèce. Quoi qu'il en soit, même si la Cour d'appel a commis une erreur en ne renvoyant pas l'affaire au tribunal de première instance, c'était une erreur de pure forme qui pouvait être corrigée par le sous-al. 613(1)*b*)(iii). Ordonner le renvoi de l'affaire devant la Haute Cour serait faire triompher la forme sur le fond. On parviendrait inévitablement au même résultat parce que la Cour d'appel disposait de toute la documentation et avait offert l'occasion voulue à l'appelant de présenter ses arguments.

Lois et règlements cités

Acte pour mieux assurer la liberté du sujet, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45, art. 1.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)*b*)(iii), (iv) [aj. 1985, chap. 19, art. 143], 719(2).
Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario—Partie I, TR/85-152, règles 9 [abr. & rempl. TR/86-4], 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 62 O.R. (2d) 321, 22 O.A.C. 287, 38 C.C.C. (3d) 534, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre une ordonnance du juge Maloney qui rejetait la demande de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée par l'appelant. Pourvoi rejeté.

Fergus O'Connor, pour l'appelant.

Graham R. Garton, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 62 O.R. (2d) 321, qui avait rejeté un appel d'une ordonnance du juge Maloney qui a rejeté une demande de bref d'*habeas corpus* que l'appelant, alors non représenté par avocat, avait soumise par écrit et ce, sans lui offrir la possibilité d'être présent et présenter ses arguments.

Au nom de la Cour d'appel, le juge Brooke a conclu que la documentation écrite produite par l'appelant faisait état d'une cause défendable et que le juge Maloney aurait dû soit délivrer le bref soit offrir à l'appelant, d'une autre façon, la possibilité de comparaître et de présenter des arguments. Il a dit (aux pp. 329 et 330):

However, in my respectful opinion, in view of the material filed, there were serious matters to consider being whether the appellant is lawfully detained in segregation, if he is held there on the order of the previous Solicitor-General and further whether his detention in segregation for the past five years, with a prospect of further detention for many years, was cruel and unusual treatment. In the circumstances, Maloney J. should either have directed that the appellant be brought before him to argue the case as though the writ had been issued or, alternatively, to issue the writ and afford the applicant the opportunity to appear and respond to the submissions of his jailer on the hearing upon the return of the writ. It was not good enough to leave this matter by denying the applicant an opportunity to be heard.

[TRADUCTION] Cependant, à mon humble avis, compte tenu de la documentation produite, il y avait de sérieuses questions à trancher comme celles de savoir si l'appelant est légalement détenu en ségrégation, s'il est ainsi détenu d'après l'ordonnance de l'ancien solliciteur général et, en outre, si sa détention en ségrégation au cours des cinq dernières années, et l'éventualité qu'il soit encore détenu pendant de nombreuses années, constituait un traitement cruel et inusité. Compte tenu de ces circonstances, le juge Maloney aurait dû ou bien ordonner que l'appelant soit amené devant lui pour faire valoir ses arguments comme si le bref avait été délivré, ou encore délivrer le bref et offrir au requérant la possibilité de comparaître et de répondre aux prétentions de son geôlier à l'audience tenue après le rapport du bref. Il ne suffisait pas de clore l'affaire en refusant au requérant la possibilité de se faire entendre.

By virtue of the combined effect of the *Act for more effectually securing the Liberty of Subject*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45 (the *Habeas Corpus Act*), and Rules 9 and 11 of the *Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings—Part I*, SI/85-152, as amended, the application for a writ of *habeas corpus* is a two-stage process. In the first stage the judge to whom the application is made must determine whether "probable and reasonable ground" for the complaint exists as provided in s. 1 of the *Habeas Corpus Act*. If such grounds are present, the writ issues and the merits are determined on the return of the writ. However, Rule 11 provides a mechanism for collapsing these two stages into one. Rule 11 provides that on consent the issue of the writ, the return thereto and the presence of the detainee may be dispensed with. This is the usual practice where the applicant is represented by counsel. Where a written application by a prisoner proceeds to the second stage of detailed consideration of the merits, it is common practice to dispense with the formality of actually issuing the writ by simply ordering the prisoner to be brought before the court to make submissions.

En raison de l'effet combiné de l'*Acte pour mieux assurer la liberté du sujet*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45 (la *Loi sur l'habeas corpus*) et des règles 9 et 11 des *Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario—Partie I*, TR/85-152, et modifications, la demande de bref d'*habeas corpus* est une procédure en deux temps. Au cours de la première étape, le juge à qui la demande est présentée doit déterminer s'il existe un «motif probable ou raisonnable» pour appuyer la plainte comme le prévoit l'article premier de la *Loi sur l'habeas corpus*. Dans l'affirmative, le bref est délivré et une audition au fond est tenue après le rapport du bref. La règle 11 prévoit cependant un mécanisme de réunion de ces deux étapes en une seule. Celle-ci prévoit que, avec le consentement des parties, on peut être dispensé de la délivrance du bref, de son rapport et de la présence du détenu. C'est la pratique habituelle lorsque le requérant est représenté par avocat. Lorsque la demande écrite du détenu passe à la deuxième étape de l'examen minutieuse du fond, il est habituel de ne pas effectuer la formalité de la délivrance réelle du bref en ordonnant simplement que le détenu soit amené devant la cour pour présenter ses arguments.

As we understand the reasons of Brooke J.A., he was of the opinion that "probable and reasonable ground" for the complaint existed and that the matter should have proceeded to the second stage, either by issuing the writ or by simply having the

Si nous comprenons bien les motifs du juge Brooke, il était d'avis qu'il y avait un «motif probable ou raisonnable» pour appuyer la plainte et qu'on aurait dû procéder à la deuxième étape soit en délivrant le bref, soit en ordonnant simple-

appellant brought before the court to present his case.

The Court of Appeal concluded, however, that it was unnecessary to send the application back to Maloney J., because all relevant material was before that court and upon the invitation and with the full participation of the appellant, who appeared in person, the merits were fully examined. The Court concluded that the grounds in fact had no merit. The distinction is, of course, one that is well-known in law. Often, what appears to be an arguable case in fact turns out to be without merit.

The issue before this Court is whether the Court of Appeal had jurisdiction to dispose of the application in the manner just described. The appellant now seeks to argue that the Court of Appeal had no jurisdiction to hear the argument on the merits and that the matter should be remitted to Maloney J. to consider the merits of the grounds that the Court of Appeal has already found to be without merit.

In our opinion, this mechanical approach should be avoided. By virtue of s. 719(2) rendering applicable Part XVIII of the *Criminal Code*, s. 613(1)(*b*)(iv) applies. Those provisions, although drafted to meet the situation of an appeal from a conviction, are to be read *mutatis mutandis*, and are broad enough to permit the Court of Appeal to have dismissed the application for *habeas corpus* on the merits in the circumstances presented here. In any event, even if the Court of Appeal did err in failing to remit the matter to Maloney J., the error was a purely mechanical one which could be cured by s. 613(1)(*b*)(iii). To send the matter back before Maloney J. would be a triumph of form over substance. The result would inevitably be the same, as all the material was before the Court of Appeal and the appellant was afforded full opportunity to make submissions. Accordingly, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Connor, Ecclestone & Kaiser, Kingston.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

ment que l'appelant soit amené devant la cour pour présenter ses arguments.

La Cour d'appel a cependant conclu qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer l'affaire au juge Maloney parce qu'elle disposait de toute la documentation pertinente et avait examiné l'affaire au fond complètement sur demande de l'appelant, qui a comparu personnellement, et avec sa pleine participation. La Cour a conclu que les moyens n'étaient en fait aucunement fondés. La distinction est évidemment bien connue en droit. Souvent, ce qui paraît être une cause défendable s'avère dans les faits ne pas être bien fondée.

La question devant cette Cour est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour se prononcer sur la demande comme elle l'a fait. L'appelant tente maintenant de prétendre que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'affaire au fond et que l'affaire devrait être renvoyée au juge Maloney pour qu'il examine le bien-fondé des moyens que la Cour d'appel a déjà jugés non fondés.

À notre avis, il faut éviter cette interprétation formaliste. En raison du par. 719(2) qui rend la Partie XVIII du *Code criminel* applicable, le sous-al. 613(1)*b*)(iv) s'applique. Bien que ces dispositions visent un appel d'une déclaration de culpabilité, elles doivent être lues en fonction des adaptations de circonstance et sont suffisamment larges pour justifier la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'*habeas corpus* au fond dans les circonstances de l'espèce. Quoi qu'il en soit, même si la Cour d'appel a commis une erreur en ne renvoyant pas l'affaire au juge Maloney, c'était une erreur de pure forme qui pouvait être corrigée par le sous-al. 613(1)*b*)(iii). Ordonner le renvoi de l'affaire devant le juge Maloney serait faire triompher la forme sur le fond. On parviendrait inévitablement au même résultat parce que la Cour d'appel disposait de toute la documentation et avait offert l'occasion voulue à l'appelant de présenter ses arguments. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: O'Connor, Ecclestone & Kaiser, Kingston.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Canada Post Postage paid
Postes Canada Port paye
Book rate
Tarif des livres
K1A 0S9
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1989 Vol. 1

3e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 301-523

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 301-523

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Borowski *v.* Canada (Attorney General) **342**

Appeal — Mootness — Abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

Criminal law — Abortion — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to equality before and under the law — Whether or not Charter rights extending to foetus — Charter issues ancillary to question of validity of abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Civil procedure — Standing — Standing originally found because action seeking declaration as to legislation's validity — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not standing as originally determined — Whether or not s. 24(1) of the Charter and s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 able to support claim for standing.

Continued on next page

SOMMAIRE

Borowski *c.* Canada (Procureur général) **342**

Pourvoi — Caractère théorique — Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires relatives aux droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

Droit criminel — Avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit à l'égalité devant et dans la loi — Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? — Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Procédure civile — Qualité pour agir — Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? — L'article 24(1) de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Brosseau *v.* Alberta Securities Commission **301**

Administrative law — Reasonable apprehension of bias — Commission conducting hearing with respect to trading in securities and/or the possible deprivation of certain statutory exemptions — Chairperson of Commission receiving report in his investigative capacity prior to hearing — Whether or not reasonable apprehension of bias.

Statutes — Interpretation — Retrospective effect — Statute imposing penalty related to a past event — Goal of penalty not to punish person in question but to protect the public — Whether or not statute attracting presumption against retrospective effect — Securities Act, S.A. 1981, c. S-6.1, ss. 28, 165, 166.

Greater Montreal Protestant School Board *v.* Quebec (Attorney General) **377**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Rights and privileges respecting denominational schools — Regulations establishing a uniform curriculum for all schools in Quebec — Special allowance made for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant — Whether provincial legislation and the regulations adopted thereunder *ultra vires* the Quebec legislature — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2) — Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) — Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 *O.G.* II 1213 — Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 *O.G.* II 1223.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Powers, privileges or duties conferred by law on the separate schools and school trustees of Upper Canada at the time of Union extended by s. 93(2) of the Constitution Act, 1867 to the dissentient schools of Quebec — Whether all those powers, privileges or duties enjoy the constitutional protection of s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2).

Hunter Engineering Co. *v.* Syncrude Canada Ltd. **426**

Contracts — Breach — Design Faults — Responsibility for design faults — Design created from buyer's specifications as to proposed use — Whether company supplying specifications or company creating design liable.

Sale of goods — Implied warranty as to fitness — Machinery defective — Defects appearing after expiry of contractual warranty — Whether or not breach of implied statutory warranty — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), 53.

Contracts — Fundamental breach — Exclusionary clause — Contractual warranty time limited — Portion of machinery supplied defective — Defect discovered after expiry of warranty — Defective machinery reparable — Whether or not fundamental breach.

Trusts and trustees — Constructive trust — Trust set up as interpleader pending outcome of passing-off action — Trust to pay for machinery with balance going to successful party in passing-off action — Possible beneficiaries of trust not parties to trust agreement — One possible beneficiary ineligible as a result of passing-off action — Other beneficiary not willing to assume warranties as required by trust — Whether company

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?

Brosseau *c.* Alberta Securities Commission **301**

Droit administratif — Crainte raisonnable de partialité — Commission tenant une audition concernant des opérations sur des valeurs mobilières ou l'inapplication possible de certaines exemptions prévues par la loi — Le président de la Commission, dans ses fonctions d'enquête, a reçu un rapport avant l'audition — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

Législation — Interprétation — Rétroactivité — Loi imposant une peine liée à un événement passé — La peine n'a pas pour but de punir la personne visée mais de protéger le public — La loi fait-elle intervenir la présomption de non-rétroactivité? — Securities Act, S.A. 1981, chap. S-6.1, art. 28, 165, 166.

Grand Montréal, Commission des écoles protestantes *c.* Québec (Procureur général) **377**

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — Droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Règlements établissant un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec — Dispositions spéciales prévues pour l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes — La loi provinciale et ses règlements d'application sont-ils *ultra vires* de la législature du Québec? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2) — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) — Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation préscolaire, (1981) 115 *G.O.* II 1733 — Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 *G.O.* II 1743.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — L'article 93(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 étend aux écoles dissidentes du Québec les pouvoirs, privilèges ou devoirs conférés par la loi aux écoles séparées et aux syndics d'écoles du Haut-Canada lors de l'Union — Tous ces pouvoirs, privilèges ou devoirs bénéficient-ils de la protection constitutionnelle de l'art. 93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2).

Hunter Engineering Co. *c.* Syncrude Canada Ltée **426**

Contrats — Inexécution — Vices de conception — Responsabilité pour les vices de conception — Conception selon le cahier des charges fourni par l'acheteur relativement à l'utilisation projetée — Qui de la société qui fournit le cahier des charges ou de celle qui s'occupe de la conception est responsable?

Vente de marchandises — Garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel un objet vendu est destiné — Matériel défectueux — Vices apparus après l'expiration de la garantie contractuelle — Y a-t-il eu non-respect de la garantie légale implicite? — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.

Contrats — Inexécution fondamentale — Clause d'exclusion — Garantie contractuelle de durée limitée — Défectuosité d'une

Suite à la page suivante

setting up trust or company intended as beneficiary of trust entitled to balance of trust moneys.

Quebec (Attorney General) *v.* Belmoral Mines Ltée **422**

Criminal law — Trial before a judge and jury — Miners killed in a mine accident — Manslaughter — Error in law in the instructions to the jury.

R. *v.* Bayard **425**

Criminal law — Defence — Charge to the jury — Self-defence — Judge's charge with respect to excessive force not in error.

R. *v.* Chaulk; R. *v.* Morrissette (Application) **369**

Jurisdiction — Applications for leave to appeal — Supreme Court of Canada jurisdiction — Determination of applications on the basis of written material without oral hearing — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

Criminal law — Indictable offence — Applications for leave to appeal — Supreme Court of Canada jurisdiction — Determination of applications on the basis of written material without oral hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

R. *v.* Elias **423**

Criminal law — Criminal liability — Evidence — Unlawful use of a credit card obtained by the commission of an offense.

Roberts *v.* Canada **322**

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Dispute between Indian bands relating to use and occupation of a reserve — Plaintiff band seeking declaration against Crown that it had the right to use and occupy the reserve and seeking a permanent injunction against defendant band restraining its members from trespassing on the reserve — Whether Federal Court has jurisdiction to hear the claim — ITO test applied — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(3)(c).

Constitutional law — Laws of Canada — Law of aboriginal title — Whether law of aboriginal title a "law of Canada" within the meaning of s. 101 of the Constitution Act, 1867.

Indians — Law of aboriginal title — Whether law of aboriginal title is federal common law.

partie du matériel fourni — Découverte des vices après l'expiration de la garantie — Matériel défectueux réparable — Y a-t-il eu inexécution fondamentale?

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Fiducie établie à la manière d'un *interpleader* en attendant l'issue d'une action en *passing-off* — Le paiement du matériel prélevé sur le fonds en fiducie dont le solde ira à la partie qui aura gain de cause dans l'action en *passing-off* — Bénéficiaires éventuels de la fiducie non parties au contrat de fiducie — Un bénéficiaire éventuel inadmissible par suite de l'action en *passing-off* — Autre bénéficiaire non disposé à assumer les garanties comme l'exige le contrat de fiducie — Qui de la société qui a établi la fiducie ou de la société destinée à en bénéficier a droit au solde des fonds en fiducie?

Québec (Procureur général) *c.* Belmoral Mines Ltée **422**

Droit criminel — Procès devant juge et jury — Mineurs tués dans un accident de mine — Homicide involontaire coupable — Erreur de droit dans les directives au jury.

R. *c.* Bayard **425**

Droit criminel — Défense — Exposé au jury — Légitime défense — Aucune erreur dans l'exposé du juge sur l'utilisation de force excessive.

R. *c.* Chaulk; R. *c.* Morrissette (Requête) **369**

Compétence — Demandes d'autorisation de pourvoi — Compétence de la Cour suprême du Canada — Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

Droit criminel — Acte criminel — Demandes d'autorisation de pourvoi — Compétence de la Cour suprême du Canada — Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

R. *c.* Elias **423**

Droit criminel — Responsabilité pénale — Preuve — Utilisation illégale d'une carte de crédit obtenue par suite de la commission d'une infraction.

Roberts *c.* Canada **322**

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Différend entre bandes indiennes concernant l'usage et l'occupation d'une réserve — La bande demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne portant qu'elle a le droit d'utiliser et d'occuper la réserve, ainsi qu'une injonction permanente enjoignant à la bande défenderesse et à ses membres de cesser de violer son droit de propriété sur la réserve — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre la demande? — Application du critère de l'arrêt ITO — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 17(3)c).

Droit constitutionnel — Lois du Canada — Droit applicable au titre aborigène — Le droit applicable au titre aborigène est-il

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867?

Indiens — Droit applicable au titre aborigène — Le droit applicable au titre aborigène est-il de la *common law* fédérale?

Georges R. Brosseau *Appellant*

v.

The Alberta Securities Commission *Respondent*

INDEXED AS: BROSSEAU *v.* ALBERTA SECURITIES COMMISSION

File No.: 19832.

1988: March 28; 1989: March 9.

Present: Dickson C.J. and Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Administrative law — Reasonable apprehension of bias — Commission conducting hearing with respect to trading in securities and/or the possible deprivation of certain statutory exemptions — Chairperson of Commission receiving report in his investigative capacity prior to hearing — Whether or not reasonable apprehension of bias.

Statutes — Interpretation — Retrospective effect — Statute imposing penalty related to a past event — Goal of penalty not to punish person in question but to protect the public — Whether or not statute attracting presumption against retrospective effect — Securities Act, S.A. 1981, c. S-6.1, ss. 28, 165, 166.

Appellant Brosseau, in his capacity as solicitor, prepared the prospectus of a company that later went into bankruptcy. The R.C.M.P. and the Alberta Securities Commission conducted separate investigations into the affairs of the company. The investigation initiated by the Securities Commission found no evidence of any violations of the *Securities Act*. The R.C.M.P. investigation, however, resulted in the laying of criminal charges against Brosseau and a colleague, Barry. The charges related to the making of false or misleading statements in the prospectus under the 'old' *Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333.

The Commission's investigation was reopened when the Assistant Deputy Minister of the Department of Consumer and Corporate Affairs informed the Chairman that litigation was pending concerning the collapse of the company, and that the Alberta Government was named as a party. There was a suggestion in some documents that the Alberta Government felt that any

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Georges R. Brosseau *Appelant*

c.

The Alberta Securities Commission *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BROSSEAU *c.* ALBERTA SECURITIES COMMISSION

N° du greffe: 19832.

1988: 28 mars; 1989: 9 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit administratif — Crainte raisonnable de partialité — Commission tenant une audition concernant des opérations sur des valeurs mobilières ou l'inapplication possible de certaines exemptions prévues par la loi — Le président de la Commission, dans ses fonctions d'enquête, a reçu un rapport avant l'audition — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

Législation — Interprétation — Rétroactivité — Loi imposant une peine liée à un événement passé — La peine n'a pas pour but de punir la personne visée mais de protéger le public — La loi fait-elle intervenir la présomption de non-rétroactivité? — Securities Act, S.A. 1981, chap. S-6.1, art. 28, 165, 166.

En sa qualité de procureur, l'appelant Brosseau a préparé le prospectus d'une société qui plus tard a fait faillite. La G.R.C. et l'Alberta Securities Commission (la Commission) ont mené des enquêtes distinctes sur les activités de la société. L'enquête de la Commission n'a abouti à aucune preuve d'infraction à la *Securities Act*. L'enquête de la G.R.C. a cependant mené au dépôt d'accusations criminelles contre Brosseau et un de ses collègues, Barry, relativement à des déclarations fausses ou trompeuses dans le prospectus, aux termes de «l'ancienne» *Securities Act*, R.S.A. 1970, chap. 333.

L'enquête de la Commission a été rouverte lorsque le sous-ministre adjoint du ministère de la Consommation et des Corporations avisa le président que des procédures étaient en cours à la suite de l'effondrement de Dial et que le gouvernement de l'Alberta y était nommé partie. Certains documents suggéraient que le gouvernement de l'Alberta estimait que toute responsabilité qui

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

liability which attached to it would do so because of negligence on the part of the Commission. The Chairman forwarded the materials received from the Assistant Deputy Minister to the Deputy Director, Enforcement, of the Securities Commission. A review was conducted, and a copy of the Commission's staff report was given to the Chairman in March 1984.

The Alberta Securities Commission gave a notice of hearing to determine if Brosseau and Barry should be made subject to a cease trading order and/or possible deprivation of certain statutory exemptions. Brosseau and Barry, after their acquittal on the criminal charges in 1985, brought a preliminary application before the Alberta Securities Commission seeking an order and declaration that the Commission had no jurisdiction to hold a hearing against them. The Commission ruled it had jurisdiction pursuant to s. 26 of the "new" *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1, denied the application and directed that the hearing continue. An appeal to the Alberta Court of Appeal was dismissed. Barry discontinued his appeal before this Court and appellant Brosseau restricted his to two issues. The first was whether or not there was a reasonable apprehension of bias given the fact that the Commission Chairperson, in his investigative capacity, had received a report prior to the hearing from the Deputy Director of Enforcement. The second was whether or not the action taken by the Commission under the "new" *Securities Act* attracted the presumption against the retrospectivity of statutes. Before this Court, the appellant abandoned all argument based on s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

The facts of this case neither raise a reasonable apprehension of bias nor do they undermine public confidence in the impartiality of the Securities Commission.

The principle that no one should be a judge in his own action underlies the doctrine of "reasonable apprehension of bias". An exception occurs, however, where an overlap of functions is authorized by statute.

It was not necessary to decide to what extent the Chairman initiated the investigation because the Act contemplated his involvement at several stages of the proceedings.

The broad and formal investigatory powers granted the Commission by s. 28 of the *Securities Act* suggest that the Commission has the implied authority to conduct a more informal internal review. The Commission logically would first investigate the facts before ordering

lui serait imputée proviendrait d'une négligence de la part de la Commission. Le président a transmis les documents reçus du sous-ministre adjoint au directeur adjoint chargé de l'application de la loi pour la Commission. On procéda à un examen et une copie du rapport du personnel de la Commission fut communiquée au président en mars 1984.

La Commission a donné un avis d'audition en vue de déterminer si Brosseau et Barry pouvaient faire l'objet d'une ordonnance leur intimant de cesser des opérations sur des valeurs mobilières ou s'ils pouvaient être privés de certaines exemptions prévues par la loi. Après leur acquittement des accusations criminelles en 1985, Brosseau et Barry ont présenté à la Commission une demande préliminaire sollicitant une ordonnance et une déclaration portant que la Commission n'avait pas compétence pour tenir une audition contre eux. La Commission a conclu qu'elle avait compétence en vertu de l'art. 26 de la «nouvelle» *Securities Act*, S.A. 1981, chap. S-6.1, a rejeté la demande et a ordonné la poursuite de l'audition. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de cette décision. L'appelant Barry s'est désisté de son pourvoi devant cette Cour et l'appelant Brosseau a limité le sien à deux points. Le premier est de savoir s'il y a crainte raisonnable de partialité étant donné que le président de la Commission, dans ses fonctions d'enquête, avait reçu avant l'audition un rapport du directeur adjoint, chargé de l'application de la loi. Le second est de savoir si les mesures prises par la Commission en vertu de la «nouvelle» *Securities Act* font intervenir la présomption de non-rétroactivité des lois. Devant cette Cour, l'appelant a abandonné toute argumentation fondée sur l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les faits de la présente affaire ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité et ne minent pas la confiance du public dans l'impartialité de la Commission.

Le principe que nul ne doit être juge dans sa propre cause sous-tend la doctrine de «la crainte raisonnable de partialité». Il y a cependant exception lorsque la loi autorise un chevauchement de fonctions.

Il n'est pas nécessaire de décider dans quelle mesure le président a déclenché l'enquête puisque la Loi prévoit sa participation à différentes étapes des procédures.

Les formalités qui accompagnent l'enquête en vertu de l'art. 28 de la *Securities Act*, et les vastes pouvoirs attribués, permettent de penser que la Commission a le pouvoir implicite de procéder à un examen interne plus informel. Logiquement, la Commission devrait enquêter

a s. 28 investigation. Only if irregularities were uncovered would the Commission proceed to either a more thorough s. 28 investigation or a hearing to probe more deeply into the matter.

Securities commissions, by their nature, undertake several different functions. The Commission's empowering legislation clearly indicates that the Commission was not meant to act like a court in conducting its internal reviews and certain activities, which might otherwise be considered "biased", form an integral part of its operations. A section 28 investigation is of a different nature from this type of proceeding.

A security commission's protective role, which gives it a special character, its structure and responsibilities, must be considered in assessing allegations of bias. A "reasonable apprehension of bias" affecting the Commission as a whole cannot be said to exist if the Chairman did not act outside of his statutory authority and if there were no evidence to show involvement beyond the Chairman's fulfilling his statutory duties.

The Chairman, as Chief Executive Officer of the Commission, did not exceed the bounds of authority of his office. The report in question was also made available to the appellant.

There was no element of "improper purpose" in the Commission's conduct of the proceedings against the appellant. Any suspicion that the Commission's actions were motivated with a view to escaping its own potential liability in any pending litigation was not supported by the evidence.

The presumption against retrospectivity, that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act, applies only to "penal" statutes. It does not apply to statutes imposing a penalty related to a past event, so long as the goal of the penalty is not to punish the person in question, but to protect the public. The provisions here are designed to disqualify persons, whom the Commission found to have committed acts calling their business integrity into question, from trading in securities. The presumption against the retrospective effect of statutes is effectively rebutted because these provisions in question are designed to protect the public in keeping with the general regulatory role of the Commission.

sur les faits avant d'ordonner une enquête fondée sur l'art. 28. Ce n'est que si on découvrait des irrégularités que la Commission procéderait soit à une enquête plus complète fondée sur l'art. 28, soit à une audition pour examiner l'affaire plus à fond.

De par leur nature, les commissions des valeurs mobilières exécutent plusieurs fonctions différentes. Il ressort clairement de la loi habilitante de la Commission qu'elle n'est pas tenue d'agir comme une cour dans ses enquêtes internes et que certaines activités, qui pourraient par ailleurs être considérées comme «partiales», font partie intégrante de son fonctionnement. Une enquête fondée sur l'art. 28 est d'une nature différente.

Le rôle de protection d'une commission des valeurs mobilières, qui lui donne un caractère particulier, ainsi que sa structure et ses responsabilités doivent être examinés pour évaluer les allégations de partialité. Si le président n'a pas excédé les pouvoirs que lui confère la loi et si rien dans la preuve n'indique d'autre participation que le simple exercice des fonctions que lui impose la loi, on ne peut dire qu'il existe une «crainte raisonnable de partialité» qui touche la Commission dans son ensemble.

À titre d'administrateur principal de la Commission, le président n'a pas agi en dehors des limites des pouvoirs attachés à ce poste. L'appelant a également eu accès au rapport en question.

Il n'y a aucun élément d'«objet irrégulier» dans les procédures que la Commission a menées contre l'appelant. Tout soupçon que les actes de la Commission ont été accomplis en vue d'échapper à sa propre responsabilité éventuelle dans des poursuites en cours n'a pas de fondement dans la preuve.

La présomption de non-rétroactivité, selon laquelle les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation, ne s'applique qu'aux lois qui imposent une peine. Elle ne s'applique pas aux lois qui imposent une peine liée à un événement passé dans la mesure où le but de la peine n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public. Les dispositions en question sont destinées à empêcher les personnes que la Commission trouve coupables d'avoir accompli des actes qui mettent en doute leur intégrité commerciale, d'effectuer des opérations relatives à des valeurs mobilières. La présomption de non-rétroactivité de la loi est en fait repoussée parce que les dispositions en question sont destinées à protéger le public conformément au rôle général de réglementation de la Commission.

Cases Cited

Considered: *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 391, aff'd *sub nom. Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129; **distinguished**: *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; **referred to**: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board* (the *Crowe* case), [1978] 1 S.C.R. 369; *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *R. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195; *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*d*), (*h*).
Securities Act, R.S.A. 1970, c. 333, s. 136.
Securities Act, S.A. 1981, c. S-6.1, ss. 11, 28, 29, 65, 66, 107, 115, 116, 132, 133, 165, 166.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1984.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.
Krauss, Michel. "Réflexions sur la rétroactivité des lois" (1983), 14 *R.G.D.* 287.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1986), 67 A.R. 222, 25 D.L.R. (4th) 730, dismissing an appeal from a judgment of the Alberta Securities Commission. Appeal dismissed.

Rostyk Sadownik, for the appellant.

P. J. McIntyre, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The facts of this case raise two main issues. The first concerns the existence of a reasonable apprehension of bias with respect to the activities of the Alberta Securities Commission (the Commission). The second deals with the retroactive application of the Alberta *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1, as amended.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 391, conf. par *sub nom. Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129; **distinction d'avec l'arrêt**: *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; **arrêts mentionnés**: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie* (l'arrêt *Crowe*), [1978] 1 R.C.S. 369; *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584; *Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *R. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195; *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*d*), *h*).
Securities Act, R.S.A. 1970, chap. 333, art. 136.
Securities Act, S.A. 1981, chap. S-6.1, art. 11, 28, 29, 65, 66, 107, 115, 116, 132, 133, 165, 166.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger, Elmer A. «Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264.
Krauss, Michel. «Réflexions sur la rétroactivité des lois» (1983), 14 *R.G.D.* 287.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1986), 67 A.R. 222, 25 D.L.R. (4th) 730, qui a rejeté un appel contre un jugement de l'Alberta Securities Commission. Pourvoi rejeté.

Rostyk Sadownik, pour l'appelant.

P. J. McIntyre, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Les faits de cette affaire soulèvent deux questions en particulier. La première concerne l'existence d'une crainte raisonnable de partialité relativement aux activités de l'Alberta Securities Commission (la Commission). La seconde a trait à l'application rétroactive de la *Securities Act* de l'Alberta, S.A. 1981, chap. S-6.1, et modifications.

Facts

The appellant Brosseau was the solicitor for Dial Mortgage Co. Ltd. (Dial). In his capacity as solicitor, he prepared the company's prospectus, and filed it with the Commission in 1980.

In 1981, it became apparent that Dial was experiencing financial troubles. It was placed in receivership on February 2, 1981, and went into bankruptcy on April 16, 1981.

The Commission was concerned about the collapse of Dial. It ordered its staff to conduct a review of its files to determine if there had been any violation of the *Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333. On March 13, 1981 the staff reported that there was no evidence of any violations.

In March of 1982 the R.C.M.P. became involved in an investigation surrounding the affairs of Dial. They asked the Commission about its role in approving the Dial prospectus. The investigation was undertaken with a view to the laying of criminal charges. At the request of the R.C.M.P., the Commission provided them with documents from their files.

In early 1983, the Assistant Deputy Minister of the Department of Consumer and Corporate Affairs informed the Chairman of the Commission that litigation was pending which named the Alberta Government as a party to an action concerning the collapse of Dial. There is a suggestion in the documents in the case on appeal that the Alberta Government felt that any liability which attached to it would be as a result of negligence on the part of the Commission. Subsequently, the Chairman forwarded the materials received from the Assistant Deputy Minister to the Deputy Director, Enforcement, of the Commission. The Deputy Director directed the Commission staff to conduct an investigation into the matter. The investigation included a review of the Commission's files, as well as meetings with former employees of the Commission, in order to clarify matters relating to the prospectus filed by Dial. The investigators also reviewed seized documents at R.C.M.P. headquarters, and attended an R.C.M.P. interview of the appellant Brosseau.

Les faits

L'appelant Brosseau était le procureur de Dial Mortgage Co. Ltd. (Dial). En sa qualité de procureur, il a préparé le prospectus de la société et l'a déposé auprès de la Commission en 1980.

En 1981, il est devenu évident que Dial était en difficultés financières. Elle a été mise sous séquestre le 2 février 1981 et a fait cession de ses biens le 16 avril 1981.

La Commission s'est inquiétée de la déconfiture de Dial. Elle a ordonné à son personnel de procéder à un examen de ses dossiers pour déterminer s'il y avait eu infraction à la *Securities Act*, R.S.A. 1970, chap. 333. Dans son rapport du 13 mars 1981, le personnel a conclu qu'il n'y avait aucune preuve d'infraction.

En mars 1982, la G.R.C. a entrepris une enquête sur les affaires de Dial. La G.R.C. s'est informée du rôle de la Commission dans l'approbation du prospectus de Dial. L'enquête avait été entreprise dans le but de déposer des accusations criminelles. La Commission a fourni à la G.R.C., à sa demande, des documents provenant de ses dossiers.

Au début de 1983, le sous-ministre adjoint du ministère de la Consommation et des Corporations a avisé le président de la Commission que des procédures étaient en cours dans lesquelles le gouvernement de l'Alberta était nommé partie à une poursuite relative à la déconfiture de Dial. Les documents au dossier suggèrent que le gouvernement de l'Alberta était d'avis que toute responsabilité qui lui serait imputée proviendrait d'une négligence de la part de la Commission. Par la suite, le président a transmis les documents reçus du sous-ministre adjoint au directeur adjoint, chargé de l'application de la loi, pour la Commission. Le directeur adjoint a ordonné au personnel de la Commission d'enquêter sur l'affaire. L'enquête comportait un examen des dossiers de la Commission ainsi que des rencontres avec d'anciens employés de la Commission pour clarifier certains points concernant le prospectus déposé par Dial. Les enquêteurs ont également examiné aux quartiers généraux de la G.R.C. des documents saisis et ont assisté à une entrevue de la G.R.C. avec l'appelant Brosseau.

The Chairman was given a copy of the Commission staff's report on March 13, 1984. A notice of hearing was issued by the Commission on June 25, 1984.

Proceedings

I will turn now to a discussion of the proceedings which ensued as a result of the investigations by both the Commission and the R.C.M.P. The investigation involved two individuals, Georges Brosseau and Wayne Barry. The latter, who was originally a party to the appeal, withdrew.

The R.C.M.P. investigation led to the laying of charges against Brosseau and Barry. The charge stated that:

> ... between the 29th day of November, A.D. 1979, and the 2nd day of April, A.D. 1980, at or near the city of Edmonton and elsewhere in the Province of Alberta, did jointly and severally make statements in a prospectus dated the 29th day of August, A.D. 1979, required to be filed or furnished under The Securities Act, 1970 R.S.A. c. 333 or the Regulations enacted thereunder, which said statements at the time and in the light of the circumstances under which they were made, were false or misleading with respect to material facts, the particulars of the said statements appearing in the said prospectus include, but are not limited ....

On February 26, 1985, the Alberta Provincial Court held that it had no jurisdiction to proceed with the charges "because the limitation period had lapsed upon swearing of the Information". The accused were acquitted.

On June 25, 1984, pursuant to ss. 165 and 166 of the Alberta *Securities Act*, the Commission issued a notice of hearing in order to determine whether the Commission should make an order against either or both of them:

> (a) under section 165 that trading cease in respect of any securities or that a person or company cease trading in securities or specified securities for a period of time as specified in the order
>
> and to order, or alternatively may order, as against the Respondents, or each of them,

Le 13 mars 1984, le rapport du personnel de la Commission était communiqué au président. Le 25 juin 1984, la Commission donnait un avis d'audition.

Les procédures

Il y a lieu de discuter ici des procédures qui s'ensuivirent et qui résultèrent des enquêtes et de la Commission et de la G.R.C. L'enquête visait à l'origine deux personnes, Georges Brosseau et Wayne Barry. Ce dernier, qui était initialement partie au présent pourvoi, s'est ensuite désisté.

L'enquête de la G.R.C. a donné lieu au dépôt d'accusations contre Barry et l'appelant Brosseau. L'accusation énonce que:

> [TRADUCTION] ... entre le 29 novembre 1979 et le 2 avril 1980, dans la ville d'Edmonton et ailleurs dans la province d'Alberta, ont conjointement et solidairement fait des déclarations dans un prospectus daté du 29 août 1979, qui devait être déposé ou fourni aux termes de la Securities Act, 1970 R.S.A. chap. 333 ou de ses règlements d'application, lesquelles déclarations, à l'époque et dans les circonstances où elles ont été faites, étaient fausses ou trompeuses en ce qui a trait à des faits importants, les détails desdites déclarations du prospectus comprenant notamment ...

Le 26 février 1985, la Cour provinciale de l'Alberta a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre les accusations [TRADUCTION] «parce que le délai de prescription était expiré au moment de la signature de la dénonciation sous serment». Les accusés furent acquittés.

Le 25 juin 1984, en application des art. 165 et 166 de la *Securities Act*, la Commission a donné un avis d'audition pour déterminer si elle devait ordonner contre eux ou l'un d'eux:

> [TRADUCTION]
>
> a) aux termes de l'article 165, que cessent les opérations sur valeurs mobilières ou qu'une personne ou une société cesse d'effectuer des opérations sur des valeurs mobilières ou sur certaines valeurs mobilières données pendant une période précisée dans l'ordonnance.
>
> et ordonner, ou subsidiairement ordonner, contre les intimés ou l'un d'eux,

(b) under section 166 that any or all of the exemptions contained in sections 65, 66, 107, 115, 116, 132 and 133, or in the Regulations do not apply to the person or company named in the order.

(One notes that the criminal charges based on substantially the same allegations were brought under the "old" *Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333, whereas the notice of hearing was based on the provisions of the "new" *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1.)

The hearing before the Commission was adjourned from time to time at the request of the parties in order to allow for the completion of the hearing of the charges in Provincial Court. Ultimately, the hearing before the Commission was never proceeded with, due to a preliminary application brought by Brosseau and Barry. After their acquittal from the criminal charges, they sought an order and declaration that the Commission did not have jurisdiction to hold a hearing against them pursuant to ss. 165 and 166 of the Alberta *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1.

The bases of the preliminary application before the Commission are set out as follows in the decision of the Commission dated September 11, 1985:

1. Double jeopardy—an infringement of the Respondents' rights as set out in section 11(h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms
2. Bias
3. Improper purpose
4. Expiry of limitation date for commencement of the proceedings
5. Other grounds

The Commission dismissed each of these arguments, ruled it had jurisdiction, denied the application and directed that the hearing continue. Brosseau and Barry appealed the decision to the Alberta Court of Appeal. Stevenson J.A., delivering the unanimous judgment of the Court of Appeal (1986), 67 A.R. 222, rejected their contentions and dismissed the appeal.

b) aux termes de l'article 166, que toutes les exemptions prévues aux articles 65, 66, 107, 115, 116, 132 et 133 ou dans le Règlement, ou certaines d'entre elles, ne s'appliquent pas à la personne ou à la société désignée dans l'ordonnance.

(On notera que les accusations criminelles, fondées essentiellement sur les mêmes allégations, avaient été portées en vertu de «l'ancienne» *Securities Act*, R.S.A. 1970, chap. 333, alors que l'avis d'audition était fondé sur les dispositions de la «nouvelle» *Securities Act*, S.A. 1981, chap. S-6.1.)

L'audition devant la Commission fut ajournée plusieurs fois à la demande des parties pour permettre la tenue du procès sur les accusations devant la Cour provinciale. En fin de compte, l'audition devant la Commission n'a jamais eu lieu en raison d'une requête préliminaire formée par Brosseau et Barry. Ces derniers, après leur acquittement des accusations criminelles, ont en effet requis une ordonnance et une déclaration portant que la Commission n'avait pas compétence pour tenir une audition contre eux en application des art. 165 et 166 de la *Securities Act* de l'Alberta, S.A. 1981, chap. S-6.1.

Les moyens invoqués dans la demande préliminaire devant la Commission sont ainsi rédigés dans la décision de la Commission datée du 11 septembre 1985:

[TRADUCTION]

1. Double péril—atteinte aux droits garantis aux intimés par l'alinéa 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés
2. Partialité
3. Objet irrégulier
4. Expiration du délai de prescription pour engager les procédures
5. Autres motifs

La Commission a rejeté chacun de ces arguments, a conclu qu'elle avait compétence, a rejeté la demande et a ordonné la poursuite de l'audition. Brosseau et Barry ont interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel de l'Alberta. Le juge Stevenson, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel (1986), 67 A.R. 222, a rejeté leurs arguments et les a déboutés de leur appel.

In their motion for leave to appeal to this Court, Brosseau and Barry raised constitutional issues which the Chief Justice stated as follows:

1. Does a hearing of the Alberta Securities Commission pursuant to ss. 165 and 166 of the *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1, to determine whether certain persons should be subject to a cease-trading order and deprived of certain exemptions provided by the said Act, infringe or deny the rights guaranteed by s. 11(*h*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of persons who previously had been acquitted of an offence under s. 136 of the *Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333, in respect of the same factual allegations?

2. Does a hearing of the Alberta Securities Commission pursuant to ss. 165 and 166 of the *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1, infringe or deny the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the Alberta Securities Commission was involved in the investigation of allegations which are to be considered at the hearing?

3. If and to the extent that such a hearing of the Alberta Securities Commission would infringe or deny rights guaranteed by s. 11(*d*) or s. 11(*h*), is such a hearing justifiable under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law?

On March 1, 1988, before this case was to be heard, the appellant Brosseau informed the Court that he was abandoning any argument based on s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and would restrict his argument to the following two points:

1. Reasonable apprehension of bias, and

2. Statutory interpretation.

As a consequence, the Attorneys General of Canada, Alberta, Manitoba, Ontario, Quebec and New Brunswick, who had intervened in the case, gave notice of the withdrawal of their intervention.

Issues

After the *Charter* questions were dropped by the appellant, his two remaining arguments were as follows:

Dans leur requête en autorisation de pourvoi devant cette Cour, Brosseau et Barry ont soulevé des questions constitutionnelles que le Juge en chef a énoncées de la manière suivante:

1. Une audition tenue par l'Alberta Securities Commission conformément aux art. 165 et 166 de la *Securities Act*, S.A. 1981, chap. S-6.1, pour déterminer si une ordonnance devrait être rendue pour interdire à certaines personnes d'effectuer des opérations sur valeurs et les priver de certaines dispenses prévues par la Loi, nie-t-elle ou viole-t-elle les droits garantis par l'al. 11*h*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à tout inculpé qui a été antérieurement acquitté à l'égard d'une infraction prévue à l'art. 136 de la *Securities Act*, R.S.A. 1970, chap. 333, concernant les mêmes allégations de fait?

2. Une audition tenue par l'Alberta Securities Commission conformément aux art. 165 et 166 de la *Securities Act*, S.A. 1981, chap. S-6.1, nie-t-elle ou viole-t-elle le droit à un procès public et équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* si ladite commission a participé à l'enquête relative aux allégations qui doivent être examinées à l'audition?

3. Si une telle audition de l'Alberta Securities Commission nie ou viole les droits garantis par l'al. 11*d*) ou l'al. 11*h*) et dans la mesure où ils le font, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable fixée par une règle de droit?

Le 1er mars 1988, avant l'audition du pourvoi, l'appelant Brosseau a informé la Cour qu'il abandonnait ses moyens fondés sur l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il limiterait son argumentation aux deux points suivants:

1. Crainte raisonnable de partialité

2. Interprétation législative.

Par conséquent, les procureurs généraux du Canada, de l'Alberta, du Manitoba, de l'Ontario, du Québec et du Nouveau-Brunswick, qui étaient intervenus au dossier, ont donné avis du retrait de leur intervention.

Les questions en litige

Une fois abandonnées les questions relatives à la *Charte* restent les deux seuls arguments que l'appelant formule ainsi:

18. Whether the Court of Appeal erred in holding that, apart from the *Charter*, participation by the same members of the Commission in both investigative and adjudicatory functions did not raise a reasonable apprehension of bias precluding the Commission from holding the Hearing.

19. Whether the Court of Appeal erred in holding that the objects of Sections 165 and 166 of the New Act are protective, rather than punitive, and that therefore the presumption against retrospective application of statutes does not apply to prohibit the Commission from holding the Hearing to consider whether sanctions only provided for in the New Act should be imposed against the Appellants in respect of acts alleged to have been committed at a time when the Old Act governed the trading of securities in Alberta.

I will deal with these issues in the order in which they were argued.

Reasonable Apprehension of Bias

The appellant contends that a reasonable apprehension of bias arose from the fact that the Chairman, who had received the investigative report, was also designated to sit on the panel at the hearing of the matter. He objects to the Chairman's participation at both the investigatory and adjudicatory levels.

The maxim *nemo judex in causa sua debet esse* underlies the doctrine of "reasonable apprehension of bias". It translates into the principle that no one ought to be a judge in his own cause. In this case, it is contended that the Chairman, in acting as both investigator and adjudicator in the same case, created a reasonable apprehension of bias. As a general principle, this is not permitted in law because the taint of bias would destroy the integrity of proceedings conducted in such a manner.

As with most principles, there are exceptions. One exception to the "*nemo judex*" principle is where the overlap of functions which occurs has been authorized by statute, assuming the constitutionality of the statute is not in issue. A case in point relied on by the respondents, *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 391, affirmed *sub nom. Re W.*

[TRADUCTION] 18. La Cour d'appel a commis une erreur quand elle a conclu que, indépendamment de la *Charte*, la participation des mêmes membres de la Commission à ses fonctions d'enquête et à ses décisions ne suscite pas de crainte raisonnable de partialité empêchant la Commission de tenir l'audition.

19. La Cour d'appel a commis une erreur quand elle a conclu que les articles 165 et 166 de la nouvelle loi visent la protection plutôt que l'imposition d'une peine, et que par conséquent la présomption de non-rétroactivité des lois ne s'applique pas pour interdire à la Commission de tenir l'audition pour déterminer si les sanctions prévues seulement dans la nouvelle loi devraient être imposées aux appelants relativement à des actes qu'on leur reproche d'avoir accomplis à un moment où l'ancienne loi régissait les opérations relatives aux valeurs mobilières en Alberta.

J'examinerai ces moyens dans l'ordre où ils ont été plaidés.

La crainte raisonnable de partialité

L'appelant prétend qu'il y avait crainte raisonnable de partialité parce que le président, qui avait reçu le rapport d'enquête, a également été désigné pour siéger comme membre du tribunal chargé d'entendre l'affaire. Il s'objecte à ce que le président participe à la fois à l'enquête et à la décision.

La maxime *nemo judex in causa sua debet esse* sous-tend la doctrine de «la crainte raisonnable de partialité». Elle traduit le principe que nul ne doit être juge dans sa propre cause. On prétend en l'espèce que le président, en agissant à la fois comme enquêteur et comme arbitre dans la même affaire, a suscité une crainte raisonnable de partialité. Comme principe général, un tel procédé n'est pas autorisé en droit parce qu'il y aurait atteinte à l'intégrité des procédures conduites de cette façon par la crainte de partialité qu'elles susciteraient.

Comme la plupart des principes, celui-ci a ses exceptions. Il y a exception au principe «*nemo judex*» lorsque le chevauchement de fonctions est autorisé par la loi, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la loi n'est pas attaquée. Un arrêt pertinent invoqué par les intimés, *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 391, confirmé par *sub nom.*

D. Latimer Co. and Bray (1974), 6 O.R. (2d) 129, addresses this particular issue with respect to the activities of a securities commission. In that case, as in this one, members of the panel assigned to hear proceedings had also been involved in the investigatory process. Dubin J.A. for the Court of Appeal found that the structure of the Act itself, whereby commissioners could be involved in both the investigatory and adjudicatory functions did not, by itself, give rise to a reasonable apprehension of bias. He wrote at pp. 140-41:

> Where by statute the tribunal is authorized to perform tripartite functions, disqualification must be founded upon some act of the tribunal going beyond the performance of the duties imposed upon it by the enactment pursuant to which the proceedings are conducted. Mere advance information as to the nature of the complaint and the grounds for it are not sufficient to disqualify the tribunal from completing its task.

In order to disqualify the Commission from hearing the matter in the present case, some act of the Commission going beyond its statutory duties must be found.

Administrative tribunals are created for a variety of reasons and to respond to a variety of needs. In establishing such tribunals, the legislator is free to choose the structure of the administrative body. The legislator will determine, among other things, its composition and the particular degrees of formality required in its operation. In some cases, the legislator will determine that it is desirable, in achieving the ends of the statute, to allow for an overlap of functions which in normal judicial proceedings would be kept separate. In assessing the activities of administrative tribunals, the courts must be sensitive to the nature of the body created by the legislator. If a certain degree of overlapping of functions is authorized by statute, then, to the extent that it is authorized, it will not generally be subject to the doctrine of "reasonable apprehension of bias" *per se*. In this case, the appellant complains that the Chairman was both the investigator and adjudicator and that therefore, the hearing should be prevented from continuing on the grounds of reasonable apprehension of bias.

Re W. D. Latimer Co. and Bray (1974), 6 O.R. (2d) 129, porte précisément sur ce point, en relation avec les activités d'une commission des valeurs mobilières. Dans cette affaire, comme en l'espèce, certains membres d'un tribunal désigné pour l'audition d'une affaire avaient également joué un rôle dans le processus d'enquête. Le juge Dubin a conclu au nom de la Cour d'appel, que l'économie de la loi elle-même, qui prévoyait que les commissaires pouvaient participer à l'enquête et à la prise de décision, ne donnait pas en soi naissance à une crainte raisonnable de partialité. Il écrit, aux pp. 140 et 141:

> [TRADUCTION] Lorsque la loi autorise le tribunal à exercer des fonctions tripartites, la récusation doit être fondée sur un certain acte du tribunal qui excède l'exécution des fonctions que lui attribue le texte législatif en vertu duquel les procédures sont engagées. De simples renseignements préalables quant à la nature de la plainte et quant aux motifs sur lesquels elle est fondée ne sont pas suffisants pour empêcher le tribunal d'accomplir sa tâche.

Pour disqualifier la Commission dans la présente affaire, il faut qu'il y ait quelque acte de la Commission qui aille au-delà des fonctions conférées par la loi.

Les tribunaux administratifs sont créés pour diverses raisons et pour répondre à divers besoins. Lorsqu'il établit ces tribunaux, le législateur est libre de choisir la structure de l'organisme administratif. Il déterminera, entre autres, sa composition et les degrés de formalité requis pour son fonctionnement. Dans certains cas, il estimera souhaitable, pour atteindre les objectifs de la loi, de permettre un chevauchement de fonctions qui, dans des procédures judiciaires normales, seraient séparées. Dans l'appréciation des activités de tribunaux administratifs, les cours doivent tenir compte de la nature de l'organisme créé par le législateur. Si la loi autorise un certain degré de chevauchement de fonctions, ce chevauchement, dans la mesure où il est autorisé, n'est généralement pas assujetti *per se* à la doctrine de la «crainte raisonnable de partialité». En l'espèce, l'appelant se plaint de ce que le président a pris part à la fois à l'enquête et à la décision et qu'en conséquence il y a lieu d'empêcher la poursuite de l'audition au motif de crainte raisonnable de partialité.

In the course of deciding this case, it became clear to this Court that the arguments presented by the parties in their factums and in oral argument before this Court were insufficient to properly address these questions. As a result, the parties were requested to provide written submissions in answer to the following questions:

(1) pursuant to what statutory authority was the investigation directed?

(2) was the investigation directed solely at the initiative of the Chairman?

(3) was the investigation confined to documents on file with the Commission, i.e. was it a purely internal investigation or was it broader in scope?

In his written submissions, the appellant claimed that there was no authority for the investigation. He maintained that it was directed solely at the initiative of the Chairman, and was not confined to documents on file. Not surprisingly, the respondents disagreed. They argued that while not specifically authorized by statute, implicit authority for the investigation could be found in the general scheme of the *Securities Act*.

If the investigation was without statutory authority, and if it was also directed at the initiative of the Chairman, then it is clear that the Chairman was attempting to act in the role of both investigator and adjudicator in circumstances which would not permit an abrogation of the general rules against bias. The appellant claims that the investigation was initiated by the Chairman. The respondent contends that it was, in fact, the Director who ordered the investigation. In my view, the available evidence does not favour one position over the other. While it appears that the Chairman may have had some role in "initiating" the investigation, it is far from clear that he initiated it in the sense of directing what should be done, how, and by whom. However, I do not feel it necessary to decide this point since I believe that the Act contemplates the involvement of the Chairman at several stages of proceedings.

Section 28 of the *Securities Act* provides authority for the Commission to carry out a full scale investigation which includes a wide range of

Au cours du délibéré, il est devenu évident que les arguments présentés par les parties dans leurs mémoires et lors de l'audition étaient insuffisants pour traiter adéquatement de ces questions. La Cour a donc demandé aux parties de présenter des mémoires additionnels pour répondre aux questions suivantes:

1) En application de quelles dispositions législatives l'enquête a-t-elle été ordonnée?

2) L'enquête a-t-elle été ordonnée à la seule initiative du président?

3) L'enquête était-elle limitée à des documents faisant partie du dossier de la Commission, c.-à-d. s'agissait-il d'une enquête purement interne ou avait-elle une portée plus large?

Dans son mémoire, l'appelant a prétendu qu'aucun texte de loi n'autorisait l'enquête. Il a maintenu qu'elle avait été ordonnée à la seule initiative du président et qu'elle n'était pas limitée aux documents figurant au dossier. Comme il fallait s'y attendre, l'intimée ne fut pas d'accord. Elle a allégué que, bien qu'elle ne soit pas autorisée spécifiquement par un texte de loi, l'enquête était autorisée implicitement en vertu de l'économie générale de la *Securities Act*.

Si l'enquête n'est pas autorisée par un texte de loi et si elle a été ordonnée à l'initiative du président, il est clair que le président a tenté d'agir à la fois comme enquêteur et comme arbitre dans des circonstances qui ne permettent pas d'écarter les règles générales établies en matière de partialité. L'appelant soutient que l'enquête a été déclenchée par le président. L'intimée prétend qu'en fait elle a été lancée par le directeur. À mon avis, la preuve au dossier ne favorise pas plus l'un que l'autre. Bien qu'apparemment le président ait joué un certain rôle dans le «déclenchement» de l'enquête, il est loin d'être clair qu'il l'a déclenchée en ce sens qu'il aurait ordonné ce qu'il fallait faire, la manière de le faire et qui le ferait. Je n'estime cependant pas nécessaire de trancher ce point puisque, à mon avis, la Loi prévoit la participation du président à différentes étapes des procédures.

L'article 28 de la *Securities Act* autorise la Commission à mener une enquête complète ce qui comporte un large éventail de pouvoirs. La per-

powers. The person appointed to make the investigation under s. 28 has, by virtue of s. 29, "the same power as is vested in the Court of Queen's Bench for the trial of civil actions." Because of the extensive nature of the powers granted to an investigator under s. 28, such an investigation must be ordered by the Commission, and not by the Chairman alone.

There is no evidence in the present case that a s. 28 investigation was ordered by the Commission. In fact, the record and submissions suggest that this was not the route chosen by the Commission. The appellant contends that the only permissible route for an investigation is s. 28, and that therefore there was no statutory authorization for the action taken by the Chairman.

The respondent argues that the Act implies powers on a different level from the s. 28 formal investigative procedures. It contends that an informal "enforcement review" is the mechanism used by the Commission to bring to its attention those matters which warrant a more in depth investigation. Because of the formalities surrounding the s. 28 investigation, and because of the broad powers conferred, I am inclined to agree that the Commission must have the implied authority to conduct a more informal internal review. It would be unreasonable to say that a securities commission requires express statutory authority to review the documents it has on file, or to keep itself informed of the course of an R.C.M.P. investigation. To do so would be to make mandatory a resort to a s. 28 investigation for what are often simple administrative purposes. Such an approach might have the effect of paralysing the operations of the Commission. It would seem logical that before ordering a s. 28 investigation, the Commission would have first investigated the facts. If no wrongdoing is found, that would end the matter. If irregularities are uncovered, then the Commission could proceed either to a more thorough s. 28 investigation or to order a hearing, as in this case, to probe more deeply into the matter.

Section 11 of the *Securities Act* provides that the Chairman of the Commission is its Chief Executive Officer. As such, it appears to me that

sonne chargée de l'enquête en vertu de l'art. 28 a, en vertu de l'art. 29, [TRADUCTION] «les mêmes pouvoirs que ceux qui sont attribués à la Cour du Banc de la Reine pour l'audition de poursuites civiles.» À cause de l'étendue des pouvoirs accordés à l'enquêteur en vertu de l'art. 28, l'enquête doit être ordonnée par la Commission et non par le président seul.

Rien ne prouve en l'espèce que la Commission ait ordonné une enquête fondée sur l'art. 28. En fait, le dossier et les allégations permettent de croire que la Commission a choisi une voie différente. L'appelant prétend que le seul moyen permis pour initier une enquête est le recours à l'art. 28 et que la mesure prise par le président n'était donc pas autorisée par un texte de loi.

L'intimée allègue que la Loi présume l'existence de pouvoirs qui se situent à un niveau différent des procédures d'enquête formelles visées par l'art. 28. Elle prétend que la révision informelle est le mécanisme que la Commission utilise pour identifier les questions qui méritent une enquête plus approfondie. À cause des formalités qui accompagnent l'enquête fondée sur l'art. 28 et à cause des vastes pouvoirs y attribués, je suis d'avis que la Commission doit avoir le pouvoir implicite de procéder à un examen interne plus informel. Il serait déraisonnable de prétendre qu'une commission des valeurs mobilières requiert un pouvoir expressément prévu par la Loi pour examiner les documents qui se trouvent dans ses dossiers ou pour suivre l'évolution d'une enquête de la G.R.C. Ce serait là rendre obligatoire l'enquête fondée sur l'art. 28 pour de simples questions administratives. Une telle approche pourrait avoir l'effet de paralyser le fonctionnement de la Commission. Il semblerait logique que, avant d'ordonner une enquête fondée sur l'art. 28, la Commission enquête d'abord sur les faits. Si on ne trouve rien de répréhensible, l'affaire s'arrête là. Si on découvre des irrégularités, la Commission peut alors soit procéder à une enquête plus complète, fondée sur l'art. 28, soit ordonner une audition, comme en l'espèce, pour examiner l'affaire plus à fond.

L'article 11 de la *Securities Act* prévoit que le président de la Commission en est l'administrateur en chef. À ce titre, j'estime qu'il a nécessairement

he would necessarily have the authority to receive information from the Assistant Deputy Minister or from the R.C.M.P., pass this material along to the Director of the Commission, require that the Director verify the allegations and complaints, and receive a report of any review made by the Director. There is no evidence that his participation went beyond these bounds. It is also to be noted that the report in question was made available to the appellant.

Certain other factors should be taken into consideration along with the question of statutory authorization. For example, in a specialized body such as the Commission, it is more than likely that the same decision-makers will have repeated dealings with a given party on a number of occasions and for a variety of reasons. It is hardly surprising, given the fact that there is only one Alberta Securities Commission, that the Commission in this case was required to deal with many aspects of the failure of Dial over a period of years.

Securities commissions, by their nature, undertake several different functions. They are involved in overseeing the filing of prospectuses, regulating the trade in securities, registering persons and companies who trade in securities, carrying out investigations and enforcing the provisions of the Act. By their nature, they will have repeated dealings with the same parties. The dealings could be in an administrative or adjudicative capacity. When a party is subjected to the enforcement proceedings contemplated by ss. 165 or 166 of the Act, that party is given an opportunity to present its case in a hearing before the Commission, as was done in this case. The Commission both orders the hearing and decides the matter. Given the circumstances, it is not enough for the appellant to merely claim bias because the Commission, in undertaking this preliminary internal review, did not act like a court. It is clear from its empowering legislation that, in such circumstances, the Commission is not meant to act like a court, and that certain activities which might otherwise be con-

le pouvoir de recevoir des renseignements du sous-ministre adjoint ou de la G.R.C., de les transmettre au directeur de la Commission, de demander à celui-ci de vérifier les allégations et les plaintes, et de recevoir un rapport de tout examen fait par le directeur. Rien dans la preuve n'indique qu'il ait agi en dehors de ces limites. Il faut également noter que l'appelant a eu accès au rapport en question.

Outre la question de l'autorisation accordée par la loi, il y a aussi lieu de tenir compte d'autres facteurs. Par exemple, dans un organisme spécialisé comme la Commission, il est plus que probable que les mêmes instances décisionnelles auront des contacts répétés avec une partie donnée, à de nombreuses occasions et pour diverses raisons. Étant donné qu'il n'y a qu'une seule commission des valeurs mobilières en Alberta, il n'est guère surprenant qu'on ait demandé à la Commission en l'espèce d'examiner de nombreux aspects de la déconfiture de Dial, sur plusieurs années.

De par leur nature, les commissions de valeurs mobilières remplissent plusieurs fonctions différentes. Elles surveillent le dépôt de prospectus, réglementent les opérations relatives aux valeurs mobilières, inscrivent les personnes et les sociétés qui font des opérations relatives aux valeurs mobilières, mènent des enquêtes et appliquent les dispositions de la Loi. De par leur nature, elles sont amenées à avoir des contacts répétés avec les mêmes parties tant dans leur rôle administratif que dans leur rôle décisionnel. Dans le cas des procédures d'application de la loi envisagées aux art. 165 ou 166 de la Loi, la partie visée a la possibilité de faire des représentations à une audition tenue devant la Commission, comme cela a été fait en l'espèce. La Commission ordonne la tenue de l'audition et rend sa décision. Dans les circonstances, l'appelant ne peut, pour fonder son allégation de partialité, se contenter de dire que la Commission, lorsqu'elle a fait sa révision préliminaire interne, n'a pas agi comme une cour de justice. Il ressort clairement de sa loi habilitante que, dans de telles circonstances, la Commission n'est pas tenue d'agir comme une cour et que certaines activités, qui pourraient par ailleurs être

sidered "biased" form an integral part of its operations. A section 28 investigation is of a different nature from this type of proceeding.

Securities acts in general can be said to be aimed at regulating the market and protecting the general public. This role was recognized by this Court in *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584, where Fauteux J. observed at p. 588:

> The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons therein carrying on such a business.

This protective role, common to all securities commissions, gives a special character to such bodies which must be recognized when assessing the way in which their functions are carried out under their Acts.

The special circumstances of the tribunal in this case are substantially the same as those in the case of *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario*, *supra*. In the Supreme Court of Ontario, Wright J. made the following observation at p. 404:

> What fair play is in particular circumstances, and whether and how the power of the Courts to enforce it should be exercised are what the Court must decide. It must on the one hand see that the citizen is not unfairly dealt with or put in a position of potential unjustified peril at the hands of some person or body exercising jurisdiction. It must on the other hand see that such persons or bodies seeking to perform their public duty are not unduly hampered in their work and that the purpose of the Legislature, if it be the source of their jurisdiction, is respected and realized as it has been expressed.

The particular structure and responsibilities of the Commission must be considered in assessing allegations of bias. Upon the appeal of *Latimer* to the Ontario Court of Appeal, Dubin J.A., for a

considérées comme «partiales», font partie intégrante de son fonctionnement. Une enquête fondée sur l'art. 28 est d'une nature différente de celle dont il est ici question.

D'une manière générale, on peut dire que les lois sur les valeurs mobilières visent à réglementer le marché et à protéger le public. Cette Cour a reconnu ce rôle dans l'arrêt *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584, dans lequel le juge Fauteux a fait remarquer à la p. 588:

> [TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placement, sont honnêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs, contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

Ce rôle protecteur, qui est commun à toutes les commissions des valeurs mobilières, donne à ces organismes un caractère particulier qui doit être reconnu lorsqu'on examine la manière dont leurs fonctions sont exercées aux termes des lois qui leur sont applicables.

La situation particulière du tribunal en l'espèce est essentiellement la même que celle dans l'affaire *Re W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario*, précitée. Le juge Wright de la Cour suprême de l'Ontario y faisait les remarques suivantes à la p. 404:

> [TRADUCTION] La Cour doit décider ce qui est franc-jeu dans des circonstances particulières, et dans quelle mesure et de quelle manière le pouvoir des tribunaux de l'appliquer devrait être exercé. D'une part, elle doit veiller à ce que le citoyen ne soit pas traité injustement ou placé dans une situation où il pourrait subir un péril injustifié aux mains d'une personne ou d'un organisme qui exerce la compétence. D'autre part, elle doit veiller à ce que ces personnes ou ces organismes qui cherchent à exécuter leurs obligations publiques ne soient pas gênés indûment dans leur travail et à ce que le but visé par l'assemblée législative, si c'est la source de leur compétence, soit respecté et réalisé tel qu'il a été exprimé.

La structure particulière et les responsabilités de la Commission doivent être examinées pour évaluer les allégations de partialité. Dans l'affaire *Latimer*, le juge Dubin, au nom de la Cour d'appel

unanimous Court, dismissed the complaint of bias. He acknowledged that the Commission had a responsibility both to the public and to its registrants. He wrote at p. 135:

> . . . I view the obligation of the Commission towards its registrants as analogous to a professional body dealing in disciplinary matters with its members. The duty imposed upon the Commission of protecting members of the public from the misconduct of its registrants is, of course, a principal object of the statute, but the obligation of the Commission to deal fairly with those whose livelihood is in its hands is also by statute clearly placed upon it, and nothing is to be gained, in my opinion, by placing a priority upon one of its functions over the other.

Dubin J.A. found that the structure of the Act whereby commissioners could be involved in both the investigatory and adjudicatory functions did not, by itself, give rise to a reasonable apprehension of bias.

I am in agreement with this proposition. So long as the Chairman did not act outside of his statutory authority, and so long as there is no evidence to show involvement above and beyond the mere fact of the Chairman's fulfilling his statutory duties, a "reasonable apprehension of bias" affecting the Commission as a whole cannot be said to exist.

Improper Purpose

Although not argued before this Court, I have also considered the question of whether there may have been some element of "improper purpose" in the conduct of the proceedings against the appellant. For example, if the Commission conducted a review of Dial and ordered a hearing with a view to escaping its own potential liability in any pending litigation against the Commission, then otherwise legitimate proceedings could be tainted with bias. However, after a careful review of the file I am satisfied that any such "suspicion" of the motives of the Chairman, or of the Commission, is completely unfounded. While there seems, at one point, to have been pending litigation, there is no evidence as to the actual existence of claims against the Commission. More importantly, there is no evidence of the nature of such claims, or of

de l'Ontario, a rejeté la plainte de partialité. Il a reconnu, à la p. 135, que la Commission avait une responsabilité envers le public et les personnes inscrites:

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que l'obligation de la Commission envers les personnes inscrites est semblable à celle d'un organisme professionnel traitant de questions relatives à la discipline de ses membres. L'obligation qui incombe à la Commission de protéger les membres du public contre la mauvaise conduite des personnes inscrites est, évidemment, un des buts principaux de la loi, mais la loi lui impose également l'obligation de traiter équitablement ceux dont le gagne-pain est placé entre ses mains et, à mon avis, il n'y a aucun avantage à faire prévaloir l'une de ses fonctions sur l'autre.

Le juge Dubin a conclu que l'économie de la Loi, qui permettait aux commissaires d'avoir à la fois des fonctions d'enquête et des fonctions décisionnelles ne pouvait, en elle-même, susciter de crainte raisonnable de partialité.

Je suis d'accord avec cette opinion. Dans la mesure où le président n'a pas excédé les pouvoirs que lui confère la Loi et dans la mesure où rien dans la preuve n'indique d'autre participation que le simple fait d'avoir exercé les fonctions que lui impose la loi, on ne peut dire qu'il existe une «crainte raisonnable de partialité» qui affecterait la Commission dans son ensemble.

L'objet irrégulier

Bien qu'elle n'ait pas été plaidée devant cette Cour, j'ai également examiné la possibilité de l'«objet irrégulier» des procédures engagées contre l'appelant. Par exemple, si la Commission avait examiné la situation de Dial et ordonné une audition en vue d'échapper à sa propre responsabilité éventuelle dans des poursuites dirigées contre elle, alors, des procédures par ailleurs légitimes pourraient être entachées de partialité. Après un examen attentif du dossier, je suis cependant convaincue que tout «soupçon» de ce genre, en ce qui a trait au but visé par le président ou la Commission, est sans aucun fondement. Bien qu'il semble y avoir eu à un certain moment un litige, il n'y a aucune preuve de l'existence de réclamations contre la Commission. Plus important encore, aucune preuve n'a été produite quant à la nature

the possible defences available to the Commission. In short, any argument of bias founded on such scanty information would hardly be a reasonable suspicion. It would be more easily categorized as sheer conjecture.

Of course, had there been any evidence of a possible conflict between the interest of the Commission in the outcome of the hearing, and their duty to give a fair hearing to the appellant, it would be a different matter, and might raise a reasonable apprehension of bias. However, in my view, this is not the case here.

Conclusion

In *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board* (the *Crowe* case), [1978] 1 S.C.R. 369, Chief Justice Laskin stated the principle behind the test of reasonable apprehension of bias. He wrote, at p. 391:

> This test is grounded in a firm concern that there be no lack of public confidence in the impartiality of adjudicative agencies . . . .

In my view, the facts of this case do not raise a reasonable apprehension of bias, nor can they undermine public confidence in the impartiality of the Commission. I would therefore dismiss this first ground of appeal.

Retroactivity

The appellant claims that ss. 165 and 166 of the new Act (1981) cannot be applied retrospectively to him. The appellant maintains that these provisions of the new Act broaden the powers of the Commission. He submits that the Court of Appeal erred "in relying upon the case of *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617, as authority for the proposition that where the objectives of a statute are 'protective', rather than 'penal', then the presumption against retrospective operation of statutes does not apply." The appellant contends that under ss. 165 and 166 of the new Act (1981), sanctions are penal and consequently the Act should not be applied retrospectively.

de ces réclamations ou aux moyens de défense que la Commission pouvait invoquer. Bref, une allégation de partialité fondée sur d'aussi maigres renseignements serait loin d'équivaloir à un soupçon raisonnable. Ce serait plus aisément taxé de pure conjecture.

Il en irait autrement s'il y avait eu preuve d'un conflit possible entre l'intérêt de la Commission dans l'issue de l'audition et son obligation d'accorder une audition équitable à l'appelant. Ceci serait de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité. À mon avis cependant, tel n'est pas le cas ici.

Conclusion

Dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie* (l'arrêt *Crowe*), [1978] 1 R.C.S. 369, le juge en chef Laskin a formulé le principe qui sous-tend le critère de la crainte raisonnable de partialité. Il écrit à la p. 391:

> Ce critère se fonde sur la préoccupation constante qu'il ne faut pas que le public puisse douter de l'impartialité des organismes ayant un pouvoir décisionnel . . .

À mon avis, les faits de la présente affaire ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité et ils ne peuvent miner la confiance du public dans l'impartialité de la Commission. Je suis donc d'avis de rejeter le premier moyen d'appel.

La rétroactivité

L'appelant allègue que les art. 165 et 166 de la nouvelle loi (1981) ne peuvent lui être appliqués rétroactivement. L'appelant soutient que ces dispositions de la nouvelle loi élargissent les pouvoirs de la Commission. Il prétend que la Cour d'appel a commis une erreur [TRADUCTION] «en se fondant sur l'arrêt *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617, pour affirmer que, lorsque les objectifs d'une loi sont la «protection» plutôt que «l'imposition d'une peine», la présomption contre l'application rétroactive des lois ne s'applique pas.» L'appelant est d'avis qu'aux termes des art. 165 et 166 de la nouvelle loi (1981), les sanctions sont pénales et que, par conséquent, la loi ne devrait pas être appliquée rétroactivement.

The relevant legislation consists of s. 136 of the *Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333, and ss. 165 and 166 of the current *Securities Act*, S.A. 1981, c. S-6.1:

136. (1) Every person or company who

. . .

(*b*) makes a statement in any application, report, prospectus ... required to be filed or furnished ... that ... is false or misleading is ... guilty of an offence.

165(1) The Commission may order that

(a) trading cease in respect of any security for a period of time as is specified in the order, or

(b) that a person or company cease trading in securities or specified securities for a period of time as is specified in the order.

(2) The Commission shall not make an order under subsection (1) without conducting a hearing.

166(1) The Commission may order that any or all of the exemptions contained in sections 65, 66, 107, 115, 116, 132 and 133 or in the regulations do not apply to the person or company named in the order.

(2) The Commission shall not make an order under subsection (1) without conducting a hearing.

The basic rule of statutory interpretation, that laws should not be construed so as to have retrospective effect, was reiterated in the recent decision of this Court in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256. That case, however, dealt with the question of the retrospective effect of procedural versus substantive provisions. The present case presents a different facet of the problem of retrospectivity.

While the presumption against retrospective effect is clear, there seems to be a great deal of confusion among the authorities and case law as to what constitutes such an effect. Michel Krauss in "Réflexions sur la rétroactivité des lois" (1983), 14 *R.G.D.* 287, observes at p. 291:

[TRANSLATION] ... there is unanimity when it comes to recognizing that the "non-retrospectivity rule" is now applicable. However, the content of this presumption has still to be determined in order to apply it consistent-

Les dispositions pertinentes sont l'art. 136 de la *Securities Act*, R.S.A. 1970, chap. 333 et les art. 165 et 166 de l'actuelle *Securities Act*, S.A. 1981, chap. S-61:

[TRADUCTION] **136.** (1) Est coupable d'une infraction, quiconque

. . .

b) fait une déclaration [...] fausse ou trompeuse [...] dans une demande, dans un rapport, dans un prospectus [...] qui doit être produit ou fourni ...

165(1) La Commission peut ordonner

a) que cessent toutes opérations relatives à des valeurs mobilières pendant la période précisée dans l'ordonnance, ou

b) qu'une personne ou une société cesse d'effectuer des opérations relatives à des valeurs mobilières ou à des valeurs mobilières désignées pendant la période précisée dans l'ordonnance.

(2) La Commission ne doit pas prendre d'ordonnance aux termes du paragraphe (1) sans audition.

166(1) La Commission peut ordonner que l'une ou l'autre des exemptions prévues aux articles 65, 66, 107, 115, 116, 132 et 133 ou dans le Règlement ne s'applique pas à la personne ou à la société désignée dans l'ordonnance.

(2) La Commission ne doit pas rendre d'ordonnance aux termes du paragraphe (1) sans tenir d'audition.

La règle fondamentale d'interprétation des lois selon laquelle les lois ne devraient pas être interprétées de manière à avoir un effet rétroactif, a été réitérée dans l'arrêt récent de cette Cour *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256. Cet arrêt portait toutefois sur l'effet rétroactif de dispositions de nature procédurale par opposition à des dispositions de fond. La présente affaire soulève un aspect différent du problème de la rétroactivité.

Bien que la présomption de non-rétroactivité soit claire, il semble y avoir beaucoup de confusion dans la doctrine et la jurisprudence sur ce que constitue un effet rétroactif. Michel Krauss dans «Réflexions sur la rétroactivité des lois» (1983), 14 *R.G.D.* 287 fait remarquer à la p. 291:

... il y a unanimité lorsqu'il s'agit de reconnaître la vigueur actuelle de la «règle de non-rétroactivité». Toutefois, pour pouvoir appliquer précisément et avec constance cette présomption, encore faut-il en cerner le

ly and precisely. In our opinion, this concept is not precisely defined in our law.

Pierre-André Côté (*The Interpretation of Legislation in Canada* (1984)) wrote on the subject of the application of the rule against retroactive application of laws at p. 91:

> Examination of the case law reveals a great number of judgments based on general principles. It is difficult to discern a logical thread in this panoply of decisions that are difficult to reconcile.

This Court has had the opportunity to consider the matter of the retrospective application of laws. In *Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437, Estey J. dealt with the issue of retrospectivity by scrutinizing the intent behind the particular piece of legislation. He stated at p. 448 that "each statute must, for the purpose of its interpretation, stand on its own and be examined according to its terminology and the general legislative pattern it establishes". In *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, Dickson J. (as he then was) stated the general principle with respect to retrospectivity of enactments at p. 279:

> The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act. An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enactment. In those instances the statute operates retrospectively.

The so-called presumption against retrospectivity applies only to prejudicial statutes. It does not apply to those which confer a benefit. As Elmer Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), explains at p. 198:

> . . . there are three kinds of statutes that can properly be said to be retrospective, but there is only one that attracts the presumption. First, there are the statutes that attach benevolent consequences to a prior event; they do not attract the presumption. Second, there are those that attach prejudicial consequences to a prior

contenu. Nous croyons justement que ce concept n'est pas précis en notre droit.

Pierre-André Côté (*Interprétation des lois* (1982)) a écrit ceci au sujet de l'application de la règle de non-rétroactivité des lois à la p. 100:

> L'examen de la jurisprudence en matière d'effet de la loi dans le temps fait voir une multitude de décisions rendues sur le fondement de quelques principes très généraux et dont chacune paraît un cas d'espèce. Les décisions particulières sont souvent difficiles à réconcilier sur un plan logique . . .

Cette Cour a eu l'occasion d'examiner la question de l'application rétroactive des lois. Dans l'arrêt *Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437, le juge Estey a analysé la question de la rétroactivité en examinant l'intention qui sous-tend la disposition législative visée. Il a dit à la p. 448 que «chaque loi doit être complète en elle-même et se lire en fonction de sa terminologie propre et du plan législatif général qu'elle met en place». Dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a énoncé le principe général relatif à la rétroactivité des textes législatifs à la p. 279:

> Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation. Une disposition modificatrice peut prévoir qu'elle est censée être entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption, ou qu'elle porte uniquement sur les transactions conclues avant son adoption. Dans ces deux cas, elle a un effet rétroactif.

Ce qu'on appelle la présomption de non-rétroactivité ne s'applique qu'aux lois qui ont un effet préjudiciable. Elle ne s'applique pas à celles qui confèrent un avantage. Elmer Driedger, explique dans *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), à la p. 198:

> [TRADUCTION] Il y a trois sortes de lois que l'on peut, à proprement parler, qualifier de rétroactives, mais il n'y en a qu'une qui donne lieu à la présomption. Premièrement, il y a les lois qui rattachent des conséquences bienfaisantes à un événement antérieur; elles ne donnent pas lieu à la présomption. Deuxièmement, il y a celles

event; they attract the presumption. Third, there are those that impose a penalty on a person who is described by reference to a prior event, but the penalty is not intended as further punishment for the event; these do not attract the presumption.

A sub-category of the third type of statute described by Driedger is enactments which may impose a penalty on a person related to a past event, so long as the goal of the penalty is not to punish the person in question, but to protect the public. This distinction was elaborated in the early case of *R. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195, where Cockburn C.J. wrote at p. 199:

> If one could see some reason for thinking that the intention of this enactment was merely to aggravate the punishment for felony by imposing this disqualification in addition, I should feel the force of Mr. Poland's argument, founded on the rule which has obtained in putting a construction upon statutes—that when they are penal in their nature they are not to be construed retrospectively, if the language is capable of having a prospective effect given to it and is not necessarily retrospective. But here the object of the enactment is not to punish offenders, but to protect the public against public-houses in which spirits are retailed being kept by persons of doubtful character ... the legislature has categorically drawn a hard and fast line, obviously with a view to protect the public, in order that places of public resort may be kept by persons of good character; and it matters not for this purpose whether a person was convicted before or after the Act passed, one is equally bad as the other and ought not to be intrusted with a licence.

In *Re A Solicitor's Clerk*, *supra*, a statute concerning the practice of law by solicitors was amended so as to enable an order disqualifying a person from acting as a solicitor's clerk if such person had been convicted of larceny, embezzlement or fraudulent conversion of property. A clerk who had been convicted of one of those offenses before the coming into effect of the new law, contested his disqualification on the basis that the law was being given a retrospective effect. The Court of Queen's Bench dismissed these arguments. Lord Goddard C.J. found that there was no

qui rattachent des conséquences préjudiciables à un événement antérieur; elles donnent lieu à la présomption. Troisièmement, il y a celles qui imposent une peine à une personne qui est décrite par rapport à un événement antérieur, mais la peine n'est pas destinée à constituer une autre punition pour l'événement; elles ne donnent pas lieu à la présomption.

Une sous-catégorie du troisième type de lois décrit par Driedger est composée des textes législatifs qui peuvent imposer à une personne une peine liée à un événement passé en autant que le but de la peine n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public. Cette distinction a été élaborée dans un arrêt ancien, *R. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195, dans lequel le juge en chef Cockburn a écrit à la p. 199:

> [TRADUCTION] Si on pouvait trouver une raison pour penser que l'intention de ce texte législatif était simplement d'augmenter la peine à l'égard d'une infraction majeure en y ajoutant cette interdiction, je serais sensible à la force de l'argument de M. Poland, qui est fondé sur la règle d'interprétation des lois selon laquelle, lorsqu'elles sont de nature pénale, elles ne peuvent être interprétées rétroactivement, si le texte peut avoir un effet pour l'avenir et n'est pas nécessairement rétroactif. Toutefois, en l'espèce, le but du texte législatif n'est pas de punir les contrevenants, mais de protéger le public contre la possibilité que des débits d'alcool soient tenus par des personnes de mœurs douteuses [...] le Parlement a de façon catégorique adopté une position ferme, de toute évidence pour protéger le public, afin que les endroits publics puissent être tenus par des personnes de bonnes mœurs, et il n'est pas important à cette fin de savoir si une personne a été déclarée coupable avant ou après l'adoption de la loi, car elle est tout aussi mauvaise dans un cas comme dans l'autre et ne devrait pas recevoir de permis.

Dans l'arrêt *Re A Solicitor's Clerk*, précité, une loi concernant l'exercice de la profession d'avocat avait été modifiée de manière à autoriser une ordonnance empêchant une personne d'agir à titre de clerc d'avocat si cette personne avait été déclarée coupable de vol, d'abus de confiance ou de détournement de biens. Un clerc, qui avait été déclaré coupable de l'une de ces infractions avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, avait contesté son exclusion parce que l'on donnait à la loi un effet rétroactif. La Court of Queen's Bench a rejeté ces arguments. Le juge en chef, Lord

retrospective effect since the real aim of the law was prospective and aimed at protecting the public. He wrote at p. 619:

In my opinion, however, this Act is not in truth retrospective. It enables an order to be made disqualifying a person from acting as a solicitor's clerk in the future and what happened in the past is the cause or reason for the making of the order; but the order has no retrospective effect. It would be retrospective if the Act provided that anything done before the Act came into force or before the order was made should be void or voidable or if a penalty were inflicted for having acted in this or any other capacity before the Act came into force or the order was made. This Act simply enables a disqualification to be imposed for the future which in no way affects anything done by the appellant in the past.

Elmer Driedger summarizes the point in "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at p. 275:

In the end, resort must be had to the object of the statute. If the intent is to punish or penalize a person for having done what he did, the presumption applies, because a new consequence is attached to a prior event. But if the new punishment or penalty is intended to protect the public, the presumption does not apply.

Stevenson J.A. of the Court of Appeal likened the situation in the present appeal to that in the *Re A Solicitor's Clerk* case at p. 229:

In my view the principle in the **Solicitor's Clerk** case is indistinguishable. An additional power is given to the Commission—based on previous conduct. A new punishment cannot be added but that is not the nature of the office of ss. 166 and 167. It is the same office that the **Solicitor's Clerk** case deals with, namely to provide a disqualification based on past conduct which may show unfitness for the exemption.

The present case involves the imposition of a remedy, the application of which is based upon conduct of the appellant before the enactment of ss. 165 and 166. Nonetheless, the remedy is not designed as a punishment for that conduct. Rather, it serves to protect members of the public.

The fact that the relief is not really punitive in nature is supported by the conclusion of Stevenson J.A. that the imposition of the new remedy did not

Goddard, a conclu qu'il n'y avait pas d'effet rétroactif, étant donné que le but réel de la loi était prospectif et visait la protection du public. Il écrit à la p. 619:

[TRADUCTION] À mon avis, cette loi n'est pas véritablement rétroactive. Elle permet de rendre une ordonnance empêchant une personne d'agir à titre de clerc d'avocat dans l'avenir et ce qui s'est produit dans le passé constitue la cause ou la raison de l'ordonnance; mais l'ordonnance n'a pas d'effet rétroactif. Elle serait rétroactive si la loi déclarait nulle ou annulable une chose faite avant l'entrée en vigueur de la loi ou avant l'ordonnance ou imposait une peine pour avoir agi à tel titre avant que l'entrée en vigueur de la loi ou avant l'ordonnance. La loi permet simplement l'exclusion pour l'avenir, ce qui n'a aucun d'effet sur ce que l'appelant a fait dans le passé.

Elmer Driedger résume la question dans «Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264, à la p. 275:

[TRADUCTION] Finalement, il faut se tourner vers l'objet de la loi. Si l'intention est de punir ou de pénaliser une personne pour ce qu'elle a fait, la présomption joue, parce qu'une nouvelle conséquence se rattache à un événement antérieur. Toutefois, si la nouvelle punition ou peine est destinée à protéger le public, la présomption ne joue pas.

Le juge Stevenson de la Cour d'appel a comparé la situation de la présente affaire à celle de l'affaire *Re A Solicitor's Clerk* à la p. 229:

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut établir de distinction avec le principe énoncé dans l'arrêt **Solicitor's Clerk**. Un pouvoir additionnel est accordé à la Commission, fondé sur la conduite antérieure. Une nouvelle peine ne peut être ajoutée mais ce n'est pas le rôle des art. 166 et 167. L'arrêt **Solicitor's Clerk** portait sur le même rôle, c'est-à-dire prévoir une exclusion fondée sur la conduite passée qui peut démontrer l'incapacité en ce qui a trait à l'exemption.

La présente affaire concerne un redressement dont l'application est fondée sur la conduite de l'appelant avant l'adoption des art. 165 et 166. Néanmoins, le redressement n'est pas conçu comme une peine liée à cette conduite. Il vise plutôt à protéger le public.

Le fait que ce redressement ne soit pas véritablement de nature punitive est appuyé par la conclusion du juge Stevenson selon laquelle l'imposi-

lie at the root of the appellant's concern in this matter at p. 229:

In essence, the appellants fear the stigma arising from a finding that they did, or failed to do, what is alleged in the hearing notice. That root concern was well illustrated by the suggestion made in argument that neither would be particularly aggrieved by the remedy being imposed against them, indeed they could accept the remedies, but were concerned about the finding of wrong doing.

The provisions in question are designed to disqualify from trading in securities those persons whom the Commission finds to have committed acts which call into question their business integrity. This is a measure designed to protect the public, and it is in keeping with the general regulatory role of the Commission. Since the amendment at issue here is designed to protect the public, the presumption against the retrospective effect of statutes is effectively rebutted.

In the result, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Wheatley, Sadownik, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

tion du nouveau redressement n'était pas la préoccupation fondamentale de l'appelant en l'espèce à la p. 229:

[TRADUCTION] Essentiellement, les appelants craignent d'être marqués par une décision indiquant qu'ils ont fait ou omis de faire ce qui est allégué dans l'avis d'audition. Cette préoccupation fondamentale est bien illustrée par la déclaration faite dans l'argumentation, selon laquelle ils se souciaient moins du redressement imposé contre eux, car ils pouvaient accepter le redressement, que de la possibilité d'une conclusion sur l'illégalité.

Les dispositions en question sont destinées à empêcher les personnes que la Commission trouve coupables d'avoir accompli des actes qui mettent en doute leur intégrité commerciale, d'effectuer des opérations relatives à des valeurs mobilières. Il s'agit d'une mesure destinée à protéger le public et elle est conforme au rôle général de réglementation de la Commission. Étant donné que la modification contestée en l'espèce est destinée à protéger le public, la présomption de non-rétroactivité de la loi est en fait repoussée.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Wheatley, Sadownik, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakai Indian Band, also known as the Cape Mudge Indian Band (*Defendants*) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen (*Defendant*) *Respondent*

and

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakum Indian Band, also known as the Campbell River Indian Band (*Plaintiffs*) *Respondents*

INDEXED AS: ROBERTS *v.* CANADA

File No.: 20377.

1988: June 13; 1989: March 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Dispute between Indian bands relating to use and occupation of a reserve — Plaintiff band seeking declaration against Crown that it had the right to use and occupy the reserve and seeking a permanent injunction against defendant band restraining its members from trespassing on the reserve — Whether Federal Court has jurisdiction to hear the claim — ITO test applied — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(3)(c).

Constitutional law — Laws of Canada — Law of aboriginal title — Whether law of aboriginal title a "law of Canada" within the meaning of s. 101 of the Constitution Act, 1867.

Indians — Law of aboriginal title — Whether law of aboriginal title is federal common law.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivis en leur propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakai, connue aussi sous le nom de bande indienne de Cape Mudge (*Défendeurs*) *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*) *Intimée*

et

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakum, connue aussi sous le nom de bande indienne de Campbell River (*Demandeurs*) *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ROBERTS *c.* CANADA

N° du greffe: 20377.

1988: 13 juin; 1989: 9 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson et Le Dain*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Différend entre bandes indiennes concernant l'usage et l'occupation d'une réserve — La bande demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne portant qu'elle a le droit d'utiliser et d'occuper la réserve, ainsi qu'une injonction permanente enjoignant à la bande défenderesse et à ses membres de cesser de violer son droit de propriété sur la réserve — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre la demande? — Application du critère de l'arrêt ITO — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 17(3)c).

Droit constitutionnel — Lois du Canada — Droit applicable au titre aborigène — Le droit applicable au titre aborigène est-il une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867?

Indiens — Droit applicable au titre aborigène — Le droit applicable au titre aborigène est-il de la common law fédérale?

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

This appeal is to determine whether the Federal Court has jurisdiction to hear the trespass action brought by the plaintiff Band against the defendant Band. The dispute revolves around the determination as to which Band has the right to the use and occupation of the Quinsam Indian Reserve. In its statement of claim filed in the Federal Court, Trial Division, the plaintiff Band alleged that the Crown breached its fiduciary duty to protect and preserve the Band's interest in that Reserve and that the Reserve is and always has been set aside for its exclusive use and benefit. It further alleged that the Crown was also in breach of the statutory duties owed to it under the various provisions of the *Indian Act*. It asserted that the defendant Band had no lawful right to use or occupy that Reserve and sought a permanent injunction to restrain it from doing so. The defendant Band brought a motion for an order pursuant to the Rules of the Federal Court to have the action against it dismissed for want of jurisdiction in the Federal Court to grant the relief sought. The trial judge denied the motion and his order was upheld on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The Federal Court has jurisdiction to hear the present claim. Jurisdiction in the Federal Court depends on there being: (1) a statutory grant of jurisdiction by Parliament; (2) an existing body of federal law, essential to the disposition of the case, which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867* on which the case is based. The second and third elements of the test overlap. The second element requires a general body of federal law covering the area of the dispute—here, the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands. The third element requires that the specific law, which will be resolutive of the dispute, be "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. Federal legislative competence over a subject matter is not enough to satisfy the third branch of the test. There must be an existing federal law, whether statute, regulation or common law.

In this case, these requirements were met. Section 17(3)(*c*) of the *Federal Court Act* conferred the necessary jurisdiction. This section requires (a) a proceeding, (b) to determine a dispute, (c) where the Crown is or may be under an obligation, (d) in respect of which there are or may be conflicting claims. A proceeding is

Ce pourvoi vise à déterminer si la Cour fédérale a compétence pour entendre l'action en violation du droit de propriété intentée par la bande demanderesse contre la bande défenderesse. Il s'agit de déterminer quelle bande a le droit d'utiliser et d'occuper la réserve indienne Quinsam. Dans sa déclaration produite en Division de première instance de la Cour fédérale, la bande demanderesse allègue que la Couronne a violé l'obligation de fiduciaire qu'elle avait de protéger son intérêt dans cette réserve et que la réserve est et a toujours été mise de côté pour son usage et son profit exclusifs. Elle allègue en outre que la Couronne a également violé les obligations que les diverses dispositions de la *Loi sur les Indiens* lui imposent à son égard. Elle affirme que la bande défenderesse n'a aucun droit légitime d'utiliser ou d'occuper la réserve et demande une injonction permanente qui l'empêcherait de le faire. La bande défenderesse a déposé une requête visant à obtenir, conformément aux Règles de la Cour fédérale, une ordonnance rejetant l'action intentée contre elle pour le motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour accorder le redressement demandé. Le juge de première instance a rejeté la requête et son ordonnance a été confirmée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour fédérale a compétence pour entendre la présente demande. La compétence de la Cour fédérale est fonction: (1) d'une attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; (2) de l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et (3) d'«une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sur laquelle est fondée l'affaire. Il y a chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère. Le deuxième exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves. Le troisième exige que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence législative fédérale sur une matière n'est pas suffisante pour satisfaire au troisième volet du critère. Il doit y avoir du droit fédéral applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*.

En l'espèce, ces conditions sont remplies. L'alinéa 17(3)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale* accorde la compétence nécessaire. Cet alinéa exige a) une procédure b) aux fins de juger une contestation c) dans laquelle la Couronne a ou peut avoir une obligation d) qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires.

certainly involved to determine the dispute between the two Bands and there are conflicting claims to an obligation owed by the federal Crown. Each Band claims that the Crown, which holds the underlying title to the land, owes to it alone the obligation to hold the land comprising the Quinsam Indian Reserve for its exclusive use and occupancy.

"Laws of Canada" are exclusively required for the disposition of this appeal, namely the relevant provisions of the *Indian Act* which codify the pre-existing duties of the Crown toward the Indians, the act of the federal executive pursuant to the *Indian Act* in setting aside the reserve in issue for the use and occupancy of one or other of the two claimant Bands, and the common law of aboriginal title which underlies the fiduciary obligations of the Crown to both Bands. The remaining two elements of the test are accordingly satisfied.

Cases Cited

Applied: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; **referred to**: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437; *The Queen v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.* (1987), 76 N.S.R. (2d) 398; *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 101.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11, s. 24.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (3)(*c*).
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 18(1).

Authors Cited

Evans, J. M. "Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124.
Hogg, Peter W. "Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550.

Il est certainement question d'une procédure visant à trancher le différend entre les deux bandes et il y a des demandes contradictoires à l'égard d'une obligation due par la Couronne fédérale. Chaque bande prétend que la Couronne, qui détient le titre de propriété sous-jacent des terres, a envers elle seule l'obligation de détenir les terres formant la réserve indienne Quinsam pour son usage et son occupation exclusifs.

Seules les «lois du Canada» sont requises pour résoudre le présent pourvoi, savoir les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, qui codifient les obligations préexistantes de la Couronne envers les Indiens, l'acte que l'exécutif fédéral a accompli conformément à la *Loi sur les Indiens* en mettant de côté la réserve en cause pour l'usage et l'occupation de l'une ou de l'autre des deux bandes requérantes, et la *common law* du titre aborigène qui sous-tend les obligations de fiduciaire qu'a la Couronne envers les deux bandes. Les deux autres éléments du critère sont en conséquence respectés.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés**: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437; *La Reine c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.* (1987), 76 N.S.R. (2d) 398; *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 101.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1970, chap. E-11, art. 24.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 17(1), (3)*c*).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18(1).

Doctrine citée

Evans, J. M. «Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation» (1981), 59 *R. du B. can.* 124.
Hogg, Peter W. «Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?» (1977), 55 *R. du B. can.* 550.

Laskin, John B. and Robert J. Sharpe. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction" (1980), 30 *U. of T.L.J.* 283.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 535, 73 N.R. 234, [1987] 2 C.N.L.R. 145, affirming a judgment of the Trial Division, [1987] 1 F.C. 155, 5 F.T.R. 13. Appeal dismissed.

John McAlpine, *Q.C.*, and *David Paterson*, for the appellants.

M. R. V. Storrow, *Q.C.*, and *Lewis Harvey*, for the respondents Roberts *et al.*

H. J. Wruck, for the respondent Her Majesty the Queen.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue in this appeal is whether the Federal Court of Canada has jurisdiction to hear the trespass action brought by the respondent Indian Band against the appellant Indian Band. Her Majesty the Queen ("the Crown") was impleaded in the dispute the purpose of which is to determine which of the two Bands is entitled to the exclusive use and occupation of the Indian Reserve known as the Quinsam Indian Reserve.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal (Hugessen, Urie JJ., concurring reasons by MacGuigan J.) delivered on March 2, 1987, [1987] 2 F.C. 535, 73 N.R. 234, [1987] 2 C.N.L.R. 145, dismissing an appeal from the judgment of Joyal J. in the Federal Court, Trial Division, delivered on July 21, 1986, [1987] 1 F.C. 155, 5 F.T.R. 13. Joyal J. found that the Federal Court did have jurisdiction to hear the claim. The Court of Appeal agreed but the majority found the jurisdiction in a different section of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, from the trial judge.

1. The Facts

The plaintiffs are members of the Wewayakum Indian Band, also known as the Campbell River

Laskin, John B. and Robert J. Sharpe. «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction» (1980), 30 *U. of T.L.J.* 283.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 535, 73 N.R. 234, [1987] 2 C.N.L.R. 145, qui a confirmé un jugement de la Division de première instance, [1987] 1 C.F. 155, 5 F.T.R. 13. Pourvoi rejeté.

John McAlpine, *c.r*, et *David Paterson*, pour les appelants.

M. R. V. Storrow, *c.r.*, et *Lewis Harvey*, pour les intimés Roberts et autres.

H. J. Wruck, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question litigieuse dans ce pourvoi est de savoir si la Cour fédérale du Canada a compétence pour entendre une action en violation du droit de propriété intentée par la bande indienne intimée contre la bande indienne appelante. Sa Majesté la Reine («la Couronne») a été jointe au litige qui a pour objet d'établir laquelle des deux bandes a droit à l'usage et à l'occupation exclusifs de la réserve indienne connue sous le nom de réserve indienne Quinsam.

Cette Cour a accordé une autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Hugessen et Urie, le juge MacGuigan ayant rédigé des motifs concordants) rendu le 2 mars 1987, [1987] 2 C.F. 535, 73 N.R. 234, [1987] 2 C.N.L.R. 145, qui a rejeté un appel du jugement rendu le 21 juillet 1986 par le juge Joyal de la Division de première instance de la Cour fédérale, [1987] 1 C.F. 155, 5 F.T.R. 13. Le juge Joyal a conclu que la Cour fédérale avait compétence pour entendre la demande. La Cour d'appel est arrivée à la même conclusion, mais les juges formant la majorité ont fondé la compétence sur une autre disposition de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10.

1. Les faits

Les demandeurs sont des membres de la bande indienne Wewayakum, également connue sous le

Indian Band (the "Plaintiff Band"), suing on behalf of all past, present and future members of the Band, which principally resides on Campbell River Indian Reserve Number 11 ("Reserve No. 11") located at Campbell River, British Columbia. The defendants are members of the Wewayakai Indian Band, also known as the Cape Mudge Indian Band (the "Defendant Band"), acting on behalf of all past, present and future members of the Band, which partially resides on Cape Mudge Indian Reserve Number 10 ("Reserve No. 10") located on Quadra Island, British Columbia and partially on the Reserve which is the subject of the dispute, the Quinsam Indian Reserve ("Reserve No. 12"). The Plaintiff Band alleges that the Defendant Band is trespassing on Reserve No. 12 and wants a permanent injunction to put an end to such trespassing. It also seeks a declaration that Reserve No. 12 is and always has been, since its establishment as a reserve, set aside for its exclusive use and benefit.

nom de bande indienne de Campbell River (la «bande demanderesse») et ils poursuivent au nom de tous les membres anciens, actuels et futurs de la bande qui réside principalement sur la réserve indienne nº 11 de Campbell River («réserve nº 11») située à Campbell River (Colombie-Britannique). Les défendeurs sont des membres de la bande indienne Wewayakai, également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge (la «bande défenderesse»), et ils agissent au nom de tous les membres anciens, actuels et futurs de la bande qui réside en partie sur la réserve indienne nº 10 de Cape Mudge («réserve nº 10») située dans l'île Quadra (Colombie-Britannique) et en partie sur la réserve qui fait l'objet du litige, la réserve indienne Quinsam («réserve nº 12»). La bande demanderesse allègue que la bande défenderesse viole son droit de propriété sur la réserve nº 12 et elle demande une injonction permanente qui mettrait fin à cette violation. Elle demande également une déclaration portant que la réserve nº 12 est et a toujours été, depuis son établissement en tant que réserve, mise de côté pour son usage et son profit exclusifs.

The confusion concerning the rightful use and occupation of Reserve No. 12 dates back to the nineteenth century. By Order in Council dated April 6, 1888 the Lieutenant-Governor of British Columbia approved the recommendation of the Executive Council that "the Dominion Government be requested to sanction the appointment of Ashdown H. Green Esq. C.E., to proceed without delay to Campbell River with authority to determine the extent and boundaries of the Indian Reserve at that place". The federal government subsequently approved that recommendation. Ashdown Green proceeded without delay to Campbell River, consulted with some members of the Defendant Band, and surveyed two reserves. His surveys were completed on May 4, 1888 and were reported to the Superintendent of Indian Affairs on May 28, 1888. They included the settling of the boundaries of Reserve No. 11 and Reserve No. 12. According to the facts set out by both the Crown and the Defendant Band, the report of Ashdown Green confirmed that the lands comprising the surveyed reserves had been set aside for the use and benefit of the Defendant Band.

La confusion quant à l'usage et à l'occupation légitimes de la réserve nº 12 remonte au XIXe siècle. Par décret en date du 6 avril 1888, le lieutenant-gouverneur de la Colombie-Britannique a approuvé la recommandation du conseil exécutif portant que [TRADUCTION] «il soit demandé au gouvernement du Dominion d'approuver la nomination d'Ashdown H. Green pour qu'il se rende sans délai à Campbell River muni du pouvoir de déterminer l'étendue et les limites de la réserve indienne à cet endroit». Le gouvernement fédéral a par la suite approuvé cette recommandation. Ashdown Green s'est rendu sans délai à Campbell River, a consulté quelques membres de la bande défenderesse et a effectué les levés de deux réserves. Ses levés ont été complétés le 4 mai 1888 et transmis au surintendant des Affaires indiennes le 28 mai 1888. Ils comprenaient l'établissement des limites de la réserve nº 11 et de la réserve nº 12. Suivant les faits exposés tant par la Couronne que par la bande défenderesse, le rapport d'Ashdown Green confirmait que les terres des réserves ayant fait l'objet des levés avaient été mises de côté pour l'usage et le profit de la bande défenderesse.

On September 24, 1912 the Governments of Canada and British Columbia entered into an agreement appointing a commission known as the McKenna-McBride Commission to settle all differences between the two governments respecting Indian lands and Indian affairs generally in the province of British Columbia. The Commission ordered on August 14, 1914 that "the Indian Reserves of the ... Wewayakum Band numbered 11 and 12 ... BE CONFIRMED as now fixed and determined ..." This decision was included in the McKenna-McBride Report of 1916, which Report was confirmed by Orders in Council of the governments of both British Columbia and Canada. According to the Crown, this reference to the Wewayakum Band, in so far as it refers to Reserve No. 12, was made by error or inadvertence. The Defendant Band claims that Mr. Green in fact set aside the reserves for it alone.

The dispute in the case thus revolves around the determination of which Band has the right to the use and occupation of Reserve No. 12. The Plaintiff Band alleges that the Crown has breached its fiduciary duty to protect and preserve the interest of the Plaintiff Band in Reserve No. 12 and to ensure that the Reserve is not utilized for any use or purpose incompatible with its interest. The Plaintiff Band further alleges that the Crown is also in breach of the statutory duties owed to it under various provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. It asserts that the Defendant Band has no lawful right to use or occupy Reserve No. 12 and seeks a permanent injunction to restrain it from doing so.

There has thus far been no decision on the merits of the case. The Plaintiff Band filed a statement of claim in the Federal Court, Trial Division on December 2, 1985 naming Her Majesty the Queen and the Cape Mudge Indian Band as defendants. On March 11, 1986 the Defendant Band brought a motion for an Order pursuant to the Rules of the Federal Court to have the action against it dismissed for want of jurisdiction in the Federal Court to grant the relief sought. Joyal J. denied the motion and his order was upheld on

Le 24 septembre 1912, les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique ont conclu une entente constituant une commission, appelée commission McKenna-McBride, qui serait chargée de régler tous les différends entre les deux gouvernements concernant les terres et les affaires indiennes de façon générale dans la province de la Colombie-Britannique. Le 14 août 1914, la Commission a ordonné que [TRADUCTION] «les réserves indiennes de la [...] bande Wewayakum portant les numéros 11 et 12 [...] SOIENT CONFIRMÉES telles qu'elles sont maintenant fixées et établies ...» Cette décision a été incluse dans le rapport McKenna-McBride de 1916, lequel a été confirmé par des décrets des gouvernements de la Colombie-Britannique et du Canada. Selon la Couronne, cette mention de la bande Wewayakum, à propos de la réserve nº 12, a été faite par erreur ou inadvertance. La bande défenderesse prétend que M. Green a en fait mis de côté les réserves pour elle seule.

Il s'agit donc en l'espèce de déterminer quelle bande a le droit d'utiliser et d'occuper la réserve nº 12. La bande demanderesse allègue que la Couronne a violé l'obligation de fiduciaire qu'elle avait de protéger son intérêt dans la réserve nº 12 et de veiller à ce que la réserve ne soit utilisée d'aucune manière ou à aucune fin incompatible avec cet intérêt. La bande demanderesse allègue en outre que la Couronne a également violé les obligations que diverses dispositions de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, lui imposent à son égard. Elle affirme que la bande défenderesse n'a aucun droit légitime d'utiliser ou d'occuper la réserve nº 12 et demande une injonction permanente qui l'empêcherait de le faire.

Jusqu'à maintenant aucune décision n'a été rendue sur le fond de cette affaire. La bande demanderesse a déposé, le 2 décembre 1985, en Division de première instance de la Cour fédérale, une déclaration désignant comme défenderesses Sa Majesté la Reine et la bande indienne de Cape Mudge. Le 11 mars 1986, la bande défenderesse a déposé une requête visant à obtenir, conformément aux Règles de la Cour fédérale, une ordonnance rejetant l'action intentée contre elle pour le motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour

appeal. The Defendant Band appeals the issue of jurisdiction to this Court.

2. The Courts Below

Federal Court, Trial Division

Joyal J., citing such landmark cases as *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, and *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, stated that the question whether the Federal Court has jurisdiction depends on the application of a three-fold test: (1) does the *Federal Court Act* give the Court jurisdiction? (2) is the claim in relation to existing federal law? and (3) is the federal law within the legislative competence of Parliament?

Joyal J., adopting the approach suggested by Le Dain J. in *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), and by Reed J. in *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437 (T.D.), found that, in the context of the Plaintiff's case against the Crown, there was no doubt as to the jurisdiction of the Federal Court to deal with the Reserve lands. The action against the Crown was properly before the Federal Court. Since the claim against the Crown and that against the Defendant Band were closely "intertwined" (*Marshall*), and the rights and obligations of the parties were to be determined to some material extent by federal law (*Bensol*), the Federal Court had jurisdiction to hear all parts of the claim. Because the litigant must seek redress against the federal Crown in the Federal Court, "such redress should include all matters which are essential to its final determination". Joyal J. found that the *Indian Act* was the federal law which had to be applied in order to determine to a material extent the rights and obligations of the parties. He held that s. 17(1) of the *Federal Court Act* was the source of

accorder le redressement demandé. Le juge Joyal a rejeté la requête et son ordonnance a été confirmée en appel. La bande défenderesse se pourvoit devant cette Cour relativement à la question de compétence.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

Division de première instance de la Cour fédérale

Citant des arrêts de principe comme *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, ainsi que *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, le juge Joyal a dit que la question de savoir si la Cour fédérale a compétence dépend de l'application d'un triple critère: (1) la *Loi sur la Cour fédérale* donne-t-elle compétence à la cour? (2) le litige concerne-t-il une loi fédérale applicable? et (3) la loi fédérale relève-t-elle de la compétence législative du Parlement?

Adoptant le point de vue proposé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), et par le juge Reed dans la décision *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437 (D.P.I.), le juge Joyal a conclu que, dans le contexte de l'action de la demanderesse contre la Couronne, la compétence de la Cour fédérale sur les terres d'une réserve ne faisait aucun doute. L'action contre la Couronne avait été intentée à bon droit devant la Cour fédérale. Puisque la demande contre la Couronne et la demande contre la bande défenderesse étaient «étroitement liées» (*Marshall*) et que les droits et obligations des parties devaient être déterminés jusqu'à un certain point par le droit fédéral (*Bensol*), la Cour fédérale avait compétence pour entendre toutes les parties de la demande. Parce que le requérant doit s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir un redressement contre la Couronne fédérale, «ce redressement devrait viser toutes les questions qui sont essentielles pour les fins de la décision finale». Le juge Joyal a conclu que la *Loi sur les Indiens* était la loi fédérale qui devait s'appliquer pour déterminer jusqu'à un certain point les droits et obligations des parties. Il a conclu que le par. 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* était la source

the Federal Court's jurisdiction. Section 17(1) reads as follows:

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all such cases.

Federal Court of Appeal

The Federal Court of Appeal upheld the trial judge's decision. Hugessen J., with whom Urie J. concurred, preferred not to pronounce on the correctness of Joyal J.'s finding that s. 17(1) was the source of the Federal Court's jurisdiction. Instead, he found that s. 17(3)(*c*) conferred the necessary jurisdiction on the Court. In so doing he neither accepted nor rejected the reasoning in *Marshall* that s. 17(1) of the Act confers exclusive jurisdiction on the Federal Court where a claim against a private party is "intertwined" with a separate claim against the Crown. While expressing reservations that this was the law, he did not explicitly rule out the possibility.

Section 17(3)(*c*) of the *Federal Court Act* provides:

17. . . .

(3) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

. . .

(*c*) proceedings to determine disputes where the Crown is or may be under an obligation, in respect of which there are or may be conflicting claims.

According to Hugessen J., s. 17(3)(*c*) is not confined to interpleader but covers all cases where there are conflicting claims to an obligation owed by the federal Crown and in which the four requirements of s. 17(3)(*c*) are met. He found that they were met in this case. The four requirements are (1) a proceeding, (2) to determine a dispute, (3) where the Crown is or may be under an obligation, (4) in respect of which there are or may be conflicting claims. Hugessen J. found that the existing body of federal law necessary for the proper exercise of Federal Court jurisdiction con-

de la compétence de la Cour fédérale. Voici le texte du par. 17(1):

17. (1) La Division de première instance a compétence en première instance dans tous les cas où l'on demande contre la Couronne un redressement et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge de première instance. Le juge Hugessen, à l'opinion duquel a souscrit le juge Urie, a préféré ne pas se prononcer sur l'exactitude de la conclusion du juge Joyal que le par. 17(1) était la source de la compétence de la Cour fédérale. Il a plutôt conclu que l'al. 17(3)*c*) conférait à la cour la compétence nécessaire. Pour ce faire, il n'a ni accepté ni rejeté le raisonnement de la décision *Marshall* selon lequel le par. 17(1) de la Loi confère à la Cour fédérale une compétence exclusive lorsqu'une demande contre un particulier est «étroitement liée» à une demande distincte contre la Couronne. Tout en exprimant des réserves quant à savoir s'il s'agissait bien là de l'état du droit, il n'a pas explicitement écarté cette possibilité.

L'alinéa 17(3)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

17. . . .

(3) La Division de première instance a compétence exclusive pour entendre et juger en première instance les questions suivantes:

. . .

c) les procédures aux fins de juger les contestations dans lesquelles la Couronne a ou peut avoir une obligation qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires.

Suivant le juge Hugessen, l'al. 17(3)*c*) n'est pas limité à l'*interpleader*, mais il vise tous les cas où il y a des demandes contradictoires relatives à une obligation due par la Couronne fédérale et dans lesquels les quatre exigences de l'al. 17(3)*c*) sont respectées. Il a conclu qu'elles l'étaient en l'espèce. Les quatre exigences sont (1) une procédure (2) aux fins de juger une contestation (3) dans laquelle la Couronne a ou peut avoir une obligation (4) qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires. Le juge Hugessen a conclu que l'ensemble de règles de droit fédérales nécessaire

sisted of statutory law in the form of the *Indian Act* and, as well, the law of aboriginal title which, on the authority of this Court's recent judgment in *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, he found to be federal law. The Federal Court thus had jurisdiction.

MacGuigan J. held that Federal Court jurisdiction in this case could be found in either s. 17(1) or s. 17(3)(*c*). He agreed with the majority that the other two elements of the three-fold jurisdictional test were met.

3. The Issue

The essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court have been set out and expanded upon by this Court on a number of occasions. In *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, McIntyre J., speaking for the majority and drawing primarily upon this Court's judgments in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, *supra*, and in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, *supra*, summarized the test to be applied in assessing whether the Federal Court is properly seized of a matter, at p. 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

This test is well established as the one to be applied in every case where the jurisdiction of the Federal Court is in issue.

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, i.e., in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands, and the third element requires that

au bon exercice de la compétence de la Cour fédérale était composé du droit écrit qui se présentait sous la forme de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que du droit applicable au titre aborigène qui, a-t-il également conclu en se fondant sur l'arrêt récent de cette Cour *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, constitue du droit fédéral. Ainsi, la Cour fédérale avait compétence.

Le juge MacGuigan a statué que la compétence de la Cour fédérale en l'espèce pouvait se fonder soit sur le par. 17(1) soit sur l'al. 17(3)*c*). Il a convenu, avec la cour à la majorité, que les deux autres éléments du triple critère qui sert à établir la compétence étaient respectés.

3. La question en litige

Cette Cour a exposé et explicité à maintes reprises les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, le juge McIntyre, exprimant l'avis de la majorité et s'appuyant surtout sur les arrêts de cette Cour *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée* et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, précités, a résumé le critère à appliquer pour déterminer si la Cour fédérale est régulièrement saisie d'une affaire, à la p. 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce critère est bien établi comme étant celui qu'il faut appliquer dans toute affaire où la compétence de la Cour fédérale est en cause.

Bien qu'il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs

the specific law which will be resolutive of the dispute be "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. No difficulty arises in meeting the third element of the test if the dispute is to be determined on the basis of an existing federal statute. As will be seen, problems can, however, arise if the law of Canada which is relied on is not federal legislation but so-called "federal common law" or if federal law is not exclusively applicable to the issue in dispute.

In the courts below it was the first element of the test which was seen as involving the greatest degree of uncertainty. The statutory grant of jurisdiction by Parliament to the Federal Court is contained in the *Federal Court Act*. Because the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts, the language of the Act is completely determinative of the scope of the Court's jurisdiction. In the present case s. 17(1) and s. 17(3)(*c*) were advanced as capable of supporting the necessary jurisdiction. For convenience I reproduce them together:

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all such cases.

. . .

(3) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

. . .

(*c*) proceedings to determine disputes where the Crown is or may be under an obligation, in respect of which there are or may be conflicting claims.

Joyal J. found that s. 17(1) conferred the necessary jurisdiction. Hugessen and Urie JJ. found such jurisdiction in s. 17(3)(*c*) and MacGuigan J. found that either section would support it.

In finding jurisdiction in s. 17(1) Joyal J. accepted the "intertwining" basis of jurisdiction set out by Reed J. in *Marshall, supra*.

intérêts dans les terres des réserves, et le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit «une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On n'aura aucune difficulté à respecter le troisième élément du critère si le litige doit être tranché en fonction d'un texte de loi fédéral existant. Comme on le verra, des problèmes peuvent cependant surgir si la loi du Canada invoquée est non pas un texte de loi fédéral mais ce qu'on appelle de la «*common law* fédérale», ou si la loi fédérale n'est pas la seule applicable à la question en litige.

Les tribunaux d'instance inférieure ont estimé que le premier élément du critère était celui qui comportait le plus d'incertitude. L'attribution de compétence à la Cour fédérale par le Parlement se trouve dans la *Loi sur la Cour fédérale*. Parce que la Cour fédérale n'a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces, c'est le texte de la Loi qui détermine complètement l'étendue de la compétence de la cour. On a dit en l'espèce que le par. 17(1) et l'al. 17(3)*c*) pouvaient fournir la compétence nécessaire. Pour plus de commodité, je reproduis ensemble ces deux dispositions:

17. (1) La Division de première instance a compétence en première instance dans tous les cas où l'on demande contre la Couronne un redressement et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

. . .

(3) La Division de première instance a compétence exclusive pour entendre et juger en première instance les questions suivantes:

. . .

c) les procédures aux fins de juger les contestations dans lesquelles la Couronne a ou peut avoir une obligation qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires.

Le juge Joyal a conclu que le par. 17(1) conférait la compétence nécessaire. Les juges Hugessen et Urie ont conclu que cette compétence était conférée par l'al. 17(3)*c*) et le juge MacGuigan a conclu que l'une ou l'autre des deux dispositions attribuait la compétence.

En concluant que le par. 17(1) attribuait la compétence en l'espèce, le juge Joyal a accepté la notion de compétence fondée sur des demandes «étroitement liées» établie par le juge Reed dans la décision *Marshall*, précitée.

In *Marshall*, Marshall sued the Crown and the public service union alleging that she had been illegally laid off and that both defendants had colluded to achieve this. The following passage at pp. 447-48 captures the gist of Reed J.'s reasons:

The question, then, is whether subsection 17(1) confers jurisdiction on the Federal Court so as to allow a plaintiff to sue both the Crown and a subject in that Court when the cause of action against both of them is one that is as intertwined as is the case here (eg: with respect to the alleged collusion). On a plain reading of the section, such jurisdiction would appear to have been intended since the grant given is over "cases where relief is claimed against the Crown". The jurisdiction is not merely over "claims against the Crown", as a narrower interpretation would seem to require.

That Parliament intended the broader scope not only would seem to follow from the literal wording of the section but it is also a reasonable inference from the fact that certain claims against the federal Crown are to be brought exclusively in the Federal Court. It seems unlikely that Parliament would have intended to disadvantage persons, in the position of the plaintiff, by requiring them to split a unified cause of action and bring part of it in the Federal Court and part in the superior courts of the provinces. The effect of such an intention would be to subject a plaintiff, in a position similar to the plaintiff in this case, to different and possibly contradictory findings in different courts, and to place jurisdictional and cost impediments in the path of such persons if they sue the federal Crown. I do not think that such was the intention of Parliament.

Reed J. concluded at p. 449:

In the present case the claim against the Crown (employer) and the Public Service Alliance (Union) are so intertwined that findings of fact with respect to one defendant are intimately bound up with those that would have to be made with respect to the other.

Dans l'affaire *Marshall*, Marshall poursuivait la Couronne et un syndicat de la Fonction publique pour le motif qu'elle avait été illégalement congédiée et que les deux défendeurs avaient agi de connivence pour y arriver. L'extrait suivant des pp. 447 et 448 contient l'essentiel des motifs du juge Reed:

Il s'agit donc de déterminer si, en raison de la compétence conférée à la Cour fédérale par le paragraphe 17(1), un demandeur peut poursuivre en même temps la Couronne et l'un de ses sujets devant ladite Cour lorsque les causes d'action contre chacun d'eux sont aussi étroitement liées qu'en l'espèce (par exemple, en ce qui concerne la prétendue collusion). Il semble, à la simple lecture de cet article, qu'on ait voulu conférer une telle compétence puisqu'elle porte sur les «cas où l'on demande contre la Couronne un redressement». Cette compétence ne vise pas seulement les «réclamations contre la Couronne» comme semble l'exiger une interprétation plus étroite.

Que le Parlement ait eu l'intention de donner cette portée plus large à l'article est une conclusion qui non seulement semble ressortir de son libellé mais peut en outre être raisonnablement tirée du fait que certaines actions contre la Couronne fédérale doivent être intentées devant la Cour fédérale exclusivement. Il semble peu probable que le Parlement ait eu l'intention de désavantager les personnes qui se trouvent dans la situation de la demanderesse en les contraignant à diviser une cause d'action unique et à en faire valoir une partie devant la Cour fédérale et l'autre devant les tribunaux supérieurs des provinces. Si telle était l'intention du Parlement, cela aurait pour conséquence d'exposer un demandeur, se trouvant dans une situation semblable à celle de la demanderesse en l'espèce, à des conclusions différentes, et même contradictoires, devant des tribunaux différents et de créer des embûches juridictionnelles et financières à l'endroit de ces personnes si elles décidaient de poursuivre la Couronne fédérale. Je ne crois pas que c'était là l'intention du Parlement.

Le juge Reed conclut, à la p. 449:

En l'espèce, l'action contre la Couronne (employeur) et celle contre l'Alliance de la Fonction publique (syndicat) sont si entremêlées que les conclusions de fait qui seraient tirées à l'égard de l'un des défendeurs sont étroitement liées à celles qui devraient l'être quant à l'autre.

There is clearly a substantial policy component involved in the resolution of this jurisdictional problem. Practical considerations enter in and concern over the undue extension of federal court jurisdiction where the federal Crown is not the sole defendant has to be balanced against the need for the expeditious resolution of litigation at reasonable cost. *Marshall* seems to strike an appropriate balance by requiring the claim or claims against the private litigant to be inextricably linked with those against the Crown. In addition, where such link exists serious problems of *res judicata* which could arise in subsequent litigation in the provincial courts are avoided.

Le Dain J. focussed on another jurisdictional problem in *Bensol*. He was concerned about cases in which, although the claim was solely against the Crown, federal law was not exclusively applicable. To deal with this problem he introduced another modification to the strict rules governing federal court jurisdiction, stating at p. 583:

> There will inevitably be claims in which the rights and obligations of the parties will be determined partly by federal law and partly by provincial law. It should be sufficient in my opinion if the rights and obligations of the parties are to be determined to some material extent by federal law. It should not be necessary that the cause of action be one that is created by federal law so long as it is one affected by it. [Emphasis added.]

The approaches taken by Reed J. in *Marshall* and Le Dain J. in *Bensol* had found favour with several academic commentators anxious to avoid problems of fragmented jurisdiction and, in some cases, the lack of a forum in which claim and counterclaim can both be heard: see, for example, Hogg, "Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550; Laskin and Sharpe, "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction" (1980), 30 *U. of T.L.J.* 283; Evans, "Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124. The concerns expressed by advocates of this more liberal approach to Federal Court jurisdic-

La solution de ce problème de compétence fait clairement intervenir un élément de principe important. Des considérations pratiques sont en jeu et il faut établir un équilibre entre l'inquiétude que provoque l'extension indue de la compétence de la Cour fédérale lorsque la Couronne fédérale n'est pas la seule défenderesse, et la nécessité d'apporter une solution rapide aux litiges à un coût raisonnable. La décision *Marshall* semble établir un équilibre approprié en exigeant que la ou les demandes formulées contre le particulier soient étroitement liées à celles présentées contre la Couronne. En outre, l'existence de ce lien permet d'éviter les problèmes sérieux de chose jugée qui pourraient être soulevés dans des litiges subséquents devant les cours provinciales.

Le juge Le Dain s'est concentré sur un autre problème de compétence dans l'arrêt *Bensol*. Il était préoccupé par les affaires où, bien que la demande ait été dirigée seulement contre la Couronne, la loi fédérale n'était pas la seule applicable. Pour régler ce problème, il a introduit une autre modification aux règles strictes régissant la compétence de la Cour fédérale, affirmant à la p. 583:

> Des demandes se présenteront inévitablement dans lesquelles les droits et obligations des parties seront déterminés en partie par le droit fédéral et en partie par le droit provincial. Il devrait être suffisant, à mon avis, que les droits et obligations des parties soient déterminés jusqu'à un certain point par le droit fédéral. Il ne devrait pas être nécessaire que la cause d'action tire son origine du droit fédéral du moment que celui-ci lui est applicable. [Je souligne.]

Les points de vue adoptés par le juge Reed dans la décision *Marshall* et par le juge Le Dain dans l'arrêt *Bensol* avaient trouvé preneur chez plusieurs commentateurs soucieux d'éviter les problèmes de compétence fragmentée et, dans certains cas, l'absence de tribunal devant lequel une demande et une demande reconventionnelle peuvent toutes deux être entendues: voir, par exemple, Hogg, «Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?» (1977), 55 *R. du B. can.* 550; Laskin et Sharpe, «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction» (1980), 30 *U. of T.L.J.* 283; Evans, «Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation» (1981), 59 *R. du B. can.*

tion were addressed in the United States federal courts through the development of the concept of "pendent and ancillary jurisdiction". Under this concept, if a plaintiff's claims are such that he would ordinarily be expected to try them all in one judicial proceeding, then, assuming that the federal issues are substantial, there is power in the federal courts to hear all of the issues. In some ways this is an attractive concept. However, it does not appear to find support in the existing jurisprudence of this Court nor indeed in the wording of s. 101 of the *Constitution Act, 1867* which requires the jurisdiction of any court set up pursuant to that section (excepting, of course, the General Court of Appeal for Canada) to be "for the better Administration of the Laws of Canada". The fact that a claim resting on provincial law is "intertwined" with or affected by another claim determinable according to the "Laws of Canada" has been held not to bring the first claim within the jurisdiction of the Federal Court: see *The Queen v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, *per* Pigeon J., at p. 713. Whether the Federal Court could, in this case, entertain the claim of the Plaintiff Band pursuant to s. 17(1) without at least implicitly adopting a pendent and ancillary jurisdiction approach is a question which need not be answered in this case. I say that because s. 17(3)(*c*), in my view, is an independent source of jurisdiction enabling the Federal Court to hear the claim.

Section 17(3)(*c*) has no direct predecessor in the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11. The closest provision in that Act was s. 24, which provided, *inter alia*, that:

> **24.** The Court has jurisdiction ... to entertain suits for relief by way of interpleader in all cases ... in respect of which the Attorney General expects that the Crown ... will be sued or proceeded against by two or more persons making adverse claims thereto ....

124. Les tribunaux fédéraux américains ont pris en main les inquiétudes exprimées par les partisans de cette conception plus libérale de la compétence de la Cour fédérale par l'élaboration du concept de [TRADUCTION] «compétence globale et accessoire». Selon ce concept, si les demandes sont telles qu'on s'attendrait normalement à ce que le demandeur les fasse toutes valoir dans une seule procédure judiciaire, alors, à supposer que les questions litigieuses fédérales sont importantes, les tribunaux fédéraux ont le pouvoir d'entendre toutes les questions litigieuses. À certains égards, c'est un concept attrayant. Il ne paraît cependant pas trouver appui dans la jurisprudence existante de cette Cour ni même dans le texte de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui exige que la compétence de tout tribunal constitué en application de cet article (excepté évidemment la cour générale d'appel pour le Canada) vise à «assurer la meilleure exécution des lois du Canada». On a jugé que le fait qu'une demande fondée sur une loi provinciale soit «étroitement liée» à une autre demande susceptible d'être tranchée suivant les «lois du Canada» ou qu'elle soit touchée par cette autre demande n'a pas pour effet d'assujettir la première demande à la compétence de la Cour fédérale: voir *La Reine c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, le juge Pigeon, à la p. 713. Il n'est pas nécessaire de répondre ici à la question de savoir si la Cour fédérale pourrait, en l'espèce, instruire la demande de la bande demanderesse conformément au par. 17(1) sans au moins adopter implicitement une théorie de la compétence globale et accessoire. J'affirme cela parce que, à mon avis, l'al. 17(3)*c*) est une source indépendante de compétence qui habilite la Cour fédérale à entendre la demande.

L'alinéa 17(3)*c*) n'a aucun pendant direct dans la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, chap. E-11. La disposition qui s'en rapproche le plus était l'art. 24 de cette loi qui prévoyait notamment ceci:

> **24.** ... la Cour a compétence pour connaître des poursuites pour redressement par voie de question préjudicielle [*interpleader*] dans tous les cas [...] à l'égard desquels le procureur général prévoit que la Couronne [...] sera poursuivi[e] par deux personnes ou plus revendiquant ces choses contradictoirement ...

Hugessen J. in his judgment in the Federal Court of Appeal gives a description of the interpleader proceeding and notes, correctly in my view, that the instant case cannot be one of interpleader because the Crown, as titleholder to the land in issue, is far more than a mere stakeholder. Further, an interpleaded party should be a neutral one whereas in the case at bar the Crown has clearly sided with the Defendant Band. Nor were the proceedings instituted by the Crown which would be the case in interpleader situations. However, Hugessen J. went on to say, again correctly in my opinion, that the scope of s. 17(3)(*c*) is broader than the interpleader provision in the *Exchequer Court Act*. There is no explicit mention of interpleader in s. 17(3)(*c*). The description of the proceedings covered by the provision would clearly include interpleader but are not limited to that.

In my view, Hugessen J. took the right approach in analyzing s. 17(3)(*c*) itself in order to determine the scope of the jurisdiction conferred. As he pointed out, the section requires: a) a proceeding, b) to determine a dispute, c) where the Crown is or may be under an obligation, d) in respect of which there are or may be conflicting claims. Interpleader by the Crown would fit this description. Indeed, at first blush it is hard to envisage situations other than interpleader in which the requirements of s. 17(3)(*c*) will all be met. I believe, however, that the present case is one such situation. A proceeding is certainly involved to determine the dispute between the Plaintiff and Defendant Bands. The obligation owed by the Crown in this case results from the very nature of aboriginal title. This Court's most recent affirmation that the nature of the Indian interest in aboriginal lands is *sui generis* is found in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654. As noted in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, the obligation owed by the Crown in respect of lands held for the Indians is recognized in, although not created by, s. 18(1) of the *Indian Act*. The Crown must hold the land comprising Reserve No. 12 for the use and benefit of one of the Bands. The question is: which one? Finally, the case at bar falls within the wording of s. 17(3)(*c*) because the conflicting

Dans son jugement en Cour d'appel fédérale, le juge Hugessen décrit la procédure d'*interpleader* et souligne, correctement à mon avis, qu'il ne peut être question en l'espèce d'*interpleader* puisque la Couronne, en tant que détentrice du titre de propriété du bien fonds en cause, est beaucoup plus qu'un simple tiers dépositaire. En outre, une partie à un *interpleader* doit être neutre tandis qu'en l'espèce la Couronne a clairement pris fait et cause pour la bande défenderesse. Et l'action n'a pas été prise à la demande de la Couronne, ce qui serait le cas dans une procédure d'*interpleader*. Le juge Hugessen a cependant ajouté, encore une fois correctement à mon avis, que la portée de l'al. 17(3)*c*) est plus large que la disposition en matière d'*interpleader* de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*. L'alinéa 17(3)*c*) ne comporte aucune mention explicite de l'*interpleader*. La description des procédures visées par la disposition comprendrait clairement l'*interpleader* mais n'y est pas limitée.

À mon avis, le juge Hugessen a procédé de la bonne manière en analysant l'al. 17(3)*c*) lui-même pour déterminer la portée de la compétence attribuée. Comme il l'a signalé, l'alinéa exige a) une procédure b) aux fins de juger une contestation c) dans laquelle la Couronne a ou peut avoir une obligation d) qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires. Une procédure d'*interpleader* entamée par la Couronne répondrait bien à cette description. Il est même difficile à première vue d'envisager des situations autres que la procédure d'*interpleader* où toutes les exigences de l'al. 17(3)*c*) seraient respectées. Je crois cependant que nous sommes en présence d'une telle situation en l'espèce. Il est certainement question d'une procédure visant à trancher le différend entre la bande demanderesse et la bande défenderesse. L'obligation à laquelle est tenue la Couronne en l'espèce découle de la nature même du titre aborigène. L'affirmation la plus récente de cette Cour que le droit des Indiens sur leurs terres est de nature *sui generis* se trouve dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654. Tel que souligné dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, l'obligation qu'a la Couronne à l'égard des terres détenues pour les Indiens est reconnue au par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, bien qu'elle ne soit pas créée par ce paragraphe. La Couronne

claims are undoubtedly in respect of the Crown's obligation. Each Band claims that the Crown, which holds the underlying title to the land, owes to it alone the obligation to hold the land for its exclusive use and occupancy.

My conclusion that s. 17(3)(*c*) of the *Federal Court Act* confers jurisdiction on the Federal Court to deal with the issues in this case is, of course, premised on the constitutionality of the section. In *Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.* (1987), 76 N.S.R. (2d) 398, the Nova Scotia Court of Appeal held that the exclusive jurisdiction of the Federal Court with respect to claims against the federal Crown, as a result of which the federal Crown can sue the subject in the provincial superior courts but the subject cannot sue the Crown in these courts, infringes the guarantee of equality before the law contained in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Leave to appeal that decision to this Court was granted on July 29, 1987, [1987] 2 S.C.R. ix. No constitutional challenge was, however, raised in this case.

Having found that the first element in the *ITO* test is satisfied, i.e., that there is a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court, I turn now to the two remaining elements. The second element is that there be an existing body of federal law essential to the disposition of the case which nourishes the statutory grant of jurisdiction. The Federal Court of Appeal found that body of federal law in a combination of the law concerning aboriginal title and the provisions of the *Indian Act*. Hugessen J. concluded that the aboriginal title must be in either the Plaintiff or Defendant Band and is essential to the disposition of the appeal. He noted that while the *Indian Act* did not create the right to possession of reserve lands, the provisions of that Act which deal with that right would be essential elements in the disposition of

doit détenir les terres formant la réserve nº 12 pour l'usage et le profit de l'une des bandes. La question est de savoir laquelle. Enfin, la présente affaire relève du texte de l'al. 17(3)*c*) parce que les demandes contradictoires visent sans aucun doute l'obligation de la Couronne. Chaque bande prétend que la Couronne, qui détient le titre de propriété sous-jacent des terres, a envers elle seule l'obligation de détenir les terres pour son usage et son occupation exclusifs.

Ma conclusion que l'al. 17(3)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale* attribue à la Cour fédérale compétence pour examiner les questions litigieuses en l'espèce est évidemment fondée sur la constitutionnalité de cette disposition. Dans l'arrêt *Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.* (1987), 76 N.S.R. (2d) 398, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la compétence exclusive de la Cour fédérale à l'égard de demandes contre la Couronne fédérale, qui fait que la Couronne fédérale peut poursuivre le sujet devant les cours supérieures d'une province mais que le sujet ne peut poursuivre la Couronne devant ces mêmes cours, viole la garantie d'égalité devant la loi contenue à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une autorisation de se pourvoir contre cet arrêt devant la Cour a été accordée le 29 juillet 1987, [1987] 2 R.C.S. ix. Aucune contestation constitutionnelle n'a cependant été soulevée en l'espèce.

Ayant conclu que le premier élément du critère de l'arrêt *ITO* est respecté, c.-à-d. qu'un texte de loi accorde compétence à la Cour fédérale, je passe maintenant aux deux autres éléments. Le deuxième élément est qu'il doit y avoir un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. La Cour d'appel fédérale a dégagé cet ensemble de règles de droit fédérales d'une combinaison du droit applicable au titre aborigène et des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Le juge Hugessen a conclu que le titre aborigène doit être dévolu soit à la bande demanderesse soit à la bande défenderesse et qu'il est essentiel à la solution de l'appel. Il a noté que, bien que la *Loi sur les Indiens* n'ait pas créé le droit à la possession des terres d'une

the case on the merits. He further found that it was beyond question that both the *Indian Act* and the law of aboriginal title are "Laws of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, thus satisfying the third and final component of the *ITO* test.

In this Court the Plaintiff Band conceded that its claim was not based upon aboriginal title, but contended that such title would be relevant to the determination of the right to occupation of the reserve. While I do not disagree with Hugessen J.'s conclusion that both the law of aboriginal title and the provisions of the *Indian Act* are relevant in the present case, I do not believe that this is adequate to satisfy the third requirement of the test for Federal Court jurisdiction, namely that the claim itself be "based" upon "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The right to the use and occupancy of reserve lands flows from the *sui generis* nature of Indian title. However, where the issue in the case is which of two claimant Bands has the right to use and occupy a particular reserve, we have to go to other sources for an answer. One of these sources is the executive act which originally established the Indian reserve and allotted it either through the Ashdown Green report or the McKenna-McBride Commission Report to one or other of the claimant Bands. Other sources we must look at are the provisions of the *Indian Act* which, while not constitutive of the obligations owed to the Indians by the Crown, codify the pre-existing duties of the Crown toward the Indians. Still another source is the common law relating to aboriginal title which underlies the fiduciary nature of the Crown's obligations. It is interesting to note that Hugessen J. relied on s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and on *Derrickson* for his statement that "it cannot be seriously argued that the law of aboriginal title is today anything other than existing federal law" (p. 540). The reference is to the conclusion of Chouinard J., writing for the Court

réserve, les dispositions de cette loi qui traitent de ce droit seraient des éléments essentiels pour statuer sur le fond de l'affaire. Il a en outre conclu qu'il ne faisait pas de doute que la *Loi sur les Indiens* et le droit applicable au titre aborigène sont des «lois du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui satisfait au troisième et dernier élément du critère de l'arrêt *ITO*.

En cette Cour, la bande demanderesse a reconnu que sa demande n'était pas fondée sur le titre aborigène, mais elle a prétendu que ce titre serait pertinent pour déterminer le droit d'occuper la réserve. Bien que je ne sois pas en désaccord avec la conclusion du juge Hugessen que tant le droit applicable au titre aborigène que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* sont pertinents en l'espèce, je ne crois pas que cela soit suffisant pour satisfaire à la troisième exigence du critère qui sert à établir la compétence de la Cour fédérale, savoir que la demande elle-même doit être «fondée» sur «une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le droit à l'usage et à l'occupation des terres d'une réserve résulte de la nature *sui generis* du titre indien. Cependant, quand la question en litige est de savoir laquelle de deux bandes requérantes a le droit d'utiliser et d'occuper une réserve en particulier, il nous faut examiner d'autres sources. L'une d'elles est l'acte de l'exécutif qui a établi à l'origine la réserve indienne et l'a attribuée, soit par le rapport d'Ashdown Green soit par le rapport de la commission McKenna-McBride, à l'une ou l'autre des bandes requérantes. Parmi les autres sources que nous devons examiner, il y a les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui, bien qu'elles ne créent pas les obligations qu'a la Couronne envers les Indiens, codifient les obligations préexistantes de la Couronne à l'égard des Indiens. Une autre source est la *common law* relative au titre aborigène qui sous-tend la nature fiduciaire des obligations de la Couronne. Il est intéressant de noter que le juge Hugessen s'est fondé sur le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l'arrêt *Derrickson* pour affirmer qu'«on ne peut sérieusement soutenir que la loi applicable au titre ancestral des autochtones est aujourd'hui autre

in *Derrickson* on the question whether provincial family law legislation dealing with family assets could apply to lands on an Indian reserve. Chouinard J. stated at p. 296:

> The right to possession of lands on an Indian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It follows that provincial legislation cannot apply to the right of possession of Indian reserve lands.

While I do not question the soundness of Chouinard J.'s conclusion that provincial legislation cannot apply to Indian lands because of the exclusive federal legislative power in relation to "Indians, and Lands reserved for Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, it does not, in my view, address the issue before us which is: is the law of aboriginal title a "law of Canada" within the meaning of s. 101? I turn to Laskin C.J. in *McNamara Construction* and *Quebec North Shore* for guidance.

In these two cases Laskin C.J. made it abundantly clear that federal legislative competence over a subject matter is not enough to satisfy the third branch of the test for Federal Court jurisdiction. He stated at pp. 658-59 of *McNamara Construction*:

> In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*, (a decision which came after the judgments of the Federal Court of Appeal in the present appeals), this Court held that the quoted provisions of s. 101, make it a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support any proceedings before it. It is not enough that the Parliament of Canada have legislative jurisdiction in respect of some matter which is the subject of litigation in the Federal Court. As this Court indicated in the *Quebec North Shore Paper Company* case, judicial jurisdiction contemplated by s. 101 is not co-extensive with federal legislative jurisdiction. It follows that the mere fact that

chose que la loi fédérale actuelle» (p. 540). On renvoie ici à la conclusion du juge Chouinard qui a rédigé l'opinion de la Cour dans l'arrêt *Derrickson* sur la question de savoir si une loi provinciale en matière de droit de la famille portant sur les biens familiaux pouvait s'appliquer à des terres situées dans une réserve indienne. Le juge Chouinard a affirmé, à la p. 296:

> Le droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que la loi provinciale ne peut s'appliquer au droit de possession sur les terres des réserves indiennes.

Tout en ne mettant pas en doute la justesse de la conclusion du juge Chouinard portant que la loi provinciale ne peut s'appliquer aux terres des Indiens à cause du pouvoir fédéral exclusif de légiférer sur les matières concernant «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, j'estime que cette conclusion ne s'applique pas à la question dont nous sommes saisis et qui est de savoir si le droit applicable au titre aborigène est une «loi du Canada» au sens de l'art. 101. Pour ma propre gouverne, je me reporte à l'avis exprimé par le juge en chef Laskin dans les arrêts *McNamara Construction* et *Quebec North Shore*.

Dans ces deux arrêts, le juge en chef Laskin a bien précisé que la compétence législative fédérale sur une matière n'est pas suffisante pour satisfaire au troisième volet du critère qui sert à établir la compétence de la Cour fédérale. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 658 et 659 de l'arrêt *McNamara Construction*:

> Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée*, (arrêt rendu après les jugements de la Cour d'appel fédérale en l'espèce), cette Cour a statué que les dispositions de l'art. 101 posent comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures. Il ne suffit pas que le Parlement du Canada puisse légiférer sur un domaine dont relève la question soumise à la Cour fédérale. Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que la compétence

Parliament has exclusive legislative authority in relation to "the public debt and property" under s. 91(1A) of the *British North America Act* and in relation to "the establishment, maintenance and management of penitentiaries" under s. 91(28), and that the subject matter of the construction contract may fall within either or both of these grants of power, is not enough to support a grant of jurisdiction to the Federal Court to entertain the claim for damages made in these cases.

He further stated at p. 659:

In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court observed, referring to this provision, that the Crown in right of Canada in seeking to bring persons in the Exchequer Court as defendants must have founded its action on some existing federal law, whether statute or regulation or common law.

What must be decided in the present appeals, therefore, is not whether the Crown's action is in respect of matters that are within federal legislative jurisdiction but whether it is founded on existing federal law. [Emphasis added.]

Commenting on *Quebec North Shore* and *McNamara Construction*, Professor Evans observes, loc. cit., at p. 125:

The thrust of *Quebec North Shore* and *McNamara Construction* was to deny, in general terms, the existence of a body of federal common law that was co-extensive with the unexercised constitutional legislative competence of Parliament over matters assigned to it. Thus a law will normally only be a law of Canada for the purpose of section 101 of the British North America Act if it is enacted by or under federal legislation. [Emphasis added.]

If Professor Evans is saying in the above-quoted paragraph that only federal legislation can meet the description of a "law of Canada" within the meaning of s. 101, I think he must be wrong since Laskin C.J. clearly includes "common law" as existing federal law inasmuch as he says that the cause of action must be founded "on some existing federal law, whether statute or regulation or common law". Professor Evans may be right that *Quebec North Shore* and *McNamara Construction* deny the existence of a federal body of common law co-extensive with the federal legislature's unexercised legislative jurisdiction over the subject matters assigned to it. However, I think that the existence of "federal common law" in

exclusive du Parlement s'exerce dans les domaines de «la dette et la propriété publiques» en vertu de l'art. 91(1A) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et à l'égard de «l'établissement, du maintien, et de l'administration des pénitenciers» en vertu de l'art. 91(28) et que l'objet du contrat de construction en l'espèce puisse relever de l'un ou l'autre de ces domaines législatifs, ou des deux, pour fonder la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la présente action en dommages-intérêts.

Il ajoute, à la p. 659:

Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a souligné au sujet de cette disposition que pour traduire des personnes devant la Cour de l'Échiquier, la Couronne du chef du Canada doit au préalable établir que son action relève de la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*.

Il ne s'agit donc pas de décider en l'espèce si la demande de redressement de la Couronne relève d'un domaine de compétence législative fédérale, mais de déterminer si elle est fondée sur la législation fédérale applicable. [Je souligne.]

Commentant les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction*, le professeur Evans, *loc. cit.*, fait observer à la p. 125:

[TRADUCTION] L'effet des arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction* a été de nier, en termes généraux, l'existence d'un ensemble de règles de *common law* fédérales recouvrant le même domaine que la compétence législative constitutionnelle du Parlement non exercée sur des matières qui lui ont été attribuées. Ainsi, une loi ne sera normalement une loi du Canada aux fins de l'art. 101 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique que si elle est édictée par une mesure législative fédérale ou sous son régime. [Je souligne.]

Si le professeur Evans dit dans le paragraphe précité que seule une mesure législative fédérale peut répondre à la description d'une «loi du Canada» au sens de l'art. 101, je crois qu'il doit avoir tort puisque le juge en chef Laskin inclut clairement la «*common law*» dans le droit fédéral applicable dans la mesure où il affirme que la cause d'action doit relever de «la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*». Le professeur Evans peut avoir raison de dire que les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction* nient l'existence d'un ensemble de règles de *common law* fédérales recouvrant le même domaine que la compétence législative du Parlement fédéral non exer-

some areas is expressly recognized by Laskin C.J. and the question for us, therefore, is whether the law of aboriginal title is federal common law.

I believe that it is. In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, this Court recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands. As Dickson J. (as he then was) pointed out in *Guerin*, *supra*, aboriginal title pre-dated colonization by the British and survived British claims of sovereignty. The Indians' right of occupation and possession continued as a "burden on the radical or final title of the Sovereign": *per* Viscount Haldane in *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399 (P.C.), at p. 403. While, as was made clear in *Guerin*, s. 18(1) of the *Indian Act* did not create the unique relationship between the Crown and the Indians, it certainly incorporated it into federal law by affirming that "reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart".

I would conclude therefore that "laws of Canada" are exclusively required for the disposition of this appeal, namely the relevant provisions of the *Indian Act*, the act of the federal executive pursuant to the *Indian Act* in setting aside the reserve in issue for the use and occupancy of one or other of the two claimant Bands, and the common law of aboriginal title which underlies the fiduciary obligations of the Crown to both Bands. The remaining two elements of the test set out in *ITO*, *supra*, are accordingly satisfied.

For the foregoing reasons I would dismiss the appeal with costs.

cée sur des matières qui lui ont été attribuées. Cependant, je crois que le juge en chef Laskin a reconnu expressément l'existence d'une «*common law* fédérale» dans certains domaines et que la question à laquelle nous devons donc répondre est donc de savoir si la loi applicable au titre aborigène est de la *common law* fédérale.

Je crois qu'elle l'est. Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. Comme l'a souligné le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin*, précité, le titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques. Le droit d'occupation et de possession des Indiens a continué d'exister [TRADUCTION] «comme une charge sur le titre radical ou final du Souverain»: le vicomte Haldane dans l'arrêt *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.), à la p. 403. Bien que, comme le dit clairement l'arrêt *Guerin*, le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* n'ait pas créé la relation unique qui existe entre la Couronne et les Indiens, il l'a certainement incorporée dans la loi fédérale en affirmant que «Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté».

Je suis donc d'avis de conclure que seules les «lois du Canada» sont requises pour résoudre le présent pourvoi, savoir les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, l'acte que l'exécutif fédéral a accompli conformément à la *Loi sur les Indiens* en mettant de côté la réserve en cause pour l'usage et l'occupation de l'une ou de l'autre des deux bandes requérantes, et la *common law* du titre aborigène qui sous-tend les obligations de fiduciaire qu'a la Couronne envers les deux bandes. Les deux autres éléments du critère établi dans l'arrêt *ITO*, précité, sont en conséquence respectés.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McAlpine & Hordo, Vancouver.

Solicitors for the respondents Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: F. Iacobucci, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: McAlpine & Hordo, Vancouver.

Procureurs des intimés Roberts et autres: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: F. Iacobucci, Ottawa.

Joseph Borowski *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada and Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) *Interveners*

INDEXED AS: BOROWSKI *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20411.

1988: October 3, 4; 1989: March 9.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Appeal — Mootness — Abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

Criminal law — Abortion — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to equality before and under the law — Whether or not Charter rights extending to foetus — Charter issues ancillary to question of validity of abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Civil procedure — Standing — Standing originally found because action seeking declaration as to legislation's validity — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not standing as originally

Joseph Borowski *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BOROWSKI *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20411.

1988: 3, 4 octobre; 1989: 9 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Pourvoi — Caractère théorique — Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires relatives aux droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

Droit criminel — Avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit à l'égalité devant et dans la loi — Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? — Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Procédure civile — Qualité pour agir — Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives — Dispositions contestées déjà déclarées inopéran-

determined — Whether or not s. 24(1) of the Charter and s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 able to support claim for standing.

Appellant attacked the validity of s. 251(4), (5) and (6) of the *Criminal Code* relating to abortion on the ground that they contravened the life and security and the equality rights of the foetus, as a person, protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appellant's standing had been found on the basis that he was seeking a declaration that legislation is invalid, that there was a serious issue as to its invalidity, that he had a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there was no other reasonable and effective manner in which the issue could be brought before the Court.

The Court of Queen's Bench found s. 251(4), (5) and (6) did not violate the *Charter* as a foetus was not protected by either s. 7 or s. 15 of the *Charter* and also held that s. 1 of the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation. The Court of Appeal concluded that neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter* applied to a foetus. The constitutional questions stated in this Court queried: (1) if a foetus had the right to life as guaranteed by s. 7 of the *Charter*; (2) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter*; (3) whether a foetus had the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability as guaranteed by s. 15 of the *Charter*; (4) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated s. 15; and (5) if questions (2) and (4) were answered affirmatively, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* were justified by s. 1 of the *Charter*. All of s. 251, however, was struck down subsequent to the Court of Appeal's decision but before the appeal reached this Court as a result of this Court's decision in *R. v. Morgentaler (No. 2)*.

A serious issue existed at the commencement of the appeal as to whether the appeal was moot. Questions also existed as to whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. These issues were addressed as a preliminary matter and decision on them was reserved. The Court then heard argument on the merits of the appeal so that the whole appeal could be decided without recalling the parties for argument should it decide that the appeal should proceed notwithstanding the preliminary issues.

tes — La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? — L'article 24(1) de la Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?

L'appelant conteste la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* relatives à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent les droits à la vie, à la sécurité et à l'égalité garantis au fœtus, en tant que personne, par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La qualité pour agir avait été reconnue à l'appelant parce qu'il demandait un jugement déclarant une loi invalide, parce que la question de la validité de la loi se posait sérieusement, parce qu'il avait, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi et parce qu'il n'y avait pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

La Cour du Banc de la Reine a conclu que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le fœtus n'est protégé ni par son art. 7 ni par son art. 15 et, en outre, que l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits* ne permet pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois. La Cour d'appel a conclu que ni l'art. 7, ni l'art. 15 de la *Charte* ne s'appliquent au fœtus. Les questions constitutionnelles en cette Cour visent à déterminer: (1) si le fœtus a le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte*; (2) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* violent les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; (3) si le fœtus a le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, selon l'art. 15 de la *Charte*; (4) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5), (6) du *Code* violent l'art. 15; et (5) dans le cas d'une réponse affirmative aux questions (2) et (4), si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* sont justifiés par l'article premier de la *Charte*. Toutefois, après l'arrêt de la Cour d'appel mais avant l'audition du pourvoi en cette Cour, l'ensemble de l'art. 251 a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*.

Dès le début du pourvoi, la question du caractère théorique du pourvoi se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. Ces points ont été débattus à titre de questions préliminaires et ont été mis en délibéré. La Cour a alors entendu le pourvoi au fond, de manière à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, elle décidait que le pourvoi devait suivre son cours.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal is moot and the Court should not exercise its discretion to hear it. Moreover, appellant no longer has standing to pursue the appeal as the circumstances upon which his standing was originally premised have disappeared.

The doctrine of mootness is part of a general policy that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. An appeal is moot when a decision will not have the effect of resolving some controversy affecting or potentially affecting the rights of the parties. Such a live controversy must be present not only when the action or proceeding is commenced but also when the court is called upon to reach a decision. The general policy is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from it.

The approach with respect to mootness involves a two-step analysis. It is first necessary to determine whether the requisite tangible and concrete dispute has disappeared rendering the issues academic. If so, it is then necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. (In the interest of clarity, a case is moot if it does not present a concrete controversy even though a court may elect to address the moot issue.)

This appeal is moot as there is no longer a concrete legal dispute. The live controversy underlying this appeal—the challenge to the constitutionality of s. 251(4), (5) and (6) of the *Code*—disappeared when s. 251 was struck down in *R. v. Morgentaler (No. 2)*. None of the relief sought in the statement of claim was relevant. Three of the five constitutional questions that were set explicitly concerned s. 251 and were no longer applicable. The remaining two questions addressed the scope of ss. 7 and 15 of the *Charter* and were not severable from the context of the original challenge to s. 251.

A constitutional question cannot bind this Court and may not be used to transform an appeal into a reference. Constitutional questions are stated to define with precision the constitutional points at issue, not to introduce new issues, and accordingly, cannot be used as an independent basis for supporting an otherwise moot appeal.

The second stage in the analysis requires that a court consider whether it should exercise its discretion to decide the merits of the case, despite the absence of a live controversy. Courts may be guided in the exercise of

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est théorique et la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour le trancher au fond. De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque les circonstances qui fondaient initialement la qualité pour agir ont disparu.

La doctrine relative au caractère théorique relève du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de trancher une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Un appel est théorique lorsque la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Un litige actuel doit exister non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. Le principe général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer.

La démarche à suivre pour déterminer si le litige est théorique comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. Si c'est le cas, le tribunal décide alors s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. (Pour être précis, une affaire est «théorique» si elle ne présente pas de litige concret même si le tribunal choisit de trancher la question théorique.)

Le présent pourvoi est théorique puisqu'il n'y a plus de différend juridique concret. Le litige qui fondait le présent pourvoi—la contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code*—a disparu quand la Cour a déclaré cet article inopérant dans *R. c. Morgentaler (nº 2)*. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation initiale de l'art. 251.

Une question constitutionnelle ne lie pas la Cour et ne peut pas servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi. Les questions constitutionnelles visent à définir avec précision les points litigieux dans une affaire constitutionnelle et non à introduire de nouvelles questions. Les questions ne peuvent donc servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

La deuxième partie de l'analyse consiste pour le tribunal à déterminer s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire au fond, même en l'absence de litige actuel. Dans l'exercice de ce pouvoir

their discretion by considering the underlying rationale of the mootness doctrine.

The first rationale for the policy with respect to mootness in that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. A full adversarial context, in which both parties have a full stake in the outcome, is fundamental to our legal system. The second is based on the concern for judicial economy which requires that a court examine the circumstances of a case to determine if it is worthwhile to allocate scarce judicial resources to resolve the moot issue. The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for courts to be sensitive to the effectiveness or efficacy of judicial intervention and demonstrate a measure of awareness of the judiciary's role in our political framework. The Court, in exercising its discretion in an appeal which is moot, should consider the extent to which each of these three basic factors is present. The process is not mechanical. The principles may not all support the same conclusion and the presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

The Court should decline to exercise its discretion to decide this appeal on its merits because of concerns for judicial economy and for the Court's role in the law-making process. The absence of an adversarial relationship was of little concern: the appeal was argued as fully as if it were not moot.

With respect to judicial economy, none of the factors justifying the application of judicial resources applied. The decision would not have practical side effects on the rights of the parties. The case was not one that was capable of repetition, yet evasive of review: it will almost certainly be brought before the Court within a specific legislative context or possibly in review of specific governmental action. An abstract pronouncement on foetal rights here would not necessarily obviate future repetitious litigation. It was not in the public interest, notwithstanding the great public importance of the question involved, to address the merits in order to settle the state of the law. A decision as to whether ss. 7 and 15 of the *Charter* protect the rights of the foetus is not in the public interest due to the potential uncertainty that could result from such a decision absent a legislative context.

A proper awareness of the Court's law-making function dictated against the Court's exercising its discretion to decide this appeal. The question posed here was not

discrétionnaire, les tribunaux peuvent être guidés par l'étude des assises mêmes de la doctrine du caractère théorique.

La première raison d'être de la politique en matière de causes théoriques tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. Le contexte réellement contradictoire, dans lequel les deux parties ont un intérêt dans l'issue du litige, est un élément fondamental de notre système juridique. La deuxième raison tient à l'économie des ressources judiciaires qui oblige les tribunaux à se demander si, compte tenu des circonstances d'une affaire, il y a lieu de consacrer des ressources judiciaires limitées à la solution d'un litige devenu théorique. La troisième raison d'être de la doctrine tient à la nécessité pour les tribunaux d'être sensibles à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire et d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique. En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune de ces trois principales raisons d'être. Il ne s'agit pas d'un processus mécanique. Il se peut que les principes ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

La Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi au fond par souci d'économie des ressources judiciaires et en raison de sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. L'absence de rapport contradictoire ne fait pas problème: le pourvoi a été plaidé aussi pleinement que s'il n'avait pas été théorique.

Aucun des facteurs qui justifieraient l'utilisation de ressources judiciaires ne s'applique. La décision n'aurait pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il est en effet très probable que la question sera soumise à cette Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos d'un acte gouvernemental précis. Une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus n'éliminerait pas nécessairement des litiges répétés à l'avenir. Malgré la grande importance de la question, il n'est pas dans l'intérêt public de statuer sur le fond pour déterminer l'état du droit. Une décision sur la question de savoir si les art. 7 et 15 de la *Charte* protègent les droits du fœtus n'est pas dans l'intérêt public vu l'état d'incertitude qui pourrait résulter d'une telle décision en dehors de tout contexte législatif.

La considération de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est une autre raison de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour tran-

the question raised in the original action. Indeed, what was sought—a *Charter* interpretation in the absence of legislation or other governmental action bringing it into play—would turn this appeal into a private reference. The Court, if it were to exercise its discretion, would intrude on the right of the executive to order a reference and pre-empt a possible decision of Parliament by dictating the form of legislation it should enact. To do so would be a marked departure from the Court's traditional role.

The appellant also lacked standing to pursue this appeal given the fact that the original basis for his standing no longer existed. Two significant changes in the nature of this action occurred since standing was granted by this Court in 1981. Firstly, the claim is now premised primarily upon an alleged right of a foetus to life and equality pursuant to ss. 7 and 15 of the *Charter*. Secondly, the legislative context of original claim disappeared when s. 251 of the *Code* was struck down. Standing could not be based on s. 24(1) of the *Charter* for an infringement or denial of a person's own *Charter*-based right was required. Here, the rights allegedly violated were those of a foetus. Standing could not be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* as this is restricted to litigants challenging a law or governmental action pursuant to power granted by law.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re Maltby and Attorney-*

cher le pourvoi au fond. La question soumise à cette Cour n'est plus celle qui était l'objet de l'action initiale. En réalité, ce qu'on demande—une interprétation de la *Charte* en l'absence de texte législatif ou d'acte gouvernemental la faisant entrer en jeu—transformerait le pourvoi en renvoi d'initiative privée. Si elle exerçait son pouvoir discrétionnaire dans un tel cas, la Cour empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher la législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque le fondement initial de sa qualité pour agir n'existe plus. Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à l'appelant qualité pour agir, en 1981. Premièrement, la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du fœtus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 du *Code* inopérant, la Cour a fait disparaître le contexte législatif de la demande. Il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir puisqu'il faut qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte* à la personne qui l'invoque. En l'espèce, les droits qui auraient été violés sont ceux du fœtus. La qualité pour agir ne peut être accordée en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'une action fondée sur le par. 52(1) doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *R. c. Morgentaler (nº 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Morgentaler c. La Reine (nº 1)*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re Maltby*

General of Saskatchewan (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec*, [1970] S.C.R. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] S.C.R. 756; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Re Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Constitution of the United States of America, Art. III, s. 2(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251(4), (5), (6).
Supreme Court Rules, SOR/83-74, s. 32.

Authors Cited

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.
Macklem, Patrick and Eric Gertner. "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.
Sharpe, Robert J. "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide." In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.
"The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, dismissing an appeal from a judgment of Matheson J. (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R.

and Attorney-General of Saskatchewan (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(4), (5), (6).
Constitution des États-Unis d'Amérique, article III, art. 2(1).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Règles de la Cour suprême, DORS/83-74, art. 32.

Doctrine citée

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.
Macklem, Patrick and Eric Gertner. «Re Skapinker and Mootness Doctrine» (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.
Sharpe, Robert J. «Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide.» In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.
«The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Matheson (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984]

15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Appeal dismissed.

Morris C. Shumiatcher, Q.C., and *R. Bradley Hunter*, for the appellant.

Claude R. Thomson, Q.C., and *Robert W. Staley*, for the intervener Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

Angela M. Costigan and *Karla Gower*, for the intervener R.E.A.L. Women of Canada.

Edward Sojonky, Q.C., for the respondent.

Mary Eberts and *Helena Orton*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal by leave of this Court is from the Saskatchewan Court of Appeal, [1987] 4 W.W.R. 385, which affirmed the judgment at trial of Matheson J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, [1984] 1 W.W.R. 15, dismissing the action of the plaintiff (appellant in this Court). In the courts below, the plaintiff attacked the validity of subss. (4), (5) and (6) of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, relating to abortion on the ground that they contravened protected rights of the foetus. Subsequent to the decision of the Saskatchewan Court of Appeal but by the time the appeal reached this Court, s. 251, including the subsections under attack in this action, had been struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (hereinafter *R. v. Morgentaler (No. 2)*).

From this state of the proceedings it was apparent at the commencement of this appeal that a serious issue existed as to whether the appeal was moot. As well, it appeared questionable whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. The Court therefore called upon counsel to address these issues as a preliminary matter. Upon completion of these submissions, we reserved decision on these issues and heard the argument of the merits of the

1 W.W.R. 15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Pourvoi rejeté.

Morris C. Shumiatcher, c.r., et *R. Bradley Hunter*, pour l'appelant.

Claude R. Thomson, c.r., et *Robert W. Staley*, pour l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

Angela M. Costigan et *Karla Gower*, pour l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada.

Edward Sojonky, c.r., pour l'intimé.

Mary Eberts et *Helena Orton*, pour l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi, sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1987] 4 W.W.R. 385, confirmant le jugement du juge Matheson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, [1984] 1 W.W.R. 15, qui avait rejeté l'action du demandeur (l'appelant en cette Cour). Devant les cours d'instance inférieure, le demandeur a contesté la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, relatifs à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent des droits garantis au fœtus. Après l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et avant l'audition du présent pourvoi en cette Cour, l'art. 251, et donc les paragraphes contestés en l'espèce, a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. Morgentaler (nº 2)*).

Vu l'évolution de la procédure, il était évident dès le début du pourvoi que la question de son caractère théorique se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. La Cour a donc demandé aux avocats de débattre ces points à titre de questions préliminaires. Après leurs plaidoiries, nous avons mis ces questions en délibéré et nous avons entendu le pourvoi au fond, de manière

appeal so that we could dispose of the whole appeal without recalling the parties for argument should we decide that, notwithstanding the preliminary issues, the appeal should proceed.

In view of the conclusion that I have reached, it is necessary to deal with the issues of mootness and standing only. Since it is a change in the nature of these proceedings which gives rise to these issues, a review of the history of the action is necessary.

History of the Action

Mr. Borowski commenced an action in the Court of Queen's Bench of Saskatchewan by filing a statement of claim on September 5, 1978, which asked for the following relief:

(a) An Order of this Honourable Court declaring section 251, subsections (4), (5) and (6) of the *Criminal Code* invalid and inoperative;
(b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in section 251, subsections (4), (5) and (6) are invalid and inoperative, and the outlay of such moneys is *ultra vires* and unlawful;
(c) A permanent injunction enjoining the Minister of Finance, his servants and agents, from allocating, disbursing or in any way providing public moneys out of the Consolidated Revenue Fund for the establishment or maintenance of therapeutic abortion committees, for the performance of abortions or in support of any act or object relating to the abortion and destruction of individual human foetuses;
(d) The costs of this action; and
(e) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just and expedient.

Prior to trial, a motion was brought by the respondents questioning the jurisdiction of the Court of Queen's Bench. That motion culminated in an appeal to this Court in which a central issue was Mr. Borowski's standing to bring the action. The resulting decision of the majority of this Court, reported in *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, was that Mr. Borowski had standing to attack the provisions of the *Code* referred to in his statement of claim.

à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, nous décidions que le pourvoi devait suivre son cours.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il suffit de traiter des questions du caractère théorique et de la qualité pour agir. Puisque celles-ci résultent d'un changement dans la nature des procédures, il faut faire l'historique de l'action.

Historique de l'action

Monsieur Borowski a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en produisant, le 5 septembre 1978, une déclaration pour demander les redressements suivants:

[TRADUCTION]

a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont nuls et inopérants;
b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) sont nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est *ultra vires* et illégal;
c) Une injonction permanente interdisant au ministre des Finances, ses agents et ses préposés, d'attribuer, de débourser ou de rendre autrement disponible quelque somme que ce soit sur le Fonds du revenu consolidé pour l'établissement ou le maintien de comités d'avortement thérapeutique, pour la pratique d'avortements ou pour tout acte ou objet afférent à l'avortement et à la destruction de fœtus humains;
d) Les dépens de la présente action;
e) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

Avant l'audition de l'affaire, les intimés ont contesté par requête la compétence de la Cour du Banc de la Reine. Cette requête a abouti à un pourvoi en cette Cour qui portait principalement sur la qualité pour agir de M. Borowski. Selon la décision de cette Cour à la majorité, publiée sous l'intitulé *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, M. Borowski avait qualité pour contester les dispositions du *Code*

Martland J., speaking for the majority, stated, at p. 598:

> I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. In my opinion, the respondent has met this test and should be permitted to proceed with his action.

Laskin C.J., with whom Lamer J. concurred, would have denied standing on the basis that Mr. Borowski was not a person affected by the legislation and that there were others, such as doctors and hospitals, who might be so affected. The Chief Justice concluded, therefore, that Mr. Borowski did not have any judicially cognizable interest in the matter and that the Court ought to exercise its discretion to deny standing.

An amended statement of claim was filed on April 18, 1983, in which the original claims based on an alleged violation of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, were repeated. Allegations based upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which had been proclaimed on April 17, 1982, were added. The prayer for relief claimed:

> (a) An Order of this Honourable Court declaring Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* to be *ultra vires*, unconstitutional, invalid, inoperative and of no force or effect;
>
> (b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* are *ultra vires*, inoperative, unconstitutional, invalid and of no force or effect and the outlay of such moneys is unlawful:
>
> (c) The costs of this action; and
>
> (d) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just.

The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed Mr. Borowski's claim relating to an alleged violation of s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*.

mentionnées dans sa déclaration. Le juge Martland dit au nom de la majorité, à la p. 598:

> Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. À mon avis, l'intimé répond à ce critère et devrait être autorisé à poursuivre son action.

Le juge en chef Laskin, avec l'appui du juge Lamer, aurait statué que M. Borowski n'avait pas qualité pour agir parce qu'il n'était pas touché par la loi alors que d'autres, comme les médecins et les hôpitaux, pouvaient l'être. Le Juge en chef a conclu qu'en conséquence M. Borowski n'avait pas un intérêt judiciaire suffisant dans la question et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui nier la qualité pour agir.

Le 18 avril 1983, le demandeur a produit une déclaration amendée par laquelle il renouvelait les allégations de violation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il ajoutait des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui était entrée en vigueur le 17 avril 1982. Il demandait les redressements suivants:

[TRADUCTION]

> a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants;
>
> b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est illégal;
>
> c) Les dépens de la présente action;
>
> d) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté les arguments de M. Borowski fondés sur l'article premier de la *Déclaration canadienne*

Matheson J. held that both *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 (hereinafter *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*) and *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.) (leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii) concluded that the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation.

Matheson J. noted that Mr. Borowski's principal argument under the *Charter* was that the foetus is a person and therefore should be afforded the protection of s. 7 of the *Charter*. It was held, however, that s. 251(4), (5), and (6) did not violate the *Charter* as a foetus is not included in "everyone" so as to trigger the application of any s. 7 rights.

On appeal Mr. Borowski did not pursue his claim that government funding of abortions was unlawful. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed Mr. Borowski's appeal by concluding that neither s. 7 nor s. 15 (which had come into effect on April 17, 1985, prior to the hearing before the Court of Appeal) applied to a foetus. Speaking for the court, Gerwing J.A. examined the historical treatment of the foetus as well as the language and legislative history of s. 7 and concluded that the guarantees of s. 7 were not intended to extend to the unborn. As well, the foetus was held not to be included in "every individual" for the purpose of s. 15.

Leave to appeal to this Court was granted on September 3, 1987. The grounds for appeal alleged by the appellant in his notice of motion for leave to appeal refer primarily to ss. 7 and 15 of the *Charter*. On October 7, 1987, McIntyre J., pursuant to Rule 32 of the *Supreme Court Rules*, SOR/83-74, stated the following constitutional questions:

1. Does a child *en ventre sa mère* have the right to life as guaranteed by Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the principles of fundamental justice, contrary to Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

des droits. Le juge Matheson a décidé que les arrêts *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (ci-après *Morgentaler c. La Reine (nº 1)*), et *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. viii), concluaient que la *Déclaration canadienne des droits* ne permettait pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois.

Le juge Matheson souligne que M. Borowski soutient essentiellement, en vertu de la *Charte*, que le fœtus est une personne et devrait donc être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour conclut toutefois que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le fœtus n'est pas visé par le mot «chacun» et ne bénéficie donc pas de l'application de l'art. 7.

En appel, M. Borowski n'a plus soutenu que la contribution du gouvernement au financement des avortements était illégale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de M. Borowski en statuant que ni l'art. 7 ni l'art. 15 (qui était entré en vigueur le 17 avril 1985, avant l'audition de l'appel) ne s'appliquent au fœtus. Au nom de la cour, le juge Gerwing a examiné l'histoire du droit relatif au fœtus ainsi que la formulation de l'art. 7 et sa genèse législative, et il a conclu que les garanties de l'art. 7 ne s'appliquent pas à l'enfant à naître. De même, la cour a conclu que le fœtus n'est pas visé par les mots «personne» et «tous» aux fins de l'art. 15.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 3 septembre 1987. Les moyens invoqués par l'appelant dans sa requête en autorisation visent principalement les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le 7 octobre 1987, le juge McIntyre formulait ainsi les questions constitutionnelles, conformément à l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74:

1. Un enfant conçu a-t-il le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Does a child *en ventre sa mère* have the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability that are guaranteed by Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the rights guaranteed by Section 15?

5. If the answer to question 2 is "yes" or if the answer to question 4 is "yes", are the provisions of subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* justified by Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

On January 28, 1988, after leave to appeal was granted, this Court decided *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, in which all of s. 251 was found to violate s. 7 of the *Charter*. Accordingly, s. 251 in its entirety was struck down.

In July of 1988 in light of this Court's judgment in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, counsel on behalf of the Attorney General of Canada applied to adjourn the hearing of the appeal. The respondent argued that the issue was now moot as s. 251 of the *Criminal Code* had been nullified and that the two remaining constitutional questions (numbers 1 and 3) which simply ask whether a child *en ventre sa mère* is entitled to the protection of ss. 7 and 15 of the *Charter* respectively are not severable from the other, now moot constitutional questions. Although the respondent claimed the matter was moot, no application to quash the appeal was made. The application to adjourn the hearing of the appeal was denied by Chief Justice Dickson on July 19, 1988, leaving it to the Court to address the mootness issue.

I am of the opinion that the appeal should be dismissed on the grounds that: (1) Mr. Borowski's case has been rendered moot and (2) he has lost his standing. When section 251 was struck down, the basis of the action disappeared. The initial prayer for relief was no longer applicable. The foundation for standing upon which the previous decision of this Court was based also disappeared.

3. L'enfant conçu a-t-il le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les droits garantis par l'art. 15?

5. Si la réponse à la question 2 est affirmative et si la réponse à la question 4 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le 28 janvier 1988, après avoir autorisé le pourvoi en l'espèce, la Cour a rendu l'arrêt *R. c. Morgentaler (N° 2)*, précité, dans lequel elle a jugé que l'art. 251 viole l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, elle a déclaré inopérant l'ensemble de l'art. 251.

En juillet 1988, en raison de l'arrêt *R. c. Morgentaler (n° 2)* de cette Cour, le procureur général du Canada a demandé l'ajournement de l'audition du pourvoi. L'intimé soutenait que le litige concernant l'art. 251 du *Code criminel* était maintenant sans objet puisque cet article avait été déclaré inopérant et que les deux autres questions constitutionnelles (les questions 1 et 3), concernant le droit de l'enfant à naître à la protection des art. 7 et 15 de la *Charte*, ne pouvaient être séparées des questions constitutionnelles qui étaient devenues théoriques. Bien que l'intimé ait soutenu que la cause était théorique, il n'a pas demandé l'annulation du pourvoi. Le juge en chef Dickson a rejeté la demande d'ajournement le 19 juillet 1988. La Cour doit donc traiter de la question du caractère théorique du litige.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs suivants: (1) la cause de M. Borowski est devenue théorique et (2) il a perdu la qualité nécessaire pour agir. L'annulation de l'art. 251 a fait disparaître sa cause d'action. La demande initiale de redressement n'a plus d'objet. Le fondement même de la qualité pour agir reconnue par cette Cour dans sa décision antérieure a lui aussi disparu.

Mootness

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant factors relating to the exercise of the court's discretion are discussed hereinafter.

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term "moot" applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

Le caractère théorique

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot «théorique» (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est «théorique» si elle ne répond pas au critère du «litige actuel». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

When is an Appeal Moot?—The Authorities

The first stage in the analysis requires a consideration of whether there remains a live controversy. The controversy may disappear rendering an issue moot due to a variety of reasons, some of which are discussed below.

In *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69, this Court refused to grant leave to appeal to applicants seeking a judgment excluding the respondents from sitting and exercising their functions as Members of the Ontario Legislative Assembly. However, the Legislative Assembly had been dissolved prior to the hearing before this Court. As a result, Duff C.J., on behalf of the Court, held at p. 72:

> It is one of those cases where, the state of facts to which the proceedings in the lower Courts related and upon which they were founded having ceased to exist, the sub-stratum of the litigation has disappeared. In accordance with well-settled principle, therefore, the appeal could not properly be entertained. [Emphasis added.]

A challenged municipal by-law was repealed prior to a hearing in *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363, leading to a conclusion that the appealing party had no actual interest and that a decision could have no effect on the parties except as to costs. Similarly, in a fact situation analogous to this appeal, the Privy Council refused to address the constitutionality of challenged legislation where two statutes in question were repealed prior to the hearing: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.)

Appeals have not been entertained in situations in which the appellant had agreed to an undertaking to pay the respondent the damages awarded in the court below plus costs regardless of the disposition of the appeal: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385, and *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. In *Coca-Cola v. Mathews*, Rinfret C.J. held the result of the undertaking was to eliminate any further *lis* between the parties such

Quand un pourvoi est-il théorique?—La jurisprudence

La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. Diverses circonstances, dont je vais donner des exemples, peuvent faire disparaître un litige et rendre la question théorique.

Dans l'arrêt *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69, cette Cour a refusé d'accorder une autorisation de pourvoi à des requérants qui demandaient un jugement interdisant aux intimés d'exercer leurs fonctions de députés de l'assemblée législative de l'Ontario et de participer à ses délibérations. L'assemblée législative avait été dissoute avant l'audition de l'affaire par cette Cour. Le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dit à la p. 72:

> [TRADUCTION] Il s'agit d'une de ces affaires où les circonstances auxquelles les procédures des tribunaux d'instance inférieure se rapportent et sur lesquelles elles sont fondées n'existent plus, le substratum du litige a disparu. Selon les principes reconnus, il n'est plus possible de connaître du pourvoi. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363, l'abrogation du règlement municipal contesté avant l'audition du pourvoi a entraîné la conclusion que l'appelant n'avait pas d'intérêt réel et qu'une décision n'aurait pas de conséquence pour les parties, sauf pour les dépens. De même, dans une situation analogue à l'espèce, le Conseil privé a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives contestées parce que les lois en cause avaient été abrogées avant l'audition: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.)

Certains pourvois n'ont pas été entendus dans des cas où l'appelant avait pris l'engagement de verser à l'intimé les dommages-intérêts accordés par les cours d'instance inférieure et les dépens, quelle que soit l'issue du pourvoi: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, et *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. Dans l'affaire *Coca-Cola v. Mathews*, le juge en chef Rinfret a statué que l'engagement avait comme conséquence

that the Court would have been forced to decide an abstract proposition of law.

As well, the sale of a restaurant for which a renewal of a licence was sought as required by the impugned municipal by-law rendered an issue technically moot: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58. Issues in contention may be of a short duration resulting in an absence of a live controversy by the time of appellate review. Such a situation arose in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628, in which the cessation of a strike between the parties ended the actual dispute over the validity of an injunction prohibiting certain strike action by one party.

The particular circumstances of the parties to an action may also eliminate the tangible nature of a dispute. The death of parties challenging the validity of a parole revocation hearing (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) and a speeding ticket (*R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234) ended any concrete controversy between the parties.

As well, the inapplicability of a statute to the party challenging the legislation renders a dispute moot: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. This is similar to those situations in which an appeal from a criminal conviction is seen as moot where the accused has fulfilled his sentence prior to an appeal: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (Sask. C.A.)

The issue of mootness has arisen more frequently in American jurisprudence, and there, the doctrine is more fully developed. This may be due in part to the constitutional requirement, contained in s. 2(1) of Article III of the American Constitution, that there exist a "case or controversy":

Section 2. [1] The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made,

d'éliminer tout litige entre les parties de sorte que la Cour aurait été forcée de se prononcer sur une question juridique abstraite.

Dans un autre cas, la vente d'un restaurant pour lequel on cherchait à obtenir un renouvellement du permis exigé par le règlement municipal contesté avait rendu la question théorique: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58. Pour certains problèmes de courte durée, le litige n'existe plus quand l'affaire est portée en appel. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, quand la fin de la grève qui opposait les parties a mis fin au litige concernant la validité de l'injonction qui interdisait certains actes de grève à l'une de ces parties.

Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

De même, l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Une situation semblable se présente quand l'appel d'une déclaration de culpabilité est considéré comme théorique parce que l'accusé a purgé la peine avant l'audition de l'appel: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.)

La question du caractère théorique a été étudiée plus fréquemment aux États-Unis, dans la jurisprudence et la doctrine, et l'analyse du principe y est plus développée. Cela tient vraisemblablement au par. 2(1) de l'article III de la Constitution américaine qui exige qu'il y ait «une cause ou un différend»:

2. (1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des

or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toute les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; entre un État et les citoyens d'un autre État; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de concessions d'autres États; entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers.

(Traduction de S. Rials, Presses Universitaires de France.)

However, despite the constitutional enshrinement of the principle, the mootness doctrine has its roots in common law principles similar to those in Canada: see "The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, at p. 374. Situations resulting in a finding of mootness are similar to those in Canada. For example, in *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), a challenge to a Colorado voter residency requirement of six months was held moot due to a legislative change in the law removing the plaintiff from the application of the statute. Mootness was also raised in *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), where a defendant voluntarily ceased allegedly unlawful conduct. Similarly, in *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), mootness was an issue where an accused completed his sentence prior to an appeal of his conviction.

Cependant, en dépit de la consécration du principe dans la Constitution, la doctrine du caractère théorique a ses sources dans des principes de *common law* semblables à ceux qui prévalent au Canada: voir «The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, à la p. 374. Les cas où l'on a conclu au caractère théorique de l'action sont semblables à ceux du Canada. Par exemple, dans *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), la contestation par un électeur du Colorado de la condition de résidence de six mois a été déclarée théorique parce qu'une modification de la loi avait soustrait le demandeur à l'application de cette loi. La question a été soulevée dans l'affaire *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), parce que le défendeur avait volontairement mis fin à la conduite illégale alléguée. De même, dans *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), le caractère théorique a été invoqué parce que l'accusé avait fini de purger sa peine avant l'appel de sa déclaration de culpabilité.

The American jurisprudence indicates a similar willingness to consider the merits of an action in some circumstances even when the controversy is no longer concrete and tangible. The rule that abstract, hypothetical or contingent questions will not be heard is not absolute (see: Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 84; Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). A two-stage process is involved in which a court may consider the merits of an appeal even where the issue is moot.

La jurisprudence américaine manifeste le même souci de juger une action au fond dans certaines circonstances même si le litige n'est plus ni concret ni tangible. La règle selon laquelle les tribunaux ne se prononcent pas sur des questions abstraites, hypothétiques ou contingentes n'est pas absolue (voir: Tribe, *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), à la p. 84; Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). L'analyse en deux temps permet à une cour d'entendre un appel au fond même si la question est théorique.

Is this Appeal Moot?

In my opinion, there is no longer a live controversy or concrete dispute as the substratum of Mr. Borowski's appeal has disappeared. The basis for the action was a challenge relating to the constitutionality of subss. (4), (5) and (6) of s. 251. That section of the *Criminal Code* having been struck down in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, the *raison d'être* of the action has disappeared. None of the relief claimed in the statement of claim is relevant. Three of the five constitutional questions that were set explicitly concern s. 251 and are no longer applicable. The remaining two questions addressing the scope of ss. 7 and 15 *Charter* rights are not severable from the context of the original challenge to s. 251. These questions were only ancillary to the central issue of the alleged unconstitutionality of the abortion provisions of the *Criminal Code*. They were a mere step in the process of measuring the impugned provision against the *Charter*.

In any event, this Court is not bound by the wording of any constitutional question which is stated. Nor may the question be used to transform an appeal into a reference: *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179, at pp. 187-88, and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71. The procedural requirements of Rule 32 of the *Supreme Court Rules* are not designed to introduce new issues but to define with precision the constitutional points in issue which emerge from the record. Rule 32 provides:

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder,

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder.

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court

Le présent pourvoi est-il théorique?

À mon avis, il n'y a plus de litige actuel ni de différend concret puisque le substratum du pourvoi de M. Borowski a disparu. Son action était fondée sur une contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*. Cet article ayant été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, la raison d'être de l'action a disparu. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation de l'art. 251. Ces questions étaient accessoires à la question principale de l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement. Elles n'étaient qu'une étape du processus d'examen des dispositions contestées en vertu de la *Charte*.

De toute façon, cette Cour n'est pas liée par la formulation d'une question constitutionnelle. La question ne peut servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi: *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179, aux pp. 187 et 188, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. La procédure établie par l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême* ne vise pas à introduire de nouvelles questions, mais à définir avec précision les questions constitutionnelles litigieuses qui ressortent du dossier. L'article 32 dit:

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi, de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application,

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de leurs règlements d'application,

elle doit, après avoir donné un avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de

of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

The questions cannot, therefore, be employed as an independent basis for supporting an appeal that is otherwise moot.

By reason of the foregoing, I conclude that this appeal is moot. It is necessary, therefore, to move to the second stage of the analysis by examining the basis upon which this Court should exercise its discretion either to hear or to decline to hear this appeal.

The Exercise of Discretion: Relevant Criteria

Since the discretion which is exercised relates to the enforcement of a policy or practice of the Court, it is not surprising that a neat set of criteria does not emerge from an examination of the cases. This same problem in the United States led commentators there to remark that "the law is a morass of inconsistent or unrelated theories, and cogent judicial generalization is sorely needed." (Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", *supra*, at p. 1387). I would add that more than a cogent generalization is probably undesirable because an exhaustive list would unduly fetter the court's discretion in future cases. It is, however, a discretion to be judicially exercised with due regard for established principles.

In formulating guidelines for the exercise of discretion in departing from a usual practice, it is instructive to examine its underlying rationalia. To the extent that a particular foundation for the practice is either absent or its presence tenuous, the reason for its enforcement disappears or diminishes.

The first rationale for the policy and practice referred to above is that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. The requirement of an adversarial context is a fundamental tenet of our legal system and helps guarantee that issues are well and fully

l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

Les questions ne peuvent donc pas servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le pourvoi est théorique. Il est donc nécessaire d'aborder la seconde étape de l'analyse et d'examiner les éléments sur lesquels la Cour devrait se fonder pour décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre ou refuser d'entendre le pourvoi.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: les critères applicables

Puisque le pouvoir discrétionnaire à exercer concerne l'application d'une politique ou d'une pratique de la Cour, il n'est pas surprenant de ne pas pouvoir dégager de la jurisprudence un ensemble précis de critères. Aux États-Unis, le même problème a amené des commentateurs à dire que [TRADUCTION] «le droit est un fatras de théories incohérentes et disparates, ce qui rend indispensable une généralisation judiciaire convaincante.» (Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory», précité, à la p. 1387). J'ajouterais qu'il n'est pas souhaitable d'aller au-delà d'une généralisation convaincante parce qu'une liste exhaustive aurait comme conséquence d'entraver indûment, pour l'avenir, le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il s'agit néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire à exercer de façon judiciaire selon les principes établis.

Pour formuler des lignes directrices applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à écarter une pratique habituelle, il est utile d'en étudier les assises. Dans la mesure où une assise donnée de cette pratique est faible ou inexistante, les raisons de l'appliquer diminuent ou disparaissent.

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir

argued by parties who have a stake in the outcome. It is apparent that this requirement may be satisfied if, despite the cessation of a live controversy, the necessary adversarial relationships will nevertheless prevail. For example, although the litigant bringing the proceeding may no longer have a direct interest in the outcome, there may be collateral consequences of the outcome that will provide the necessary adversarial context. This was one of the factors which played a role in the exercise of this Court's discretion in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*. The restaurant, for which a renewal of permits to sell liquor and operate a restaurant was sought, had been sold and therefore no mandamus for a licence could be given. Nevertheless, there were prosecutions outstanding against the appellant for violation of the municipal by-law which was the subject of the legal challenge. Determination of the validity of this by-law was a collateral consequence which provided the appellant with a necessary interest which otherwise would have been lacking.

In the United States, the role of collateral consequences in the exercise of discretion to hear a case is well recognized. In *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911), the United States Supreme Court was asked to examine an order of the Interstate Commerce Commission which fixed maximum rates for certain transportation charges. Despite the expiry of this order, it was held, in part, that the remaining potential liability of the railway company to shippers comprised a collateral consequence justifying a decision on the merits. The principle that collateral consequences of an already completed cause of action warrant appellate review was most clearly stated in *Sibron v. New York*, *supra*. The appellant in that case appealed his conviction although his sentence had already been completed. At page 55, Warren C.J. stated:

> ... most criminal convictions do in fact entail adverse collateral legal consequences. The mere "possibility" that this will be the case is enough to preserve a criminal case from ending "ignominiously in the limbo of mootness."

que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects. Il semble que cette exigence puisse être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire. C'est un des facteurs qui a joué dans la décision de cette Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée. Après la vente du restaurant pour lequel on demandait le renouvellement du permis d'exploitation et de vente de boissons alcooliques, il n'était plus possible de délivrer le *mandamus* relatif au permis. Néanmoins, subsistaient des poursuites contre l'appelante pour infraction au règlement municipal que visait l'action en justice. La détermination de la validité du règlement avait des conséquences accessoires pour l'appelante et lui donnait l'intérêt requis pour agir qu'autrement elle n'aurait pas eu.

Aux États-Unis, les conséquences accessoires ont un rôle reconnu dans la décision d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire. Dans *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911), on avait demandé à la Cour suprême des États-Unis de se prononcer sur une ordonnance de l'Interstate Commerce Commission qui imposait un plafond sur certains prix de transport. Malgré la caducité de l'ordonnance, la Cour a conclu, entre autres choses, que la responsabilité éventuelle de la société de chemins de fer envers les expéditeurs constituait une conséquence accessoire qui justifiait une décision sur le fond. L'arrêt *Sibron v. New York*, précité, consacre le principe d'après lequel les conséquences accessoires d'une cause d'action terminée justifient un appel. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité après avoir déjà purgé sa peine. Le juge en chef Warren dit, à la p. 55:

> [TRADUCTION] ... la plupart des déclarations de culpabilité comportent des conséquences juridiques accessoires défavorables. Cette seule «possibilité» suffit pour empêcher qu'une affaire pénale se termine «ignominieusement dans les limbes des affaires théoriques».

In Canada, the cases of *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, and *R. v. Mercure*, *supra*, illustrate the workings of this principle. In those cases, the presence of interveners who had a stake in the outcome supplied the necessary adversarial context to enable the Court to hear the cases.

The second broad rationale on which the mootness doctrine is based is the concern for judicial economy. (See: Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide", *Charter Litigation.*) It is an unfortunate reality that there is a need to ration scarce judicial resources among competing claimants. The fact that in this Court the number of live controversies in respect of which leave is granted is a small percentage of those that are refused is sufficient to highlight this observation. The concern for judicial economy as a factor in the decision not to hear moot cases will be answered if the special circumstances of the case make it worthwhile to apply scarce judicial resources to resolve it.

The concern for conserving judicial resources is partially answered in cases that have become moot if the court's decision will have some practical effect on the rights of the parties notwithstanding that it will not have the effect of determining the controversy which gave rise to the action. The influence of this factor along with that of the first factor referred to above is evident in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*.

Similarly an expenditure of judicial resources is considered warranted in cases which although moot are of a recurring nature but brief duration. In order to ensure that an important question which might independently evade review be heard by the court, the mootness doctrine is not applied strictly. This was the situation in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*. The issue was the validity of an interlocutory injunction prohibiting certain strike action. By the time the case reached this Court the strike had been settled. This is the usual result of the operation of a temporary injunction in labour cases. If the point was ever to be tested, it almost had to be in a case

Au Canada, les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* et *R. c. Mercure*, précités, illustrent le mécanisme de ce principe. Dans ces affaires, l'intérêt des intervenants dans l'issue du pourvoi fournissait le contexte contradictoire nécessaire pour permettre à la Cour d'entendre ces causes.

La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires. (Voir: Sharpe, «Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide», *Charter Litigation.*) La triste réalité est qu'il nous faut rationner et répartir entre les justiciables des ressources judiciaires limitées. Le fait que les litiges actifs qui reçoivent une autorisation de pourvoi en cette Cour représentent une faible proportion du nombre total des demandes présentées, témoigne de cette réalité. La saine économie des ressources judiciaires n'empêche pas l'utilisation de ces ressources, si limitées soient-elles, à la solution d'un litige théorique, lorsque les circonstances particulières de l'affaire le justifient.

L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action. L'influence de ce facteur, combiné au premier facteur mentionné plus haut, est évidente dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée.

De même, il peut être justifié de consacrer des ressources judiciaires à des causes théoriques qui sont de nature répétitive et de courte durée. Pour garantir que sera soumise aux tribunaux une question importante qui, prise isolément, pourrait échapper à l'examen judiciaire, on peut décider de ne pas appliquer strictement la doctrine du caractère théorique. Ce fut le cas dans l'arrêt *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, précité. L'affaire portait sur la validité d'une injonction interlocutoire qui interdisait certains actes de grève. Quand l'affaire a été soumise à cette Cour, la grève avait déjà fait l'objet d'un règlement. C'est le résultat habituel d'une injonction provi-

that was moot. Accordingly, this Court exercised its discretion to hear the case. To the same effect are *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec*, [1970] S.C.R. 713, and *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] S.C.R. 756. The mere fact, however, that a case raising the same point is likely to recur even frequently should not by itself be a reason for hearing an appeal which is moot. It is preferable to wait and determine the point in a genuine adversarial context unless the circumstances suggest that the dispute will have always disappeared before it is ultimately resolved.

soire dans les conflits du travail. Si la question devait être tranchée un jour, il était presque inévitable qu'elle le soit dans un cas devenu théorique. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire. D'autres exemples sont: *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713, et *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756. Le simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu.

There also exists a rather ill-defined basis for justifying the deployment of judicial resources in cases which raise an issue of public importance of which a resolution is in the public interest. The economics of judicial involvement are weighed against the social cost of continued uncertainty in the law. See *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470, and Kates and Barker, *supra*, at pp. 1429-31. Locke J. alluded to this in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*, at p. 91: "The question, as I have said, is one of general public interest to municipal institutions throughout Canada."

On justifie également de façon assez imprécise, l'utilisation de ressources judiciaires dans des cas où se pose une question d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher. Il faut mettre en balance la dépense de ressources judiciaires et le coût social de l'incertitude du droit. Voir *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, et Kates et Barker, dans l'ouvrage précité, aux pp. 1429 à 1431. Le juge Locke a fait allusion à cela dans l'arrêt *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précité, à la p. 91: [TRADUCTION] «La question a, je l'ai dit, de l'importance pour toutes les institutions municipales du Canada.»

This was the basis for the exercise of this Court's discretion in the *Re Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793. The question of the constitutionality of the patriation of the Constitution had, in effect, been rendered moot by the occurrence of the event. The Court stated at p. 806:

> While this Court retains its discretion to entertain or not to entertain an appeal as of right where the issue has become moot, it may, in the exercise of its discretion, take into consideration the importance of the constitutional issue determined by a court of appeal judgment which would remain unreviewed by this Court.

C'est le motif pour lequel cette Cour a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793. La question de la constitutionnalité du rapatriement de la Constitution était devenue théorique après le rapatriement. La Cour dit à la p. 806:

> Tout en conservant son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique, la Cour peut, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour.

In the circumstances of this case, it appears desirable that the constitutional question be answered in order to dispel any doubt over it and it accordingly will be answered.

Patently, the mere presence of an issue of national importance in an appeal which is otherwise moot is insufficient. National importance is a requirement for all cases before this Court except with respect to appeals as of right; the latter, Parliament has apparently deemed to be in a category of sufficient importance to be heard here. There must, therefore, be the additional ingredient of social cost in leaving the matter undecided. This factor appears to have weighed heavily in the decision of the majority of this Court in *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90.

The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for the Court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function. The Court must be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework. Pronouncing judgments in the absence of a dispute affecting the rights of the parties may be viewed as intruding into the role of the legislative branch. This need to maintain some flexibility in this regard has been more clearly identified in the United States where mootness is one aspect of a larger concept of justiciability. (See: Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", *supra*, and Tribe, *American Constitutional Law*, *supra* at p. 67.)

In my opinion, it is also one of the three basic purposes of the mootness doctrine in Canada and a most important factor in this case. I generally agree with the following statement in P. Macklem and E. Gertner: "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369, at p. 373:

The latter function of the mootness doctrine—political flexibility—can be understood as the added degree of flexibility, in an allegedly moot dispute, in the law-making function of the Court. The mootness doctrine permits the Court not to hear a case on the ground that there no longer exists a dispute between the parties, notwithstanding the fact that it is of the opinion that it

Dans les présentes circonstances, il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite; voilà pourquoi il y sera répondu.

Manifestement, la présence d'une question d'importance nationale dans un pourvoi, qui est par ailleurs théorique, ne suffit pas. Tous les pourvois en cette Cour doivent avoir une importance nationale, à l'exception des pourvois de plein droit considérés assez importants par le législateur pour être soumis à cette Cour. Il faut aussi l'élément additionnel que constitue le coût social de laisser une question sans réponse. Ce facteur paraît avoir largement influencé la décision de la majorité dans l'arrêt de cette Cour *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiétement sur la fonction législative. La nécessité de garder une certaine souplesse à cet égard a été plus clairement reconnue aux États-Unis où la notion de caractère théorique est un aspect du concept plus large de justiciabilité. (Voir: Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory», précité, et Tribe, *American Constitutional Law*, précité, à la p. 67.)

À mon avis, c'est aussi l'un des trois objets fondamentaux de la doctrine canadienne du caractère théorique et un facteur très important en l'espèce. Je suis essentiellement d'accord avec ce que disent P. Macklem et E. Gertner dans «Re Skapinker and Mootness Doctrine» (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369, à la p. 373:

[TRADUCTION] Cette dernière fonction de la doctrine du caractère théorique—la souplesse politique—peut être considérée comme le degré supplémentaire de souplesse, à l'égard d'un différend tenu pour théorique, dans le rôle que joue la Cour dans l'élaboration du droit. La doctrine du caractère théorique permet à la Cour de ne pas entendre une affaire parce qu'il n'existe plus de

is a matter of public importance. Though related to the factor of judicial economy, insofar as it implies a determination of whether deciding the case will lead to unnecessary precedent, political flexibility enables the Court to be sensitive to its role within the Canadian constitutional framework, and at the same time reflects the degree to which the Court can control the development of the law.

I prefer, however, not to use the term "political flexibility" in order to avoid confusion with the political questions doctrine. In considering the exercise of its discretion to hear a moot case, the Court should be sensitive to the extent that it may be departing from its traditional role.

In exercising its discretion in an appeal which is moot, the Court should consider the extent to which each of the three basic rationalia for enforcement of the mootness doctrine is present. This is not to suggest that it is a mechanical process. The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

Exercise of Discretion: Application of Criteria

Applying these criteria to this appeal, I have little or no concern about the absence of an adversarial relationship. The appeal was fully argued with as much zeal and dedication on both sides as if the matter were not moot.

The second factor to be considered is the need to promote judicial economy. Counsel for the appellant argued that an extensive record had been developed in the courts below which would be wasted if the case were not decided on the merits. Although there is some merit in this position, the same can be said for most cases that come to this Court. To give effect to this argument would emasculate the mootness doctrine which by definition applies if at any stage the foundation for the action disappears. Neither can the fact that this Court reserved on the preliminary points and heard the appeal be weighed in favour of the appellant. In the absence of a motion to quash in advance of the appeal, it was the only practical

litige entre les parties, même si la Cour estime que la question a une importance nationale. Même si elle a des liens avec le facteur d'économie des ressources judiciaires, parce qu'il s'agit de déterminer si la décision de l'affaire aura comme conséquence de créer une jurisprudence inutile, la souplesse politique permet à la Cour de tenir compte de son rôle dans le cadre constitutionnel canadien et traduit en même temps la mesure dans laquelle la Cour peut diriger l'évolution du droit.

Je préfère toutefois ne pas utiliser l'expression «souplesse politique», afin d'éviter toute confusion possible avec la doctrine des questions politiques. Au moment de décider d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire théorique, la Cour doit être consciente de la mesure dans laquelle elle pourrait s'écarter de son rôle traditionnel.

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: application des critères

Pour l'application de ces critères au présent pourvoi, je ne crains pas vraiment l'absence de débat contradictoire. Le pourvoi a été plaidé avec autant de zèle et de ferveur de la part des deux parties que si la question n'avait pas été théorique.

Le second facteur à considérer est l'économie des ressources judiciaires. L'avocat de l'appelant soutient qu'un dossier imposant a été constitué devant les tribunaux d'instance inférieure et que ce dossier deviendrait inutile si l'affaire n'était pas jugée au fond. Quoique cet argument ait du mérite, on peut dire la même chose de presque tous les pourvois soumis à cette Cour. Faire droit à cet argument aurait comme conséquence d'affaiblir la doctrine du caractère théorique qui par définition s'applique si, à quelque étape que ce soit, le fondement de l'action disparaît. Il n'est pas possible non plus de faire jouer en faveur de l'appelant le fait que la Cour a mis les questions préliminaires en délibéré et a entendu le pourvoi. À défaut de

course that could be taken to prevent the possible bifurcation of the appeal. It would be anomalous if, by reserving on the mootness question and hearing the argument on the merits, the Court fettered its discretion to decide it.

None of the other factors that I have canvassed which justify the application of judicial resources is applicable. This is not a case where a decision will have practical side effects on the rights of the parties. Nor is it a case that is capable of repetition, yet evasive of review. It will almost certainly be possible to bring the case before the Court within a specific legislative context or possibly in review of specific governmental action. In addition, an abstract pronouncement on foetal rights in this case would not necessarily promote judicial economy as it is very conceivable that the courts will be asked to examine specific legislation or governmental action in any event. Therefore, while I express no opinion as to foetal rights, it is far from clear that a decision on the merits will obviate the necessity for future repetitious litigation.

Moreover, while it raises a question of great public importance, this is not a case in which it is in the public interest to address the merits in order to settle the state of the law. The appellant is asking for an interpretation of ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at large. In a legislative context any rights of the foetus could be considered or at least balanced against the rights of women guaranteed by s. 7. See *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 75; *per* Beetz J. at pp. 122-23; *per* Wilson J. at pp. 181-82. A pronouncement in favour of the appellant's position that a foetus is protected by s. 7 from the date of conception would decide the issue out of its proper context. Doctors and hospitals would be left to speculate as to how to apply such a ruling consistently with a woman's rights under s. 7. During argument the question was posed to counsel for R.E.A.L. Women as to what a hospital would do with a pregnant woman who required an abortion to save her life in the face of a ruling in favour of the

requête en annulation, c'était la seule solution pratique pour éviter la division du pourvoi. Il serait anormal qu'en mettant en délibéré la question de la nature théorique et en entendant le pourvoi au fond, la Cour compromette son pouvoir discrétionnaire de le décider.

Aucun des autres facteurs dont j'ai parlé et qui justifieraient de consacrer des ressources judiciaires à l'affaire ne s'applique. L'affaire n'aura pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il sera probablement possible de soumettre la question à la Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos de l'examen d'un acte gouvernemental précis. De plus en l'espèce, une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus ne favoriserait pas nécessairement l'économie des ressources judiciaires puisqu'il est probable que, de toute façon, les tribunaux soient appelés à se prononcer sur des textes législatifs ou des actes gouvernementaux précis. Quoique je n'exprime pas d'opinion sur les droits du fœtus, je ne suis pas certain du tout qu'une décision sur le fond éliminerait la nécessité de litiges répétés.

De plus, même s'il soulève une question de grande importance pour le public, il ne s'agit pas d'un cas où il serait dans l'intérêt du public de statuer sur le fond de la question pour déterminer l'état du droit. L'appelant demande une interprétation générale des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte d'une loi, les droits du fœtus pourraient être examinés ou, du moins, considérés par rapport aux droits garantis à la femme par l'art. 7: voir *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 75, le juge Beetz, aux pp. 122 et 123, et le juge Wilson, aux pp. 181 et 182. Un jugement en faveur de la thèse de l'appelant, suivant laquelle le fœtus jouit des droits garantis par l'art. 7 dès sa conception, reviendrait à trancher la question hors de son contexte. Les médecins et les hôpitaux seraient alors obligés de se demander comment appliquer une telle décision et respecter les droits garantis aux femmes par l'art. 7. Pendant les plaidoiries, on a demandé à l'avocate de R.E.A.L. Women ce que les médecins feraient, si l'appelant

appellant's position. The answer was that doctors and legislators would have to stay up at night to decide how to deal with the situation. This state of uncertainty would clearly not be in the public interest. Instead of rendering the law certain, a decision favourable to the appellant would have the opposite effect.

Even if I were disposed in favour of the appellant in respect to the first two factors which I have canvassed, I would decline to exercise a discretion in favour of deciding this appeal on the basis of the third. One element of this third factor is the need to demonstrate some sensitivity to the effectiveness or efficacy of judicial intervention. The need for courts to exercise some flexibility in the application of the mootness doctrine requires more than a consideration of the importance of the subject matter. The appellant is requesting a legal opinion on the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the absence of legislation or other governmental action which would otherwise bring the *Charter* into play. This is something only the government may do. What the appellant seeks is to turn this appeal into a private reference. Indeed, he is not seeking to have decided the same question that was the subject of his action. That question related to the validity of s. 251 of the *Criminal Code*. He now wishes to ask a question that relates to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* alone. This is not a request to decide a moot question but to decide a different, abstract question. To accede to this request would intrude on the right of the executive to order a reference and pre-empt a possible decision of Parliament by dictating the form of legislation it should enact. To do so would be a marked departure from the traditional role of the Court.

Having decided that this appeal is moot, I would decline to exercise the Court's discretion to decide it on the merits.

Standing

Mr. Borowski's original action alleged that subss. (4), (5) and (6) of the *Criminal Code* avait gain de cause, dans le cas d'une femme enceinte dont la vie ne pourrait être sauvée que par un avortement. Il a répondu que les médecins et les législateurs passeraient quelques nuits blanches à chercher une solution. Un tel état d'incertitude n'est certainement pas dans l'intérêt public. Au lieu de clarifier le droit, une décision en faveur de l'appelant aurait l'effet contraire.

Même si j'étais enclin à me prononcer en faveur de l'appelant pour les deux premiers facteurs, je refuserais d'exercer le pouvoir discrétionnaire de rendre une décision sur le fond du pourvoi à cause du troisième facteur. Un des éléments de ce troisième facteur est la nécessité d'être sensible à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire. La nécessité pour les tribunaux de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de la doctrine du caractère théorique exige plus que la simple considération de l'importance de la question. L'appelant demande une opinion juridique sur l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'absence de loi ou d'acte gouvernemental qui donnerait lieu à l'application de la *Charte*. Seul le gouvernement peut le faire. L'appelant cherche en réalité à transformer le pourvoi en renvoi d'initiative privée. En fait, il ne cherche même pas à faire trancher la question qui était l'objet de l'action, c'est-à-dire la validité de l'art. 251 du *Code criminel*. Il veut maintenant poser une question qui a trait à la *Charte canadienne des droits et libertés* uniquement. On ne demande pas une réponse à une question théorique, mais une réponse à une question différente, à une question abstraite. Faire droit à cette demande empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher le législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

Ayant décidé que le pourvoi est théorique, je suis d'avis de refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour le trancher au fond.

La qualité pour agir

Dans son action initiale, M. Borowski soutenait que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*

violated the s. 1 right to life of the *Canadian Bill of Rights*: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, *supra*. This Court held Borowski had standing as he was able to demonstrate a "genuine interest" in the validity of the legislation.

Standing was granted premised upon Mr. Borowski's desire to challenge specific legislation. Martland J. considered the earlier standing decisions of the Supreme Court in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and concluded that the appellant had standing by reason of his "genuine interest as a citizen in the validity of the legislation" under attack (at p. 598):

The Court relied heavily upon the decision in *Thorson*, *supra*, where Laskin J. (as he then was), speaking for the majority, stated at p. 161:

> In my opinion, standing of a federal taxpayer seeking to challenge the constitutionality of federal legislation is a matter particularly appropriate for the exercise of judicial discretion, relating as it does to the effectiveness of process. Central to that discretion is the justiciability of the issue sought to be raised .... [Emphasis added.]

I believe these decisions were clear in allowing an expanded basis for standing where specific legislation is challenged on constitutional grounds.

There have been two significant changes in the nature of this action since this Court granted Mr. Borowski standing in 1981. The claim is now premised primarily upon an alleged right of a foetus to life and equality pursuant to ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Secondly, by holding s. 251 to be of no force and effect in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, the legislative context of this claim has disappeared.

By virtue of s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, there are two possi-

enfreignaient le droit à la vie garanti par l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits*: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, précité. Cette Cour a statué que M. Borowski avait qualité pour agir parce qu'il pouvait faire la preuve d'«un intérêt véritable» quant à la validité de la loi.

La qualité pour agir a été reconnue à M. Borowski parce que celui-ci voulait contester une loi précise. Le juge Martland a examiné les arrêts antérieurs de cette Cour relatifs à la qualité pour agir, *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et il a conclu que l'appelant avait qualité pour agir parce que «à titre de citoyen, [il avait] un intérêt véritable quant à la validité de la loi» contestée (à la p. 598).

La Cour s'est essentiellement appuyée sur l'arrêt *Thorson*, précité, dans lequel le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a dit, au nom de la majorité, à la p. 161:

> À mon avis, la qualité pour agir d'un contribuable fédéral qui cherche à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours. La question de savoir si la question qu'on cherche à soulever peut être réglée par les tribunaux est au cœur de ce pouvoir discrétionnaire ... [Je souligne.]

Je crois que ces arrêts ont clairement élargi le fondement de la qualité pour agir quand une loi précise fait l'objet d'une contestation fondée sur des moyens constitutionnels.

Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à M. Borowski la qualité pour agir en 1981. D'abord la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du fœtus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 inopérant, l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, a fait disparaître le contexte législatif de la demande.

Par application du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y

ble means of gaining standing under the *Charter*. Section 24(1) provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In my opinion s. 24(1) cannot be relied upon here as a basis for standing. Section 24(1) clearly requires an infringement or denial of a *Charter*-based right. The appellant's claim does not meet this requirement as he alleges that the rights of a foetus, not his own rights, have been violated.

Nor can s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* be invoked to extend standing to Mr. Borowski. Section 52(1) reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

This section offers an alternative means of securing standing based on the *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* trilogy expansion of the doctrine.

Nevertheless, in the same manner that the "standing trilogy" referred to above was based on a challenge to specific legislation, so too a challenge based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is restricted to litigants who challenge a law or governmental action pursuant to power granted by law. The appellant in this appeal challenges neither "a law" nor any governmental action so as to engage the provisions of the *Charter*. What the appellant now seeks is a naked interpretation of two provisions of the *Charter*. This would require the Court to answer a purely abstract question which would in effect sanction a private reference. In my opinion, the original basis for the appellant's standing is gone and the appellant lacks standing to pursue this appeal.

Accordingly, the appeal is dismissed on both the grounds that it is moot and that the appellant lacks standing to continue the appeal. In my opinion, in

a deux moyens d'avoir qualité pour agir en vertu de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) dit:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

À mon avis, il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir. Le paragraphe 24(1) exige expressément qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. La demande de l'appelant ne remplit pas cette condition puisqu'il allègue la violation des droits du fœtus, et non de ses propres droits.

On ne peut non plus se fonder sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour reconnaître à M. Borowski qualité pour agir. Le paragraphe 52(1) dit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Ce paragraphe prévoit donc un autre moyen d'avoir qualité pour agir selon les trois arrêts qui ont étendu la doctrine relative à cette question, les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*.

Cependant ces trois arrêts portaient sur la contestation d'une loi précise et, de la même manière, une action fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. Ici, l'appelant ne conteste ni «une loi» ni un acte gouvernemental qui fait jouer les dispositions de la *Charte*. L'appelant demande une interprétation pure et simple de deux dispositions de la *Charte*. Pour ce faire, la Cour devrait ainsi répondre à une question totalement abstraite et, par la même occasion, sanctionner un renvoi d'initiative privée. À mon avis, le fondement initial de la qualité pour agir a disparu et le demandeur n'a plus qualité pour continuer ce pourvoi.

En conséquence, le pourvoi est rejeté et pour le motif qu'il est théorique et pour le motif que l'appelant n'a plus qualité pour agir. À mon avis,

lieu of applying to adjourn the appeal, the respondent should have moved to quash. Certainly, such a motion should have been brought after the adjournment was denied. Failure to do so has resulted in the needless expense to the appellant of preparing and arguing the appeal before this Court. In the circumstance, it is appropriate that the respondent pay to the appellant the costs of the appeal incurred subsequent to the disposition of the motion to adjourn which was made on July 19, 1988.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Shumiatcher-Fox, Regina.

Solicitors for the intervener Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitor for the intervener R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

au lieu de demander l'ajournement du pourvoi, l'intimé aurait dû demander son annulation. Cette demande aurait certainement dû être présentée après le refus de la demande d'ajournement. En ne le faisant pas, on a occasionné des dépenses inutiles à l'appelant en l'obligeant à préparer et soutenir le présent pourvoi. Dans les circonstances, il convient que l'intimé paie à l'appelant les dépens du présent pourvoi depuis la décision rendue sur la demande d'ajournement le 19 juillet 1988.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Shumiatcher-Fox, Regina.

Procureurs de l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Francis Darren Morrissette and Robert Matthew Chaulk *Applicants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* CHAULK (APPLICATION)

File Nos.: 21035, 21012.

1989: March 13*.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Jurisdiction — Applications for leave to appeal — Supreme Court of Canada jurisdiction — Determination of applications on the basis of written material without oral hearing — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

Criminal law — Indictable offence — Applications for leave to appeal — Supreme Court of Canada jurisdiction — Determination of applications on the basis of written material without oral hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

Applicants, whose murder convictions were upheld on appeal, sought leave to appeal to this Court pursuant to s. 618(1)(*b*) of the *Criminal Code*. After filing the application for leave to appeal, counsel for applicant Morrissette argued that, under the newly adopted s. 45 of the *Supreme Court Act*, the Court did not have jurisdiction to decide the application without according applicant an oral hearing.

Held: The application is dismissed.

The Court held that it had jurisdiction to determine the application on the basis of the written material and without according an oral hearing. It is important to distinguish (1) grounds for appeal from (2) procedure to be followed and the criteria to be applied in deciding whether to grant leave to appeal. The right to appeal to this Court from a judgment dismissing an appeal from a conviction for an indictable offence is conferred by the

* Reasons delivered on April 27, 1989.

Francis Darren Morrissette et Robert Matthew Chaulk *Requérants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CHAULK (REQUÊTE)

N^os du greffe: 21035, 21012.

1989: 13 mars*.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Compétence — Demandes d'autorisation de pourvoi — Compétence de la Cour suprême du Canada — Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

Droit criminel — Acte criminel — Demandes d'autorisation de pourvoi — Compétence de la Cour suprême du Canada — Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

Les requérants, dont les déclarations de culpabilité de meurtre ont été confirmées en appel, s'adressent à cette Cour pour obtenir l'autorisation de se pourvoir conformément à l'al. 618(1)*b*) du *Code criminel*. Après production de la demande d'autorisation, l'avocat du requérant Morrissette a allégué qu'en vertu du nouvel art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour n'avait pas compétence pour trancher la demande d'autorisation sans accorder une audience au requérant.

Arrêt: La requête est rejetée.

La Cour juge qu'elle a compétence pour trancher la demande d'autorisation sur le fondement de conclusions écrites sans accorder d'audience. Il est important de distinguer (1) les moyens d'appel de (2) la procédure à suivre et des critères à appliquer pour décider s'il faut accorder l'autorisation de pourvoi. C'est le *Code criminel* et non la *Loi sur la Cour suprême* qui accorde le droit d'en appeler à cette Cour du rejet d'un appel

* Motifs déposés le 27 avril 1989.

Criminal Code and not by the *Supreme Court Act*. Section 41(3) of the *Supreme Court Act* relates only to the grounds for appeal and, even when read with s. 45, bears no relation to the procedure to be followed or to the criteria to be applied when the Court is deciding whether or not to grant leave. Section 45 was intended by Parliament to establish a procedure of general application and to afford this Court the authority to control its own docket. Hence s. 45, in its present form, should be interpreted in that light.

Cases Cited

Applied: *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 618 [am. S.C. 1987, c. 42, s. 10], 620, 621.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45 [am. S.C. 1987, c. 42, ss. 3, 4].

APPLICATION challenging the jurisdiction of the Supreme Court of Canada to determine without oral hearing a motion for leave to appeal brought under the *Criminal Code*. Application dismissed.

G. Greg Brodsky, Q.C., for the applicant Morrissette.

Heather Leonoff, for the applicant Chaulk.

J. G. B. Dangerfield, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., for the intervener.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The issue to be addressed on this application is whether the Court has jurisdiction to decide, on the basis of written material and without an oral hearing, an application for leave to appeal from a judgment of a court of appeal affirming a conviction for an indictable offence.

I Statutory Provisions

For ease of reference, the relevant statutory provisions may be set out here:

Supreme Court Act

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of

contre une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Le paragraphe 41(3) a trait exclusivement aux moyens d'appel et, même lorsqu'on l'interprète en regard de l'art. 45, il n'a aucun rapport avec la procédure à suivre ou avec les critères à appliquer lorsque la Cour décide si elle doit accorder ou refuser l'autorisation. Le législateur a voulu que l'art. 45 offre une procédure d'application générale et a choisi d'accorder à la Cour le pouvoir de contrôler son propre rôle. L'article 45, dans sa forme actuelle, doit donc être interprété dans ce contexte.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618 [mod. S.C. 1987, chap. 42, art. 10], 620, 621.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45 [mod. S.C. 1987, chap. 42, art. 3, 4].

REQUÊTE contestant la compétence de la Cour suprême du Canada pour trancher sans audience une demande d'autorisation de pourvoi présentée en vertu du *Code criminel*. Requête rejetée.

G. Greg Brodsky, c.r., pour le requérant Morrissette.

Heather Leonoff, pour le requérant Chaulk.

J. G. B. Dangerfield, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., pour l'intervenant.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—La présente requête vise à faire déterminer si la Cour a compétence pour trancher, sur le fondement de conclusions écrites et sans audience, une demande d'autorisation de pourvoi contre un arrêt d'une cour d'appel confirmant une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel.

I Les textes législatifs

À des fins de commodité, les textes législatifs pertinents sont reproduits ci-dessous:

Loi sur la Cour suprême

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement,

the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

(2) An application for leave to appeal under this section shall be brought in accordance with paragraph 64(1)(*a*).

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

45. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament, an application to the Supreme Court for leave to appeal shall be made to the Court in writing and the Court shall

(*a*) grant the application if it is clear from the written material that the application comes within the provisions of section 41 and does not warrant an oral hearing;

(*b*) dismiss the application if it is clear from the written material that the application does not come within the provisions of section 41 and does not warrant an oral hearing; and

(*c*) order an oral hearing to determine the application, in any other case.

Criminal Code

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(*a*) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, or

(*b*) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

(2) Les demandes d'autorisation d'appel présentées au titre du présent article sont régies par l'alinéa 64(1)*a*).

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

45. (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale, toute demande d'autorisation d'appel est présentée par écrit à la Cour qui, selon le cas:

a) l'accueille si sa conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience;

b) la rejette si sa non-conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience;

c) ordonne, dans les autres cas, la tenue d'une audience pour en décider.

Code criminel

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ou

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

II Facts

The applicants were convicted of first degree murder and their appeals to the Manitoba Court of Appeal were dismissed. They now seek leave to appeal to this Court pursuant to s. 618(1)(*b*) of the *Criminal Code*. Upon filing the application for leave to appeal, counsel for the applicant Morrissette indicated that he took the position that the Court did not have jurisdiction to decide the application for leave to appeal without according him an oral hearing. A hearing was ordered to determine the jurisdictional point, and by order of the Court, notice was given to the Attorney General of Canada and to the provincial Attorneys General of the motion challenging the Court's jurisdiction. The Attorney General of Canada intervened, making both written and oral submissions. At the conclusion of the argument on the jurisdictional issue, the Court gave judgment holding that it did have jurisdiction to determine the application on the basis of the written material and without according an oral hearing and indicated that reasons would follow. The Court also held, however, that in the circumstances, a panel of three judges would hear oral submissions on the application for leave to appeal itself. These reasons deal solely with the question of the Court's jurisdiction.

III Submission of the Applicant

The applicant contends that a literal reading of ss. 41 and 45 of the *Supreme Court Act* leads to the conclusion that the Court cannot dispose of an application for leave to appeal without an oral hearing where, as in the case at bar, the right to seek leave is conferred by s. 618(1)(*b*) of the *Criminal Code*. This argument is based upon s. 41(3) of the *Supreme Court Act* which expressly provides that no appeal lies to the Supreme Court of Canada "under this section" from the judgment of a court affirming a conviction for an indictable offence. The applicant contends that s. 45 expressly exempts cases which fall within s. 41(3) from the procedure whereby the Court has jurisdiction to dispose of an application for leave to appeal on

II Les faits

Les requérants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré et leurs appels à la Cour d'appel du Manitoba ont été rejetés. Ils demandent maintenant l'autorisation d'en appeler à cette Cour conformément à l'al. 618(1)*b*) du *Code criminel*. En produisant la demande d'autorisation de pourvoi, l'avocat du requérant Morrissette a allégué que la Cour n'avait pas compétence pour trancher la demande d'autorisation de pourvoi sans lui accorder une audience. On a ordonné la tenue d'une audience sur la question juridictionnelle et, sur l'ordre de la Cour, le procureur général du Canada et les procureurs généraux des provinces ont reçu avis de la requête contestant la compétence de la Cour. Le procureur général du Canada, qui est intervenu, a produit un mémoire et a plaidé à l'audience. À la fin du débat sur la question juridictionnelle, la Cour a jugé qu'elle avait compétence pour trancher la demande sur le fondement de conclusions écrites et sans audience et dit que ses motifs suivraient. Cependant, la Cour a également décidé que, vu les circonstances, trois juges entendraient les plaidoiries relativement à la demande d'autorisation de pourvoi elle-même. Les présents motifs traitent exclusivement de la question de la compétence de la Cour.

III Les arguments du requérant

Le requérant prétend qu'une interprétation littérale des art. 41 et 45 de la *Loi sur la Cour suprême* amène à conclure que la Cour ne peut trancher une demande d'autorisation de pourvoi sans accorder d'audience lorsque, comme en l'espèce, le droit de demander l'autorisation est conféré par l'al. 618(1)*b*) du *Code criminel*. Cet argument est fondé sur le par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême* qui prévoit expressément qu'aucun appel ne peut être interjeté à la Cour suprême du Canada «selon le présent article» du jugement d'une cour confirmant une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Le requérant prétend que l'art. 45 exempte expressément les affaires qui relèvent du par. 41(3) de la procédure qui

the basis of written materials and without according an oral hearing. Section 45(1)(*a*) provides that the Court shall grant the application for leave to appeal where "it is clear ... that the application comes within the provisions of section 41 ..." and s. 45(1)(*b*) provides that the Court shall dismiss the application where "it is clear ... that the application does not come within the provisions of section 41 ...". As appeals from conviction for an indictable offence are expressly excluded from s. 41 by virtue of s. 41(3), it will always be clear that the application does not come within s. 41, and the applicant therefore submits that the procedure contemplated by s. 45 can have no application to him.

IV Analysis

It is our view that the applicant's argument is unpersuasive and that a careful analysis of the relevant statutory provisions leads to the conclusion that the Court does indeed have jurisdiction pursuant to s. 45 to determine the application for leave to appeal without affording the applicant an oral hearing.

We do not believe that the approach to interpretation relied upon by the applicant yields the conclusion he urges upon the Court. As counsel for the Attorney General of Canada contended, a strictly literal approach taken to its logical conclusion would produce a highly implausible, indeed absurd result, namely, that the Court could not grant leave without an oral hearing under s. 45(1)(*a*), but it could refuse leave without a hearing pursuant to s. 45(1)(*b*). The latter subsection provides that an application is to be dismissed where it is clear from the written materials that it does not come within the provisions of s. 41. The applicant contends that he does not fall within s. 41 and hence, the reference to s. 41 in s. 45(1)(*b*) would create no impediment to the Court's dismissing the application on the basis of the written material alone. On the other hand, the Court could not grant the application without a hearing, as s. 45(1)(*a*) only applies to applications coming within s. 41. Parliament could not possibly have intended to require an oral hearing where the Court considers it appropriate to grant the application, but not where the Court decides to dismiss it.

permet à la Cour de trancher une demande d'autorisation de pourvoi sur le fondement de conclusions écrites et sans audience. L'alinéa 45(1)*a*) dispose que la Cour accueille la demande d'autorisation de pourvoi lorsqu'il y a «conformité avec l'article 41 ...» et l'al. 45(1)*b*) dispose que la Cour rejette la demande lorsqu'il y a «non-conformité avec l'article 41 ...» Comme les appels contre une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel sont expressément exclus de l'art. 41 en vertu du par. 41(3), il y aura toujours non-conformité de la demande avec l'art. 41; le requérant allègue donc que la procédure envisagée par l'art. 45 ne peut lui être appliquée.

IV Analyse

Nous sommes d'avis que l'argument du requérant est peu convaincant et qu'une analyse fouillée des dispositions législatives pertinentes amènent à conclure que la Cour a effectivement compétence en application de l'art. 45 pour trancher la demande d'autorisation de pourvoi sans accorder d'audience au requérant.

Nous ne croyons pas que l'interprétation invoquée par le requérant amène la conclusion qu'il a fait valoir devant la Cour. Comme l'avocat du procureur général du Canada l'a allégué, une interprétation strictement littérale poussée à sa conclusion logique produirait un résultat tout à fait invraisemblable, et même absurde. En effet, la Cour ne pourrait accorder l'autorisation sans audience en vertu de l'al. 45(1)*a*), mais elle pourrait refuser l'autorisation sans audience selon l'al. 45(1)*b*). Ce dernier alinéa dispose qu'une demande doit être rejetée si sa non-conformité avec l'art. 41 ressort des conclusions écrites. Le requérant prétend qu'il ne relève pas de l'art. 41 et, partant, que la mention de l'art. 41 dans l'al. 45(1)*b*) ne ferait pas obstacle à ce que la Cour rejette la demande sur le fondement de conclusions écrites seulement. D'autre part, la Cour ne pourrait accueillir la demande sans audience, car l'al. 45(1)*a*) ne s'applique qu'aux demandes qui relèvent de l'art. 41. Il n'est pas possible que le législateur ait voulu exiger une audience lorsque la Cour estime approprié d'accueillir la demande, mais non lorsque la Cour décide de la rejeter. Une interprétation de la loi

A reading of the statute which would distinguish between applications to be granted and applications to be dismissed for procedural purposes should surely be avoided, particularly where the result would be to accord greater procedural rights where the application is to be allowed than where it is to be denied. An intention to produce an unreasonable result should not be imputed to a statute, particularly where another interpretation is available.

To come to a proper understanding of the interaction between ss. 41 and 45 of the *Supreme Court Act*, it is important to distinguish (1) grounds for appeal from (2) procedure to be followed and the criteria to be applied in deciding whether to grant leave to appeal. The right to appeal to this Court from a judgment dismissing an appeal from a conviction for an indictable offence is conferred by the *Criminal Code* and not by the *Supreme Court Act*: hence, s. 41(3) which makes it clear that the grounds for an appeal in such a case must be those prescribed by the *Criminal Code* and not by s. 41(1). Section 618 of the *Criminal Code* restricts appeals from conviction for an indictable offence to questions of law. Sections 620 and 621 of the *Criminal Code* impose similar restrictions on appeals from a verdict of insanity, unfitness to stand trial, and appeals by the Attorneys General. The effect of s. 41(3) of the *Supreme Court Act* is to make it clear that resort cannot be had to the broader grounds for appeal conferred by s. 41(1), according a right of appeal not only on a question of law, but as well on issues of mixed law and fact. In our view, s. 41(3) relates solely to the grounds for appeal and, even when read with s. 45, bears no relation to the procedure to be followed or to the criteria to be applied when the Court is deciding whether or not to grant leave. When s. 45(1) asks whether the case "comes within the provisions of section 41" (s. 45(1)(*a*)) or "does not come within the provisions of section 41" (s. 45(1)(*b*)), the question concerns the legal standard prescribed by s. 41(1), in other words, whether or not the case is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law, one that ought to be decided by the Supreme Court.

qui établirait une distinction entre des demandes qui doivent être accueillies et des demandes qui doivent être rejetées à des fins procédurales doit sûrement être écartée, surtout si elle a pour conséquence d'accorder plus de droits procéduraux lorsque la demande doit être accueillie que lorsqu'elle doit être rejetée. On ne doit pas attribuer à une loi une intention de produire un résultat déraisonnable, surtout lorsqu'il existe une autre interprétation.

Pour bien comprendre l'interaction des art. 41 et 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, il est important de distinguer (1) les moyens d'appel de (2) la procédure à suivre et des critères à appliquer pour décider s'il faut accorder l'autorisation de pourvoi. C'est le *Code criminel* et non la *Loi sur la Cour suprême* qui accorde le droit d'en appeler à cette Cour du rejet d'un appel contre une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel; d'où le par. 41(3) qui dit clairement que les moyens d'appel en pareil cas doivent être ceux prescrits par le *Code criminel* et non par le par. 41(1). L'article 618 du *Code criminel* restreint aux questions de droit les appels d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Les articles 620 et 621 du *Code criminel* imposent des restrictions similaires aux appels d'un verdict d'aliénation mentale, d'incapacité à subir un procès et aux appels interjetés par les procureurs généraux. Le paragraphe 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême* a pour effet d'établir clairement qu'on ne peut pas recourir aux moyens d'appel plus larges conférés par le par. 41(1) qui accorde un droit d'appel non seulement sur une question de droit, mais aussi sur des questions mixtes de droit et de fait. À notre avis, le par. 41(3) a trait exclusivement aux moyens d'appel et, même lorsqu'on l'interprète en regard de l'art. 45, il n'a aucun rapport avec la procédure à suivre ou avec les critères à appliquer lorsque la Cour décide si elle doit accorder ou refuser l'autorisation. Lorsque le par. 45(1) demande s'il y a «conformité avec l'article 41» (al. 45(1)*a*)) ou s'il y a «non-conformité avec l'article 41» (al. 45(1)*b*)), la question porte sur la norme juridique prescrite par le par. 41(1), en d'autres mots, si, en raison de son importance pour le public ou de l'importance de toute question de droit, la demande doit être tranchée par la Cour suprême.

Section 45 was intended by Parliament to provide for uniform and universally applicable procedure for the determination of applications for leave to appeal, a conclusion supported by the opening words of the section which indicate that it is to apply notwithstanding any other act of Parliament; nothing in s. 41(3) undermines that basic purpose. The French version of s. 45(1)(*a*) and (*b*), which reads as follows, supports this position:

> **45.** (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale, toute demande d'autorisation d'appel est présentée par écrit à la Cour qui, selon le cas:
>
> *a*) l'accueille si sa conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience;
>
> *b*) la rejette si sa non-conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience; [Emphasis added.]

In our view, the use of the word "conformité" in the French version is indicative of Parliament's intention that all leave applications should be made in writing so that the Court may determine the "compliance" or "non-compliance" of the arguments with the standards set in s. 41(1).

The statutory history of ss. 41 and 45 lends strong support to the conclusion that the purpose of s. 45 is to establish a procedure of general application. As noted in the factum of the applicant, s. 45 was first enacted in 1956 and "was obviously intended as a comprehensive procedural measure, affecting all applications for leave brought under all statutes, including the *Criminal Code*." The amended version of s. 45 now in force retains the character of its precursor as a comprehensive scheme establishing the procedure to be followed in relation to all applications for leave to appeal. Indeed, amendments to the *Supreme Court Act* since s. 45 was first enacted have transformed the jurisdiction. Formerly, our caseload was predominantly comprised of appeals as of right; now it is predominantly appeals by leave. As was stated in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 393, "It is difficult to overestimate the significance of this transition." Parliament has chosen to afford this Court the authority to control its own docket and s. 45, in its present form,

Le législateur a voulu que l'art. 45 offre une procédure uniforme et d'application universelle pour trancher les demandes d'autorisation de pourvoi. Cette conclusion est appuyée par les premiers mots de l'article qui indiquent qu'il s'applique par dérogation à toute autre loi du Parlement. Rien au par. 41(3) n'ébranle cet objectif fondamental. Le texte français des al. 45(1)*a*) et *b*) appuie cette position. Nous les citons de nouveau pour des fins de commodité:

> **45.** (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale, toute demande d'autorisation d'appel est présentée par écrit à la Cour qui, selon le cas:
>
> *a*) l'accueille si sa conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience;
>
> *b*) la rejette si sa non-conformité avec l'article 41 ressort des conclusions écrites et si elle ne justifie pas la tenue d'une audience; [Je souligne.]

À notre avis, l'emploi du mot «conformité» dans le texte français indique qu'il était dans l'intention du législateur que toutes les demandes d'autorisation soient faites par écrit de sorte que la Cour puisse déterminer la «conformité» ou la «non-conformité» des arguments avec les normes établies au par. 41(1).

L'historique législatif des art. 41 et 45 apporte un appui solide à la conclusion que l'art. 45 a pour objet d'établir une procédure d'application générale. Comme le signale le mémoire du requérant, l'art. 45 a été adopté pour la première fois en 1956 et [TRADUCTION] «était de toute évidence conçu comme une mesure procédurale globale visant toutes les demandes d'autorisation présentées en vertu de toutes les lois, y compris le *Code criminel*». La version modifiée de l'art. 45 maintenant en vigueur conserve le caractère de son précurseur en tant que régime global établissant la procédure à suivre pour toutes les demandes d'autorisation de pourvoi. En fait, les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* depuis que l'art. 45 a été adopté pour la première fois ont transformé la compétence de cette Cour. Autrefois, la charge de travail était surtout formée d'appels de plein droit; maintenant elle est surtout formée d'appels sur autorisation. Comme le dit l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 393, «On ne saurait attacher trop d'importance à ce changement». Le

should be interpreted in that light. While the 1987 amendments (of which the present s. 45 forms a part) did not eliminate all appeals as of right, they did further enhance the capacity of this Court to manage its docket by conferring jurisdiction to decide leave applications on the basis of written material. Had Parliament intended to limit this important newly-conferred jurisdiction by excepting applications for leave in certain criminal cases, it would have said so explicitly. This Court has recently affirmed the desirability of "an expansive reading" of the provisions relating to leave to appeal "the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system as the court of last resort for all Canadians": *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536 at p. 547, quoting *R. v. Gardiner*, *supra*, at p. 404. The result of the foregoing analysis is entirely consistent with this approach and in keeping with the important objective of enhancing this Court's capacity to control and manage its docket in a manner consistent with its role at the apex of the Canadian judicial hierarchy.

législateur a choisi d'accorder à cette Cour le pouvoir de contrôler son propre rôle et l'art. 45, dans sa forme actuelle, doit être interprété dans ce contexte. Les modifications de 1987 (dont le présent art. 45 fait partie) n'ont pas éliminé tous les appels de plein droit, mais elles ont encore accru la capacité de cette Cour de gérer sa charge de travail en lui accordant la compétence de trancher les demandes d'autorisation sur le fondement de conclusions écrites. S'il avait voulu limiter cette importante compétence nouvelle en en retranchant les demandes d'autorisation dans certaines affaires criminelles, le législateur l'aurait dit explicitement. Cette Cour a récemment affirmé qu'il était souhaitable de donner aux dispositions relatives à l'autorisation de pourvoi «une interprétation plus libérale qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens»: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 547, citant *R. c. Gardiner*, précité, à la p. 404. L'analyse qui précède offre un résultat tout à fait compatible avec cette conception et en accord avec l'objectif important d'accroître la capacité de cette Cour de contrôler et de gérer sa charge de travail d'une manière compatible avec son rôle au sommet de la hiérarchie judiciaire canadienne.

V Conclusion

For these reasons, we conclude that the applicant's claim to an oral hearing as of right and challenge to the Court's jurisdiction to decide his application for leave to appeal without according him an oral hearing must fail.

Application dismissed.

Solicitors for the applicant Morrissette: Walsh, Micay and Co., Winnipeg.

Solicitors for the applicant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.

V Conclusion

Pour ces motifs, nous concluons que la prétention du requérant à une audience de plein droit et la contestation de la compétence de la Cour de trancher sa demande d'autorisation de pourvoi sans lui accorder une audience doivent échouer.

Requête rejetée.

Procureurs du requérant Morrissette: Walsh, Micay and Co., Winnipeg.

Procureurs du requérant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.

The Protestant School Board of Greater Montreal, the Greater Quebec School Board, the Lakeshore School Board and the Quebec Association of Protestant School Boards *Appellants*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

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

INDEXED AS: GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20415.

1988: June 7; 1989: March 16.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Rights and privileges respecting denominational schools — Regulations establishing a uniform curriculum for all schools in Quebec — Special allowance made for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant — Whether provincial legislation and the regulations adopted thereunder ultra vires the Quebec legislature — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2) — Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) — Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 O.G. II 1213 — Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 O.G. II 1223.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Powers, privileges or duties conferred by law on the separate schools and school trustees of Upper Canada at the time of Union extended by s. 93(2) of the Constitution Act, 1867 to the dissentient schools of Quebec — Whether all those powers, privileges or duties enjoy the constitutional protection of s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2).

* Le Dain J. took no part in the judgment.

La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal, la Commission scolaire Greater Québec, la Commission scolaire Lakeshore et l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec *Appelantes*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20415.

1988: 7 juin; 1989: 16 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — Droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Règlements établissant un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec — Dispositions spéciales prévues pour l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes — La loi provinciale et ses règlements d'application sont-ils ultra vires de la législature du Québec? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2) — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) — Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation préscolaire, (1981) 115 G.O. II 1733 — Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 G.O. II 1743.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — L'article 93(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 étend aux écoles dissidentes du Québec les pouvoirs, privilèges ou devoirs conférés par la loi aux écoles séparées et aux syndics d'écoles du Haut-Canada lors de l'Union — Tous ces pouvoirs, privilèges ou devoirs bénéficient-ils de la protection constitutionnelle de l'art. 93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2).

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

The Government of Quebec adopted, under s. 16(7) of the *Education Act*, two regulations which purported to establish a uniform curriculum for all non-denominational subjects for all schools in Quebec. The government made special allowance in its uniform curriculum for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant. The content of this component of a pupil's curriculum was not determined by the Minister of Education under the impugned regulations but by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation in regulations made by those bodies. Furthermore, the school board was not without input for the curricula other than religious and moral instruction. It was charged with adapting the province-wide regime to local needs and adding to the prescribed curricula when necessary, with approval. The school board also participated in the evaluation of the curricula.

Before the Superior Court, the appellants sought a declaration that s. 16(7) of the *Education Act* and the regulations adopted thereunder were *ultra vires* as being inconsistent with s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. The Court dismissed appellants' motion and the judgment was upheld by the Court of Appeal. In this Court, the appellants argued that s. 16(7) of the *Education Act* and the regulations were *ultra vires* the province because they violated a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its own schools and to regulate, subject to provincial rules of general application, the course of study to be followed in those schools. As an alternative, they argued that s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* extended the power or privilege to determine the exact content of curriculum enjoyed by trustees in Upper Canada to the Quebec Protestants.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: Under section 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, the province has exclusive jurisdiction to legislate with respect to education, but it cannot prejudicially affect a right or privilege affecting denominational schools enjoyed by a particular class of persons by law in effect at the time of the Union. Section 93(1) protects not only the denominational aspects of denominational schools but also the non-denominational aspects which are necessary to give effect to denominational guarantees. The fact that the

Le gouvernement du Québec a adopté, en vertu du par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, deux règlements ayant pour effet d'établir un programme d'études uniforme pour toutes les matières non confessionnelles dans toutes les écoles du Québec. Le gouvernement a spécialement prévu dans son programme d'études uniforme un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Le contenu de cet élément du programme d'études d'un élève n'était pas déterminé par le ministre de l'Éducation en vertu des règlements attaqués, mais par le comité catholique ou le comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation dans des règlements faits par ces comités. Par ailleurs, la commission scolaire prend part à l'élaboration des programmes d'études dans d'autres domaines que l'enseignement religieux et moral. Il lui incombe d'adapter aux besoins locaux le régime établi pour l'ensemble de la province et de faire des ajouts, si besoin est et avec l'approbation nécessaire, aux programmes d'études prescrits. De plus, la commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études.

En Cour supérieure, les appelantes ont cherché à faire déclarer *ultra vires*, pour cause d'incompatibilité avec le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et ses règlements d'application. La Cour a rejeté la requête des appelantes et la Cour d'appel a maintenu ce jugement. En cette Cour, les appelantes ont soutenu que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et ses règlements d'application excèdent la compétence de la province parce qu'ils violent un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles et de régler, sous réserve de règles provinciales d'application générale, le programme d'études à suivre dans ces écoles. Elles ont fait valoir subsidiairement que le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* étend aux protestants du Québec le droit ou le privilège conféré aux syndics du Haut-Canada d'établir le contenu exact des programmes d'études.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest: Aux termes du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la province a compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, mais elle ne peut préjudicier à un droit ou à un privilège relatif aux écoles confessionnelles, que conférait à une classe particulière de personnes une loi en vigueur lors de l'Union. Le paragraphe 93(1) protège non seulement les aspects confessionnels des écoles confessionnelles mais aussi les aspects non confessionnels qui sont nécessaires pour rendre efficaces les

guarantee is constitutionally entrenched is relevant to its interpretation. As a constitutional text, s. 93(1) may deserve a "purposive" interpretation but, in so doing, courts must not improperly amplify the provision's purpose. While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93(1) is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience. The entrenched right of specified classes of persons in a province to enjoy publicly-sponsored denominational schools based on a fixed statutory bench-mark should not be construed as a *Charter* human right or freedom.

In this case, the impugned legislation and regulations are *intra vires* the Quebec legislature. The Minister of Education successfully crafted regulations falling within the parameters of the provincial authority in relation to education and respecting the constitutional guarantees in s. 93(1). Under the scheme established by the regulations, the Minister has a broad power to establish a pedagogical regime for the preschools, elementary and secondary schools in the province. However, in schools recognized as Catholic or Protestant, it is the regulations of the Catholic or Protestant Committee of the Conseil supérieur de l'éducation which govern religious and moral instruction. The regulations under attack here do not purport to set the content of moral and religious instruction in Protestant schools. They go no further than to include such instruction among the courses deemed compulsory in all schools. By carving out the denominational content of curriculum and leaving it in the hands of the Protestant Committee of the Conseil, the province has conformed to the law in effect at the time of the Union which gave the "Curé, Priest or officiating Minister" the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals in denominational schools, and thus the authority to set the content of curricula pertaining to "religion and morals". This exception to the province's plenary power in relation to education — constitutionally entrenched by s. 93(1) — has not been violated.

The constitutional protection over non-denominational aspects of denominational schools necessary to give effect to denominational guarantees has not been violated by the regulations. The power which the school commissioners and trustees had in 1867 to "regulate the course of study" to be followed in denominational schools has been entrenched only in so far as this limited

garanties confessionnelles. Le fait qu'il s'agit d'une garantie constitutionnelle est un facteur pertinent pour son interprétation. En tant que texte constitutionnel, le par. 93(1) peut mériter d'être interprété «en fonction de son objet», mais les tribunaux doivent alors se garder de donner une portée indue à cet objet. Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée au par. 93(1) ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience. Le droit constitutionnel reconnu à certaines classes de personnes, dans une province, d'avoir des écoles confessionnelles financées par l'État, selon une norme légale fixe, ne doit pas être interprété comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte*.

En l'espèce la Loi et les règlements attaqués sont *intra vires* de la législature du Québec. Le ministre de l'Éducation a réussi à façonner des règlements qui restent à l'intérieur des limites de la compétence provinciale en matière d'éducation et respectent les garanties constitutionnelles énoncées au par. 93(1). Selon le système établi par les règlements, le ministre a le pouvoir général de créer un régime pédagogique pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires de la province. Toutefois, dans le cas des écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, ce sont les règlements du comité catholique ou du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation qui régissent l'enseignement religieux et moral. Les règlements contestés dans la présente affaire n'ont pas pour effet de fixer le contenu de l'enseignement moral et religieux dans les écoles protestantes. Ils se bornent à inclure cet enseignement parmi les matières considérées comme obligatoires dans toutes les écoles. En ne touchant pas au contenu confessionnel du programme d'études, qui est laissé au comité protestant du Conseil, la province s'est conformée à la loi en vigueur lors de l'Union, qui donnait au «curé, prêtre ou ministre desservant» le droit exclusif de faire le choix des livres ayant rapport à la religion et à la morale pour les écoles confessionnelles et qui leur conférait par le fait même le pouvoir de déterminer le contenu des programmes d'études portant sur la «religion» et la «morale». Cette exception au pouvoir absolu de la province en matière d'éducation, exception à laquelle le par. 93(1) a donné valeur constitutionnelle, a été respectée.

La protection constitutionnelle des aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles est également assurée par les règlements. Le pouvoir de «régler le cours d'études» dans les écoles confessionnelles, qu'avaient en 1867 les commissaires et les syndics d'écoles, n'est constitutionnalisé que dans la mesure où

regulatory power is necessary to give effect to denominational guarantees. The impugned legislation and regulations meet the constitutional requirement by granting to the school boards the power to adapt prescribed curricula to local needs and to create additional curricula, subject to approval, where they deem it necessary and to participate in the evaluation of the curricula generally. The regulations therefore allow the school boards to exercise their 1867 power over the non-denominational aspects of denominational schools necessary to give effect to denominational guarantees.

Appellants' position that Protestant educational philosophy extends constitutional protection beyond what is necessary to give effect to denominational guarantees is unacceptable. The appellants are attacking non-denominational aspects of the curriculum which are not necessary to give effect to denominational guarantees. By associating the content of the constitutional guarantee with a Protestant educational philosophy founded upon pluralism, the appellants would give to the Protestant community a right or privilege to determine the curriculum used in denominational schools which is completely incompatible with the exercise of the general regulatory power of the province over matters of curriculum falling outside religious and moral education.

Finally, appellants' alternative contention based on s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* must be rejected. Section 93(2) extends all powers, privileges and duties (but not constitutional powers and privileges) conferred and imposed on the separate schools in Upper Canada at the time of Union to the dissentient schools in Quebec. But section 93(2) does not itself entrench rights or privileges which existed in either province by law in 1867. It is section 93(1), and not s. 93(2) on its own, which raises "Right[s] or Privilege[s] with respect to Denominational Schools" to the status of constitutional norms. Therefore, where, by the operation of s. 93(2), a power or privilege which existed at the time of Union in Upper Canada is "extended" to dissentient Quebec Protestants or Catholics, the inquiry as to what greater constitutional powers and privileges dissentient Quebec Protestants and Catholics may enjoy in their own province does not end there. The Court is still required, not by s. 93(2) but by s. 93(1), to apply s. 93(1) to determine whether the power or privilege extended from

ce pouvoir de réglementation limité est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. La Loi et les règlements attaqués répondent à l'exigence constitutionnelle en donnant aux commissions scolaires le pouvoir d'adapter aux besoins locaux les programmes d'études prescrits, de créer, sous réserve qu'ils soient approuvés, d'autres programmes d'études lorsqu'elles le jugent nécessaire et de participer à l'évaluation des programmes d'études en général. Les règlements permettent donc aux commissions scolaires d'exercer le pouvoir qu'elles détenaient en 1867 sur les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles.

On ne peut retenir la proposition des appelantes suivant laquelle la philosophie protestante en matière d'éducation implique une protection constitutionnelle dépassant ce qui est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Les appelantes attaquent des aspects non confessionnels du programme d'études qui ne sont pas nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. En associant le contenu de la garantie constitutionnelle à une philosophie protestante en matière d'éducation qui est fondée sur le pluralisme, les appelantes accorderaient à la collectivité protestante un droit ou un privilège de régler le programme d'études à suivre dans les écoles confessionnelles qui est tout à fait incompatible avec l'exercice par la province de son pouvoir général de réglementation à l'égard des questions touchant le programme d'études qui n'appartiennent pas au domaine de l'enseignement religieux et moral.

Finalement, l'argument subsidiaire des appelantes fondé sur le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être rejeté. Le paragraphe 93(2) étend aux écoles dissidentes du Québec tous les pouvoirs, privilèges et devoirs (mais non des pouvoirs et privilèges garantis par la Constitution) conférés ou imposés aux écoles séparées du Haut-Canada au moment de l'Union. Mais le par. 93(2) lui-même ne donne pas valeur constitutionnelle à des droits ou des privilèges conférés par la loi qui existaient dans l'une ou l'autre province en 1867. C'est le par. 93(1), et non le par. 93(2) pris isolément, qui érige en normes constitutionnelles les «droit[s] ou privilège[s] [. . .] relativement aux écoles confessionnelles». Par conséquent si, en application du par. 93(2), un pouvoir ou un privilège existant au moment de l'Union dans le Haut-Canada est «étendu» aux protestants ou aux catholiques dissidents du Québec, cela ne permet pas de déterminer complètement quels sont les droits et privilèges constitutionnels additionnels dont disposent les protestants et catholiques dissidents du Québec dans

Upper Canada to Quebec is "with respect to Denominational Schools" and whether that power or privilege is prejudicially affected by the legislation attacked in any given case. Accepting in this case that in 1867 in Upper Canada the exact content of a particular school's curriculum was, in the absence of specific regulation by the Council for Public Instruction of that province, to be by law left to the discretion of the separate school trustees, this extended power or privilege did not result in a wider constitutional protection for the appellants. The power to set curriculum extended to Quebec Protestants has, by the application of s. 93(1), only been entrenched in so far as it is necessary to give effect to the denominational guarantee in Quebec.

Per Dickson C.J. and Wilson J.: The Court is required under s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* to measure the protection afforded by law to separate schools in Ontario in 1867 against the protection afforded by law to dissentient schools in Quebec in 1867 and if, as a result of that comparison, it is found that the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in 1867 were greater, those additional powers, privileges or duties are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec. Such additional powers, privileges or duties enjoy in general the constitutional protection of s. 93(1). Section 93(1) protection is not limited to powers, privileges or duties which relate specifically to the denominational aspects of such schools.

In the present case, however, the powers of the trustees of the separate schools in Ontario over the curriculum in their schools, which were extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec, were not constitutionally protected by s. 93(1) because they were subject in Ontario to the overriding regulatory authority of the Council of Public Instruction representing the province. It follows that, as far as curriculum is concerned, those powers, privileges and duties must be subject to that same regulatory authority on the part of the province of Quebec. The overriding regulatory authority of the province of Ontario, while it existed in law, could not be used to defeat the very purpose for which the separate schools in Ontario were established, namely the protection of Roman Catholic minority educational rights. Similarly, the province of Quebec cannot regulate the curriculum in the denominational schools in

leur propre province. La Cour est encore obligée, non par le par. 93(2) mais par le par. 93(1), d'appliquer le par. 93(1) afin de déterminer si le pouvoir ou privilège qui existait dans le Haut-Canada et que l'on a étendu au Québec est relatif aux écoles confessionnelles et si la loi attaquée dans une cause donnée préjudicie à ce pouvoir ou à ce privilège. Si l'on tient pour acquis en l'espèce qu'en 1867 dans le Haut-Canada, en l'absence d'un règlement exprès du Conseil d'instruction publique de cette province, la loi laissait aux syndics d'écoles séparées le soin de fixer le contenu précis du programme d'études d'une école particulière, le pouvoir ou le privilège ainsi étendu n'a pas eu pour effet de faire bénéficier les appelantes d'une plus grande protection constitutionnelle. Le pouvoir d'établir le programme d'études qui a été étendu aux protestants du Québec n'est constitutionnalisé par l'application du par. 93(1) qu'autant que cela est nécessaire pour rendre efficace la garantie confessionnelle au Québec.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson: Le paragraphe 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* oblige la Cour à comparer la protection accordée par la loi aux écoles séparées de l'Ontario en 1867 et celle accordée par la loi aux écoles dissidentes du Québec en la même année. Si cette comparaison révèle que les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario en 1867 étaient plus grands, les pouvoirs, privilèges ou devoirs supplémentaires sont étendus aux écoles dissidentes du Québec par l'effet du par. 93(2). Ces pouvoirs, privilèges ou devoirs supplémentaires bénéficient en général de la protection constitutionnelle du par. 93(1). La protection du par. 93(1) ne se limite pas aux pouvoirs, aux privilèges ou aux devoirs qui se rapportent particulièrement aux aspects confessionnels de ces écoles.

En l'espèce toutefois, les pouvoirs des syndics des écoles séparées de l'Ontario sur le programme d'études dans leurs écoles, que le par. 93(2) a étendus aux écoles dissidentes du Québec, ne bénéficiaient pas de la protection du par. 93(1) de la Constitution parce qu'ils étaient soumis au pouvoir de réglementation prépondérant du Conseil d'instruction publique, qui représentait la province. Il s'ensuit que, en ce qui concerne le programme d'études, ces pouvoirs, privilèges et devoirs doivent être assujettis au même pouvoir de réglementation, détenu cette fois-ci par la province de Québec. Bien que la loi conférât à la province de l'Ontario un pouvoir de réglementation prépondérant, on ne pouvait s'en servir pour contrecarrer le dessein même dans lequel les écoles séparées avaient été établies, savoir la protection des droits de la minorité catholique en matière d'éducation. De même, la province de Québec ne saurait réglementer

Quebec so as to undermine their distinctively denominational character. Therefore, even if the purpose of s. 93(2) was to enhance the constitutional protection afforded to dissentient schools in Quebec in order to equate their position with that of separate schools in Ontario, it would still be open to the legislature of Quebec to regulate the powers of dissentient school boards over curriculum, provided such regulation did not prejudicially affect the denominational character of such schools. Here, the impugned legislation and regulations did not prejudicially affect the denominational character of the denominational schools in Quebec. It was accordingly *intra vires* the Quebec legislature.

Cases Cited

By Beetz J.

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445.

By Wilson J.

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 23.
Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 64.
Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools, C.S.L.C. 1861, c. 15, ss. 21(3), (4), 65(2).
Act respecting Separate Schools, C.S.U.C. 1859, c. 65.
Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation, R.S.Q., c. C-60, ss. 2, 9(*a*), 17, 22, 30 [am. 1979, c. 23, s. 27].
Act to again amend the Education Act, S.Q. 1979, c. 80, s. 3.
Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 453.
Constitution Act, 1867, s. 93.
Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) [ad. 1979, c. 80, s. 3].
Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 *O.G.* II 1223.

le programme d'études des écoles confessionnelles du Québec d'une manière qui nuirait à leur caractère confessionnel distinctif. Donc, même si le par. 93(2) avait pour objet d'augmenter la protection constitutionnelle des écoles dissidentes du Québec afin de les mettre sur un pied d'égalité avec les écoles séparées de l'Ontario, le législateur québécois aurait encore compétence pour réglementer les pouvoirs des commissions d'écoles dissidentes sur le programme d'études, pourvu que cette réglementation ne préjudiciât pas au caractère confessionnel de ces écoles. En l'espèce, la Loi et les règlements attaqués ne préjudicient pas au caractère confessionnel des écoles confessionnelles du Québec. Ils sont donc *intra vires* de la législature du Québec.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445.

Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et les écoles normales et communes, S.R.B.C. 1861, chap. 15, art. 21(3), (4), 65(2).
Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaire dans le Haut-Canada, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., chap. 23.
Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., chap. 5.
Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, chap. 64.
Act respecting Separate Schools, C.S.U.C. 1859, chap. 65.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 453.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.
Loi modifiant de nouveau la Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1979, chap. 80, art. 3.
Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q., chap. C-60, art. 2, 9*a*), 17, 22, 30 [mod. 1979, chap. 23, art. 27].

Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 *O.G.* II 1213.

Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) [aj. 1979, chap. 80, art. 3].

Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et de l'éducation préscolaire, (1981) 115 *G.O.* II 1733.

Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 *G.O.* II 1743.

Authors Cited

Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375.

Chevrette, François et Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*. Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Doctrine citée

Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.

Chevrette, François et Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*. Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1028, 6 Q.A.C. 237, 41 D.L.R. (4th) 229, affirming a judgment of the Superior Court, [1986] R.J.Q. 48. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1028, 6 Q.A.C. 237, 41 D.L.R. (4th) 229, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1986] R.J.Q. 48. Pourvoi rejeté.

Colin K. Irving and *Allan R. Hilton*, for the appellants.

Colin K. Irving et *Allan R. Hilton*, pour les appelantes.

Jean-Yves Bernard and *Luc Leblanc*, for the respondent.

Jean-Yves Bernard et *Luc Leblanc*, pour l'intimé.

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alphonsus E. Faour, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

Alphonsus E. Faour, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

WILSON J.—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague, Justice Beetz, in this appeal and I am in complete agreement with him that the denominational content of education in denominational schools in Quebec is constitutionally protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. I agree with him also that the non-denominational content of education in denominational schools in Quebec is constitutionally protected by s. 93(1) to the extent the protection of such content is necessary to maintain the denominational character of those schools.

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Beetz dans le présent pourvoi et je suis entièrement d'accord avec lui que le contenu confessionnel de l'éducation dans les écoles confessionnelles du Québec bénéficie de la protection constitutionnelle du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je partage également son avis que le contenu non confessionnel de l'éducation dans les écoles confessionnelles du Québec est protégé par le par. 93(1) de la Constitution dans la mesure où cette protection est nécessaire pour maintenir le caractère confessionnel de ces écoles.

However, I respectfully differ from my colleague as to the way in which s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* relate to one another for purposes of determining the full measure of the constitutional protection afforded to denominational schools in the province of Quebec. I reproduce these provisions here for convenience:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

Section 93(1) precludes the enactment by the Quebec legislature of any law which prejudicially affects any "Right or Privilege" which "any Class of Persons" had by law in Quebec in 1867 "with respect to Denominational Schools". This calls as a first step for a historical analysis to determine what those rights and privileges were. My colleague has undertaken that analysis.

Section 93(2) provides that all the powers, privileges and duties which were conferred or imposed by law in 1867 on separate schools in Ontario "shall be and the same are hereby extended" to dissentient schools in Quebec. This, in turn, requires a review of the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in 1867 to see whether they are greater than the powers, privileges and duties dissentient Protestants and Roman Catholics had with respect to their schools in Quebec in 1867. This Court undertook the historical analysis required in order to ascertain the extent of the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in the *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (hereinafter the "*Separate Schools Reference*").

Avec égards, je ne suis cependant pas du même avis que mon collègue sur l'effet réciproque des par. 93(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* lorsqu'il s'agit de déterminer toute l'étendue de la protection constitutionnelle accordée aux écoles confessionnelles de la province de Québec. Voici le texte de ces dispositions:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

Le paragraphe 93(1) empêche le législateur québécois d'adopter une loi qui préjudicie à un «droit ou privilège conféré par la loi» en 1867 «à quelque classe particulière de personnes» au Québec «relativement aux écoles confessionnelles». Il faut donc, dans une première étape, déterminer par une analyse historique quels étaient ces droits et privilèges. Cette analyse a été faite par mon collègue.

Suivant le par. 93(2), tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi en 1867 aux écoles séparées de l'Ontario «seront et sont par les présentes étendus» aux écoles dissidentes du Québec. Il faut donc examiner les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario en 1867 pour voir si leur étendue dépasse celle des pouvoirs, privilèges et devoirs qu'avaient les protestants et catholiques dissidents du Québec relativement à leurs écoles en 1867. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (ci-après le «*Renvoi relatif aux écoles séparées*»), cette Cour a fait l'analyse historique nécessaire pour déterminer l'étendue des pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario.

Section 93(2) then requires us to measure the protection afforded by law to separate schools in Ontario in 1867 against the protection afforded by law to dissentient schools in Quebec in 1867 and if, as a result of that comparison, it is found that the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario were greater, those additional powers, privileges and duties (as the case may be) are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec. The question then becomes whether such additional powers, privileges and duties (if any) enjoy the constitutional protection of s. 93(1) and this in turn may depend in part on the meaning to be attached to the words "with respect to Denominational Schools" in that subsection.

My colleague interprets the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1) as if they read "with respect to the denominational aspects of Denominational Schools". In other words, he reads "with respect to Denominational Schools" as limiting s. 93(1) protection to the powers, privileges and duties extended to dissentient schools in Quebec by s. 93(2) which relate specifically to the denominational aspects of such schools. While other powers, privileges and duties may be extended by s. 93(2) to dissentient schools in Quebec, they are not, according to my colleague's interpretation, immune from the Quebec legislature under s. 93(1).

The difficulty raised by this interpretation of s. 93(1) is that it requires us to decide which powers, privileges and duties of separate schools in Ontario at the Union were related to the denominational aspects of such schools and which were not. Yet we know from the Ontario pre-Confederation legislation and the *Separate Schools Reference*, *supra*, that the protection provided to the separate schools in Ontario at the Union was not through identifiable aspects of the curriculum but through the separate school trustees' substantial measure of control over the curriculum by virtue of their authority to hire teachers and prescribe the subjects they were to teach. Roman Catholics were protected in Ontario with respect to the type of instruction given in their schools by the authority

Le paragraphe 93(2) exige ensuite que nous comparions la protection accordée par la loi aux écoles séparées de l'Ontario en 1867 et celle accordée par la loi aux écoles dissidentes du Québec en la même année et, si cette comparaison révèle que les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario étaient plus grands, les pouvoirs, privilèges ou devoirs (selon le cas) supplémentaires sont étendus par le par. 93(2) aux écoles dissidentes du Québec. La question qui se pose alors est de savoir si ces pouvoirs, privilèges et devoirs supplémentaires (s'il en est) bénéficient de la protection constitutionnelle du par. 93(1), ce qui peut dépendre en partie du sens attribué à l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans ce paragraphe.

Mon collègue interprète «relativement aux écoles confessionnelles» au par. 93(1) comme si cette expression signifiait: «relativement aux aspects confessionnels des écoles confessionnelles». En d'autres termes, l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» limite, à son avis, la protection du par. 93(1) aux pouvoirs, privilèges et devoirs qui ont été étendus aux écoles dissidentes du Québec par le par. 93(2) et qui se rapportent spécifiquement aux aspects confessionnels de ces écoles. Quoique le par. 93(2) puisse étendre d'autres pouvoirs, privilèges et devoirs aux écoles dissidentes du Québec, le par. 93(1), suivant l'interprétation de mon collègue, ne protège pas ceux-ci contre le législateur québécois.

La difficulté que présente cette interprétation du par. 93(1) tient à ce qu'elle nous oblige à déterminer quels pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario, à l'époque de l'Union, se rapportaient aux aspects confessionnels de ces écoles et lesquels ne s'y rapportaient pas. Or nous savons que, selon les lois en vigueur en Ontario avant la Confédération et selon le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, la protection accordée aux écoles séparées de l'Ontario au moment de l'Union était assurée non par des aspects déterminables du programme d'études, mais par le large contrôle que les syndics d'écoles séparées pouvaient exercer sur le programme d'études puisqu'ils étaient autorisés à engager les instituteurs et à prescrire les matières enseignées par ces derniers.

over curriculum conferred on the trustees. The trustees of the separate schools, in effect, were given the same authority over the curriculum in their schools as the common school trustees enjoyed with respect to the curriculum in the common schools.

However, and I believe that this is at the heart of the difficulty in reading s. 93(1) and (2) together, the power of the trustees in the separate schools in Ontario over the courses taught was, like the power of the trustees of the common schools, subject to the overriding regulatory authority of the Council of Public Instruction representing the province. The trustees' power was not absolute and, even although no regulations had in fact been passed in Ontario in relation to the curriculum by the time of Union, the overriding regulatory authority of the province was there by law. It seems to me therefore that, as far as curriculum is concerned, the powers, privileges and duties of the separate school trustees which are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec must be subject to that same regulatory authority on the part of the province of Quebec.

What is the effect then of the opening words of s. 93(1)? Do they remove the regulatory authority of the province so that the powers of dissentient school trustees over curriculum becomes absolute in Quebec? I would think not since this would give a greater degree of constitutional protection to dissentient schools in Quebec than was enjoyed by separate schools in Ontario. This is clearly contrary to the intent of s. 93(2). I think there are two possible approaches to the question. The first is to say that, because of the overriding regulatory authority of the province of Ontario, there are no additional powers, privileges and duties with respect to curriculum falling under the constitutional protection of s. 93(1) by virtue of the extension in s. 93(2). The power of the separate school trustees over curriculum was illusory because it was defeasible. There was nothing to extend. The second is to say that the regulatory authority of the province of Ontario was limited and did not

Pour les catholiques de l'Ontario, la protection du type d'enseignement dispensé dans leurs écoles, était assurée par le pouvoir conféré aux syndics sur le programme d'études. Les syndics des écoles séparées avaient obtenu le même pouvoir sur le programme d'études dans leurs écoles que celui que détenaient les syndics d'écoles communes sur le programme d'études dans les leurs.

Toutefois, et je crois que cela est au cœur de la difficulté qu'il y a à interpréter ensemble les par. 93(1) et (2), le pouvoir des syndics des écoles séparées de l'Ontario sur les cours enseignés était, comme le pouvoir des syndics des écoles communes, soumis au pouvoir de réglementation prépondérant du Conseil d'instruction publique, qui représentait la province. Le pouvoir des syndics n'était pas absolu et, bien qu'aucun règlement concernant le programme d'études n'eût en fait été pris en Ontario au moment de l'Union, la province n'en détenait pas moins, de par la loi, ce pouvoir de réglementation prépondérant. Je suis donc d'avis qu'en ce qui concerne le programme d'études, les pouvoirs, privilèges et devoirs des syndics d'écoles séparées que le par. 93(2) étend aux écoles dissidentes du Québec doivent être assujettis au même pouvoir de réglementation, détenu cette fois-ci par la province de Québec.

Quel est donc l'effet de la disposition liminaire du par. 93(1)? Enlève-t-elle à la province son pouvoir de réglementation, de sorte que le pouvoir des syndics d'écoles dissidentes sur le programme d'études devient absolu au Québec? Je ne le crois pas parce que les écoles dissidentes du Québec bénéficieraient alors d'une plus grande protection constitutionnelle que les écoles séparées de l'Ontario. Cela irait nettement à l'encontre de l'objet du par. 93(2). Selon moi, il y a deux manières possibles d'aborder la question. La première consiste à dire qu'en raison du pouvoir de réglementation prépondérant de la province de l'Ontario, il n'existe aucun pouvoir, privilège et devoir supplémentaire relatif au programme d'études qui reçoive la protection du par. 93(1) de la Constitution par suite de l'extension que prévoit le par. 93(2). Le pouvoir des syndics d'écoles séparées sur le programme d'études était illusoire parce qu'il pouvait lui être enlevé. Il n'y avait en conséquence rien à

extend to those aspects of the curriculum which were necessary for the maintenance and preservation of the denominational character of the separate schools. In other words, while the overriding regulatory authority of the province of Ontario was there in law, it could not be used to defeat the very purpose for which the separate schools were established, namely the protection of Roman Catholic minority educational rights. Similarly, the province of Quebec cannot regulate the curriculum in the denominational schools in Quebec so as to undermine their distinctively denominational character.

I favour the second approach and it leads me to conclude that, even if the purpose of s. 93(2) was to enhance the constitutional protection afforded to dissentient schools in Quebec in order to equate their position with that of separate schools in Ontario (and I think it was), it would still be open to the legislature of Quebec to regulate the powers of dissentient school boards over curriculum, provided such regulation did not prejudicially affect the denominational character of such schools. In other words, I reach the same result in this case as my colleague reaches through reading a qualification into the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1). I believe, however, that the difference in approach may be significant in the case of powers, privileges and duties unrelated to the content of the curriculum. It would be my view that all powers, privileges and duties conferred or imposed on separate schools in Ontario at the time of Union other than those specifically made subject by law to the overriding control of the province (as was the curriculum) are extended by s. 93(2) to dissentient schools in Quebec and have the constitutional protection of s. 93(1). This is so because, in my view, the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1) do not contain the internal limitation imported into those words by my colleague. The only reason, in my view, why the dissentient schools in Quebec do not have, by virtue of the extension in s. 93(2), constitutional protection under s. 93(1) for the substantial measure of control over curriculum which the separate schools enjoyed as a factual matter in

étendre. La deuxième consiste à dire que la province de l'Ontario ne détenait qu'un pouvoir de réglementation restreint qui ne s'étendait pas aux aspects du programme d'études nécessaires pour le maintien et la préservation du caractère confessionnel des écoles séparées. En d'autres termes, bien que la loi conférât un pouvoir de réglementation prépondérant, on ne pouvait s'en servir pour contrecarrer le dessein même dans lequel les écoles séparées avaient été établies, savoir la protection des droits de la minorité catholique en matière d'éducation. De même, la province de Québec ne saurait réglementer le programme d'études des écoles confessionnelles du Québec d'une manière qui nuit à leur caractère confessionnel distinctif.

Pour ma part, je préfère la seconde méthode, ce qui m'amène à conclure que, même si le par. 93(2) avait pour objet d'augmenter la protection constitutionnelle des écoles dissidentes du Québec afin de les mettre sur un pied d'égalité avec les écoles séparées de l'Ontario (et je crois que c'est le cas), le législateur québécois aurait encore compétence pour réglementer les pouvoirs des commissions d'écoles dissidentes sur le programme d'études, pourvu que cette réglementation ne préjudiciât pas au caractère confessionnel de ces écoles. En d'autres termes, ma conclusion en l'espèce est identique à celle à laquelle arrive mon collègue en apportant une restriction à l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» du par. 93(1). Je crois cependant que la différence dans la façon d'aborder la question pourrait se révéler importante dans le cas de pouvoirs, de privilèges et de devoirs non reliés au contenu du programme d'études. À mon avis, tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés aux écoles séparées de l'Ontario au moment de l'Union, à l'exception de ceux qui étaient expressément soumis de par la loi au pouvoir prépondérant de la province (ainsi que l'était le programme d'études), sont étendus par le jeu du par. 93(2) aux écoles dissidentes du Québec et bénéficient de la protection du par. 93(1) de la Constitution. Selon moi, il en est ainsi parce que l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» employée au par. 93(1) ne comporte pas en elle-même la restriction qu'y introduit mon collègue. À mon avis, si les écoles dissidentes du Québec ne jouissent pas, par suite de l'extension

Ontario at the time of Union is that the province of Ontario had by law the overriding authority to restrict that control if it so desired, provided that in so doing it did not undermine the denominational character of the separate schools. No greater power can be extended to the dissentient schools in Quebec under s. 93(2).

I do not believe that the appellants succeeded in establishing that the impugned legislation and regulations prejudicially affect the denominational character of the denominational schools in Quebec. I would accordingly dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question in the negative.

The judgment of Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—

I—Proceedings

The problem of defining the ambit of the guarantee provided for denominational schools in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* again comes before the Court in the present appeal.

This is an appeal, by leave of this Court, from a judgment of the Quebec Court of Appeal of May 4, 1987, [1987] R.J.Q. 1028, dismissing an appeal from a judgment of Brossard J. of the Superior Court of October 31, 1985, [1986] R.J.Q. 48, which in turn dismissed the appellants' motion for declaratory judgment brought under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Before the Superior Court, the appellants sought a declaration that s. 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, and two orders-in-council issued thereunder which purport to establish a uniform curriculum for all schools in Quebec were *ultra vires* as being inconsistent with s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

qu'opère le par. 93(2), d'une protection constitutionnelle en vertu du par. 93(1) pour le large pouvoir sur le programme d'études qu'avaient en fait les écoles séparées en Ontario au moment de l'Union, cela tient à ce que la province de l'Ontario détenait de par la loi le pouvoir prépondérant de restreindre, si elle le désirait, ce pouvoir sur le programme d'études, à condition toujours qu'en le faisant elle ne nuise pas au caractère confessionnel des écoles séparées. Le paragraphe 93(2) ne peut donc pas jouer de manière à accorder aux écoles dissidentes du Québec un pouvoir plus grand que celui-là.

Je ne crois pas que les appelantes soient parvenues à établir que la Loi et les règlements attaqués préjudicient au caractère confessionnel des écoles confessionnelles du Québec. En conséquence, je rejetterais le pourvoi avec dépens et je répondrais par la négative à la question constitutionnelle.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

LE JUGE BEETZ —

I—La procédure

Dans ce pourvoi, la Cour se trouve de nouveau saisie de la question de l'étendue de la garantie relative aux écoles confessionnelles énoncée à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le pourvoi, formé avec l'autorisation de la Cour, attaque l'arrêt en date du 4 mai 1987 par lequel la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1028, rejette l'appel du jugement rendu par le juge Brossard de la Cour supérieure, le 31 octobre 1985, [1986] R.J.Q. 48, qui rejette également la requête en jugement déclaratoire présentée par les appelantes en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25. En Cour supérieure, les appelantes cherchaient à faire déclarer *ultra vires*, pour cause d'incompatibilité avec l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et avec l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, et deux décrets pris sous son régime qui visent à établir un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec.

The submissions of the parties before this Court were limited to the validity of the impugned legislation and regulations under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. In so far as it remains relevant to the proceedings before this Court, the appellants' Amended Motion for Declaratory Judgment of February 4, 1985 seeks the following conclusions:

(i) Protestants, as one of the classes of persons referred to in Section 93 of the *Constitution Act, 1867*, have the right to the maintenance of a system of Protestant schools under the management and control of boards of school commissioners or trustees representing the said class of persons with the right to provide both elementary and secondary education and the right to regulate the course of study to be followed in such schools.

(ii) Such rights extend to the territories of the Applicant school boards and all other Protestant school boards.

AND THAT IN CONSEQUENCE:

Section 16(7) of the *Education Act* (R.S.Q. 1977, c. I-14), as amended by Section 3 of S.Q. 197[9], c. 80 ... prejudicially affect[s] a right with respect to denominational schools which existed in Quebec at the time of the Union and [is], in consequence, *ultra vires* the National Assembly;

The Orders in Council 551-81 and 552-81 both dated 25 February 1981 purporting to establish a uniform régime pédagogique for pre-elementary, elementary and secondary schools under the control of commissioners and trustees are similarly *ultra vires* and of no force and effect;

Before both the Superior Court and the Court of Appeal the respondent opposed the motion for declaratory judgment on the ground that the appellant should have proceeded by way of action rather than motion. This issue did not form part of the appeal before this Court and I expressly refrain from commenting on the appropriateness of the appellants' decision to proceed by way of motion under art. 453 *C.C.P.*

II—Section 93 and the Stated Constitutional Question

Section 93 of the *Constitution Act, 1867* gives the provincial legislatures exclusive jurisdiction in relation to education. It also guarantees certain rights to classes of persons with respect to denomi-

En cette Cour, les arguments invoqués par les parties portent uniquement sur la question de la conformité de la Loi et des règlements en cause à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans la mesure où elle est encore pertinente en cette Cour, la requête modifiée en jugement déclaratoire des appelantes, datée du 4 février 1985, formule les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] (i) Les protestants, étant une classe de personnes visée à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ont droit au maintien d'un système d'écoles protestantes administrées et dirigées par des commissions composées de commissaires ou de syndics d'écoles qui représentent ladite classe de personnes et qui jouissent du droit de dispenser un enseignement primaire et secondaire et du droit de régler le programme d'études à suivre dans ces écoles.

(ii) Les droits en question s'étendent aux circonscriptions relevant des commissions scolaires requérantes et de toutes les autres commissions scolaires protestantes.

ET QUE PAR CONSÉQUENT:

Le paragraphe 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* (L.R.Q. 1977, chap. I-14), telle que modifiée par L.Q. 197[9], chap. 80, art. 3 [...] préjudicie à un droit relatif aux écoles confessionnelles qui existait au Québec lors de l'Union et [est] en conséquence *ultra vires* de l'Assemblée nationale;

Les décrets 551-81 et 552-81, l'un et l'autre datés du 25 février 1981, qui visent à établir un régime pédagogique uniforme pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires relevant de commissaires et de syndics sont également *ultra vires* et de nul effet.

Aussi bien en Cour supérieure qu'en Cour d'appel, l'intimé s'est opposé à la requête en jugement déclaratoire pour le motif que les appelantes auraient dû procéder par voie d'action plutôt que de requête. Cette question n'a pas été soulevée en cette Cour et je m'abstiens de me prononcer sur la justesse de la décision des appelantes de procéder par voie de requête en vertu de l'art. 453 *C.p.c.*

II—L'article 93 et la question constitutionnelle

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législatures provinciales une compétence exclusive en matière d'éducation. De plus, il garantit à certaines classes de personnes des droits

national schools and to both Protestant and Catholic dissentient schools. Section 93 provides as follows:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissentient Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education:

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

On December 17, 1987, the Chief Justice stated the following constitutional question in connection with this appeal:

Are section 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q. 1977, c. I-14, and the Orders-in-Council issued thereunder bearing number 551-81, which establishes the curriculum to be followed in elementary schools, and bearing number 552-81, which establishes the curriculum to be followed

relatifs aux écoles confessionnelles et relatifs aux écoles dissidentes, tant protestantes que catholiques. L'article 93 prescrit:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

(4) au cas où n'aura pas été édictée la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article—ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce —, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

Le 17 décembre 1987, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante aux fins du pourvoi:

L'article 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. 1977, chap. I-14, et les décrets pris en vertu dudit article sous le numéro 551-81, qui établit le programme d'études à suivre dans les écoles primaires, et sous le numéro 552-81, qui établit le programme d'étu-

in secondary schools, *ultra vires* the National Assembly of Quebec or inapplicable to the Appellant school boards and the other members of the Appellant Association by virtue of section 93 of the *Constitution Act, 1867*?

III—The Impugned Legislation and Regulations

Section 16 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, was amended by *An Act to again amend [sic] the Education Act*, S.Q. 1979, c. 80, s. 3, to read in part as follows:

16. The Government may make regulations:

. . .

(7) for the establishment of the pedagogical system in the schools placed under the control of the school commissioners or trustees.

In this appeal, the appellants allege that two regulations made in 1981 pursuant to s. 16 are *ultra vires* the province: the *Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization*, O.C. 551-81, February 25, 1981, (1981) 115 *O.G.* II 1213 (the "Elementary School Regulations"), and the *Regulation respecting the basis for secondary school organization*, O.C. 552-81, February 25, 1981, (1981) 115 *O.G.* II 1223 (the "Secondary School Regulations").

In explanatory notes reproduced with both sets of regulations, the provincial government described what it termed the "triple objective" of the new preschool, elementary and secondary school organization:

... these regulations seek the consolidation and improvement of public education services. More specifically, they have been promulgated to facilitate the access of all Quebec children to quality educational services, to advance equality of educational opportunity, and to promote increased personalization of educational services.

The preambles of the Elementary School and Secondary School Regulations attest to the fact that the Minister submitted the draft regulations to the Conseil supérieur de l'éducation, an administrative body established by statute which was formed to oversee the religious and moral aspects of public education in Quebec. The Conseil gave its opinion on September 30, 1980, in accordance with ss. 9(*a*) and 30 of *An Act respecting the*

des à suivre dans les écoles secondaires, sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale ou inapplicables aux commissions scolaires appelantes et aux autres membres de l'association appelante en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

III—La Loi et les règlements contestés

L'article 16 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, modifié par la *Loi modifiant de nouveau la Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1979, chap. 80, art. 3, dispose notamment:

16. Le gouvernement peut faire des règlements:

. . .

7° Pour établir le régime pédagogique dans les écoles placées sous le contrôle des commissaires ou syndics d'écoles.

Les appelantes allèguent en l'espèce que deux règlements pris en 1981 en vertu de l'art. 16 excèdent la compétence de la province. Il s'agit du *Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation préscolaire*, décret 551-81, 25 février 1981, (1981) 115 *G.O.* II 1733 (le «Règlement sur les écoles primaires»), et le *Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire*, décret 552-81, 25 février 1981, (1981) 115 *G.O.* II 1743 (le «Règlement sur les écoles secondaires»).

Dans des notes explicatives qui accompagnent les deux règlements, le gouvernement provincial décrit ce qu'il appelle le «triple objectif» du nouveau régime pédagogique préscolaire, primaire et secondaire:

... ces règlements visent la consolidation et l'amélioration des services publics d'éducation. Plus spécifiquement, ils sont promulgués pour faciliter l'accès de tous les enfants du Québec à des services éducatifs de qualité, faire progresser l'égalité des chances en éducation et favoriser une personnalisation accrue des services éducatifs.

Les préambules du Règlement sur les écoles primaires et du Règlement sur les écoles secondaires attestent que le ministre a soumis les projets de règlements au Conseil supérieur de l'éducation, un organisme administratif créé par la loi ayant pour mandat de contrôler les aspects religieux et moraux de l'instruction publique au Québec. Le 30 septembre 1980, le Conseil a donné son opinion en conformité avec l'al. 9*a*) et l'art. 30 de la *Loi sur*

Conseil supérieur de l'éducation, R.S.Q., c. C-60. The Conseil is made up of twenty-four members, including sixteen or more Catholics, four or more Protestants, and one or more non-Catholics or non-Protestants, appointed by the provincial government after consultation with religious authorities and parents, teachers, school boards and socio-economic groups (s. 2). This Act further provides for the establishment of Catholic and Protestant committees of the Conseil which, as I shall explain below, play a role in determining the moral and religious content of school curriculum put into place by the regulations attacked in this case. Section 17 directs, for example, that the Protestant committee shall include "representatives of the Protestant denominations, parents and teachers" appointed by the provincial government on the recommendation of the Conseil which shall first consult the associations or organizations most representative of the Protestant denominations, parents and teachers. Section 22 gives wide powers to these committees, including the authority to recognize confessional educational institutions as either Catholic or Protestant, as the case may be; to make regulations respecting Christian education, religious and moral instruction and religious service in such recognized institutions; and to approve, from the point of view of religion and morals, the curricula, textbooks and teaching material in such recognized institutions.

Both the Elementary School Regulations and the Secondary School Regulations under attack here are complex and I do not propose to review them exhaustively in these reasons. It is nevertheless necessary, in order to determine whether the Regulations are the product of a proper exercise of the province's jurisdiction in relation to education, to examine certain of their provisions, with particular attention to those singled out by the appellants in argument.

The Secondary School Regulations are comprised of five divisions. In Division II, entitled "Education Services", s. 2 allows the school board to take the necessary steps to insure the quality of

le Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q., chap. C-60. Le Conseil se compose de vingt-quatre membres, dont au moins seize catholiques, au moins quatre protestants et au moins un membre qui n'est ni catholique ni protestant. Ils sont nommés par le gouvernement provincial après consultation des autorités religieuses, des parents, des enseignants, des commissions scolaires et des groupes socio-économiques (art. 2). Cette loi prévoit en outre la création des comités catholique et protestant du Conseil, qui, comme je l'explique plus loin, jouent un rôle dans la détermination du contenu moral et religieux du programme d'études établi par les règlements attaqués en l'espèce. Aux termes de l'art. 17, par exemple, le comité protestant se compose de «représentants des confessions protestantes, des parents et des éducateurs», nommés par le gouvernement provincial sur la recommandation du Conseil, qui consulte au préalable les associations ou organisations les plus représentatives des confessions protestantes, des parents et des éducateurs. L'article 22 investit ces comités de pouvoirs étendus comprenant notamment celui de reconnaître comme catholiques ou protestantes, selon le cas, les institutions d'enseignement confessionnelles; celui de faire des règlements concernant l'éducation chrétienne, l'enseignement religieux et moral et le service religieux dans les institutions susmentionnées; et celui d'approuver, au point de vue religieux et moral, les programmes, les manuels et le matériel didactique pour l'enseignement dans ces institutions.

Le Règlement sur les écoles primaires et le Règlement sur les écoles secondaires, que l'on conteste en l'espèce, sont tous les deux complexes et je n'ai pas l'intention d'en faire une étude exhaustive dans les présents motifs. Toutefois, afin de déterminer si ces règlements procèdent de l'exercice régulier de la compétence attribuée à la province en matière d'éducation, il faut examiner certaines de leurs dispositions et, tout particulièrement, celles sur lesquelles les appelantes ont insisté au cours des plaidoiries.

Le Règlement sur les écoles secondaires comporte cinq sections. Dans la section II, intitulée «Les services éducatifs», l'art. 2 autorise la commission scolaire à prendre les mesures qui s'impo-

the language of instruction. Section 3 gives the Minister of Education broad powers to set the curricula in secondary schools. The school boards' authority is limited to adapting the province-wide curricula to local needs and to designing additional curricula, subject to the approval of the Minister or (presumably in the case of additional religious or moral curricula) the approval of the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Section 3 directs as follows:

3. Curricula

Curricula are prescribed or approved by the Minister.

Curricula include compulsory objectives and conceptual content, as well as any other objectives and conceptual content the school board adapts to the needs of its school population according to the priorities of the area.

In addition to the prescribed curricula, the school board may design curricula to meet its own particular needs provided they are approved by the Minister or, where applicable, the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Unless otherwise indicated, such approval is valid only for the school board involved.

Section 4 directs that textbooks must be available to the pupil:

4. Textbooks

Where the list of approved teaching material indicates one or more textbooks for a particular programme, the pupil must have the required textbook(s) at his personal disposal to cover the programme.

It is important, as we shall see below, that the Minister and not the school board approves teaching materials and indicates which textbooks are required. Section 1 includes the following definitions:

"textbook": any printed material for pupils, possibly including audio-visual materials or other teaching aids, covering all or certain important elements of a curriculum for one or more years of study;

"teaching material": any object, material, volume or work (written, audio-visual or other) useful to the application of all or certain elements of a curriculum;

sent pour assurer la qualité de la langue d'enseignement. L'article 3 confère au ministre de l'Éducation le pouvoir général de fixer les programmes d'études pour les écoles secondaires. Le pouvoir des commissions scolaires se limite à adapter aux besoins locaux les programmes d'études établis pour l'ensemble de la province et à élaborer d'autres programmes, sous réserve de leur approbation par le ministre ou (vraisemblablement lorsqu'il s'agit d'ajouter aux programmes d'études religieuses ou morales) par le comité catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Je cite l'art. 3:

3. Programmes d'études

Les programmes d'études sont édictés ou approuvés par le ministre.

Les programmes d'études comprennent des objectifs et des contenus notionnels obligatoires. Ils comprennent aussi des objectifs et des contenus notionnels indicatifs que la commission scolaire doit adapter aux besoins de sa clientèle, selon les priorités du milieu.

En sus des programmes d'études édictés par le ministre, la commission scolaire peut en élaborer qui répondent à ses besoins propres, sous réserve qu'ils soient approuvés par le ministre et, s'il y a lieu, par les comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Sauf avis contraire, une telle approbation ne vaut que pour la commission scolaire en question.

L'article 4 prescrit que des manuels doivent être mis à la disposition de l'élève:

4. Manuels

Lorsque la liste du matériel didactique autorisé indique, pour un programme donné, un ou plusieurs manuels, l'élève doit disposer personnellement d'un ou des manuels requis pour couvrir le programme.

Comme nous allons le voir plus loin, il est important de noter que c'est le ministre et non la commission scolaire qui approuve le matériel didactique et qui détermine quels manuels sont requis. L'article 1 contient les définitions suivantes:

«manuel»: tout ouvrage imprimé, destiné à l'élève, auquel peuvent se rattacher certains documents audio-visuels et d'autres moyens pédagogiques, et traitant de l'ensemble ou des éléments importants d'un programme d'études pour une ou plusieurs années d'études;

«matériel didactique»: tout objet, document, ouvrage ou œuvre, (écrit, audio-visuel ou autre) utile à l'application de l'ensemble ou d'éléments d'un programme d'études;

Under section 5, the role of the school board is limited to providing the appropriate teaching materials which have previously been approved by the Minister. Section 10 gives the school board an advisory role in the evaluation of the curricula:

10. Evaluation of curricula

The school board takes part in evaluating the curricula to enable the Minister to make informed decisions concerning their continuation or modification.

Division III of the Secondary School Regulations outlines the "Organizational Framework for Education Services". It sets, for example, the age admission requirements, the school calendar and the number of teaching hours per day. Sections 27, 29, 31, 33, and 35 provide the breakdown of compulsory courses in different subjects during the five years of secondary schooling. Section 1 includes definitions of the terms "course" and "subject" which, not surprisingly, link these concepts to "curriculum":

"course": an organized set of learning activities defined by a curriculum and covered in a number of hours divided over the school year or part of the year and officially approved for the purposes of promotion or certification;

. . .

"subject": a branch of learning outlined in a curriculum and constituting an area for theoretical or practical study;

Here again, the Secondary School Regulations provide for substantial control by the Minister over curricula for public schools across the province. The number of credits devoted to each discipline varies from year to year. Each year, however, at least two credits must be devoted to "Moral and Religious Instruction". Section 26 directs that normally, one credit corresponds to 25 hours of activities but that the school board in question may allocate the time otherwise, provided that it ensures that the compulsory aspects of the curricula have been satisfied. Sections 28, 30, 32, 34 and 36 set the rules for the optional curricula approved by the Minister. Section 39 specifies the following rule for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant:

Suivant l'article 5, le rôle de la commission scolaire se limite à fournir le matériel didactique qui a été approuvé par le ministre. L'article 10 donne à la commission un rôle consultatif dans l'évaluation des programmes d'études:

10. Évaluation des programmes d'études

La commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études, afin de permettre au ministre de décider dans les meilleures conditions de leur maintien ou de leur révision.

La section III du Règlement sur les écoles secondaires traite du «Cadre d'organisation des services éducatifs». Elle fixe notamment l'âge d'admission, le calendrier scolaire et le nombre d'heures d'enseignement par jour. Les articles 27, 29, 31, 33 et 35 fixent la répartition des cours obligatoires offerts dans différentes matières au cours des cinq années d'enseignement secondaire. L'article 1 donne les définitions des termes «cours» et «matière» qui, on ne doit pas s'en étonner, rattachent ces notions à celle de «programme d'études»:

«cours»: un ensemble organisé d'activités d'apprentissage défini par un programme d'études et comptant un nombre d'heures réparties sur l'année scolaire ou partie de l'année, et sanctionnée pour les fins de la promotion ou de la certification.

. . .

«matière»: une branche du savoir, circonscrite par un programme d'études faisant l'objet d'apprentissages théoriques ou pratiques.

Dans ce contexte également, le Règlement sur les écoles secondaires donne au ministre un pouvoir de contrôle important sur les programmes d'études des écoles publiques de la province. Le nombre de crédits consacrés à chaque discipline varie d'une année à l'autre. Il faut cependant qu'au moins deux crédits soient attribués chaque année à l'enseignement moral et religieux. Aux termes de l'art. 26, un crédit correspond normalement à vingt-cinq heures d'activités, mais la commission scolaire en question peut répartir différemment ce temps, à condition de s'assurer que sont respectés tous les aspects obligatoires des programmes d'études. Les articles 28, 30, 32, 34 et 36 prescrivent les règles applicables aux cours à option approuvés par le ministre. L'article 39 énonce la règle suivante en ce qui concerne l'enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes:

39. Moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant

In schools recognized as Catholic or Protestant, the regulations of the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation respecting such educational institutions apply to any moral and religious instruction given in them.

However, any child may be exempted from such instruction if his parents so request, or if the child so requests, with his parents' consent. In that event, the pupil must take courses or do personal research pertaining to moral training or religious knowledge.

Thus in schools recognized by the Catholic or Protestant Committee of the Conseil as confessional educational institutions, the appropriate committee, and not the Minister, sets the content of the religious and moral curricula. This aspect of curriculum is not part of the province-wide regime and is not controlled by the Minister except in so far as it is the Minister that names the members of these committees.

For elementary school and preschool organization, the Elementary School Regulations provide for a regime similar to that prescribed for secondary schools. Division II, Subdivision I of these Regulations relates to preschool education. Section 5 again gives the Minister a broad power to determine the content of preschool curricula, while the school board's input is limited to adapting the prescribed programme to local needs and adding denominational or non-denominational curricula after obtaining the applicable approval:

5. Educational and motivational activities programme

The educational and motivational activities programme is prescribed or approved by the Minister.

The educational and motivational activities programme includes the compulsory developmental objectives and any other objectives adapted by the school board to the needs of its school population according to the priorities of the area.

In addition to the prescribed educational and motivational activities programme prescribed by the Minister, the school board may design programmes to meet its own particular needs, provided these programmes are

39. Enseignement moral et enseignement religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes

Dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, les règlements des comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation concernant ces institutions d'enseignement s'appliquent à l'enseignement moral et à l'enseignement religieux catholique ou protestant qui y sont dispensés.

Tout élève doit cependant en être exempté si ses parents en font la demande ou si l'élève en fait la demande et que ses parents y consentent. Dans ce cas, l'élève doit suivre un programme d'enseignement ou de recherches personnelles dans l'ordre de la formation morale ou de la connaissance du phénomène religieux.

Ainsi, dans les écoles reconnues par les comités catholique ou protestant du Conseil comme des institutions d'enseignement confessionnelles, c'est le comité compétent, et non pas le ministre, qui fixe le contenu des programmes d'études religieuses et morales. Sous cet aspect, le programme d'études ne fait pas partie du régime prévu pour l'ensemble de la province et n'est pas soumis au contrôle du ministre, sauf dans la mesure où c'est lui qui nomme les membres des comités.

Pour ce qui est des niveaux primaire et préscolaire, le Règlement sur les écoles primaires prévoit un régime semblable à celui des écoles secondaires. La sous-section 1 de sa section II traite de l'éducation préscolaire. L'article 5 confère aussi au ministre un pouvoir étendu de déterminer le contenu des programmes d'études préscolaires, tandis que la part de la commission scolaire se limite à adapter le programme prescrit aux besoins locaux et à ajouter des programmes confessionnels ou non confessionnels après avoir obtenu l'approbation nécessaire:

5. Programme d'activités de formation et d'éveil

Le programme d'activités de formation et d'éveil est édicté ou approuvé par le ministre.

Le programme d'activités de formation et d'éveil comprend des objectifs de développement obligatoires. Il comprend aussi des objectifs indicatifs que la commission scolaire doit adapter aux besoins de sa clientèle, selon les priorités du milieu.

En sus du programme d'activités de formation et d'éveil édicté par le ministre, la commission scolaire peut en élaborer qui répondent à ses besoins propres, sous réserve qu'ils soient approuvés par le ministre et,

approved by the Minister and, where applicable, by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Unless otherwise indicated, such approval is valid only for the school board involved.

As under the secondary school regime, the school board's input at the preschool level is limited to providing teaching materials which have been approved by the Minister (s. 6); pupil evaluation (s. 7); participating in the evaluation of the "educational and motivational activities programme" to enable the Minister to make informed decisions as to its content (s. 9); and to provide for the special needs of pupils within the limits of the objectives set by the Minister (ss. 10 and 11).

Much the same can be said for Division II, Subdivision 2 which deals with education at the elementary level. Section 18 directs that curricula are prescribed or approved by the Minister, in terms which are identical to those cited above in s. 3 of the Secondary School Regulations. The remainder of the subdivision (ss. 19 to 34) is identical to the corresponding rules in the "Education Services" division of the Secondary School Regulations discussed above.

Division III of the Elementary School Regulations is entitled "Organizational Framework for Education Services". Rules are established for both the preschool and the elementary school levels for admission and enrolment, the pupils' school calendar and the time to be devoted to academic activities during the week. The elementary school level is divided into two cycles of three years each, with the Minister prescribing in s. 43 the number of hours per week to be devoted to each of the compulsory subjects in the curriculum. Moral and religious instruction is compulsory, although s. 45 provides that only moral instruction and not religious instruction is compulsory in schools other than those recognized as Catholic or Protestant. Section 44 repeats the rule cited above regarding moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant, giving the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation, and not the Minister, the authority to give content to this aspect of the curricula.

s'il y a lieu, par les comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Sauf avis contraire, une telle approbation ne vaut que pour la commission scolaire en question.

Comme pour le régime pédagogique du secondaire, le rôle de la commission scolaire au niveau préscolaire se limite à fournir un matériel didactique approuvé par le ministre (art. 6); à évaluer les élèves (art. 7); à participer à l'évaluation du «programme d'activités de formation et d'éveil» afin de permettre au ministre de décider dans les meilleures conditions de son contenu (art. 9); et à pourvoir aux besoins particuliers d'élèves dans le cadre des objectifs fixés par le ministre (art. 10 et 11).

Pratiquement les mêmes observations s'appliquent à la sous-section 2 de la section II, qui traite de l'enseignement au niveau primaire. L'article 18 dispose que les programmes d'études sont édictés ou approuvés par le ministre et ses termes sont identiques à ceux de l'art. 3 du Règlement sur les écoles secondaires, déjà cité. Quant au reste de la sous-section (art. 19 à 34), il est identique aux règles correspondantes de la section «Les services éducatifs» du Règlement sur les écoles secondaires, dont il a été question précédemment.

La section III du Règlement sur les écoles primaires s'intitule «Cadre d'organisation des services éducatifs». Y sont établies des règles pour les niveaux préscolaire et primaire concernant l'admission et l'inscription, le calendrier scolaire des élèves et le temps à consacrer aux activités scolaires pendant la semaine. Le niveau primaire est divisé en deux cycles de trois ans. Selon l'article 43, le ministre prescrit le nombre d'heures à consacrer par semaine à chacune des matières obligatoires du programme d'études. L'enseignement moral et religieux est obligatoire, quoique l'art. 45 précise que seul l'enseignement moral, et non l'enseignement religieux, est obligatoire dans les écoles autres que celles reconnues comme catholiques ou protestantes. L'article 44 reprend la règle, déjà citée, relative à l'enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, et autorise le comité catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation, et non le ministre, à déterminer le contenu de cet aspect des programmes d'études.

While the purpose of the Regulations may conform to the "triple objective" announced by the government in the explanatory notes, the Regulations are also plainly intended to establish a uniform pedagogical system in schools under the control of school commissioners and trustees. Yet the legislator has not done this without nuance. In what can be nothing but an effort to respect what is conventionally understood as the distinction between denominational and non-denominational teaching, the government has made special allowance in its uniform curriculum for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant. The content of this component of a pupil's curriculum is not determined by the Minister under the impugned Regulations but rather by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation in regulations made by those bodies pursuant to s. 22 of *An Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation.* Furthermore, the school board is not without input for the curricula other than religious and moral instruction. It is charged with adapting the province-wide regime to local needs and adding to the prescribed curricula when necessary, with approval. The school board participates in the evaluation of the curricula. The appellants are left with the difficult argument that, notwithstanding this allowance made for moral and religious instruction in recognized Protestant schools, and notwithstanding the school board's input to curricula which I have described above, the imposition of the uniform curriculum by the Minister prejudicially affects a right or privilege with respect to Protestant denominational schools protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867.*

Le but visé par les règlements en cause est peut-être conforme au «triple objectif» énoncé par le gouvernement dans les notes explicatives, mais il est évident que ces règlements ont aussi pour objet d'établir un régime pédagogique uniforme dans les écoles relevant de commissaires et de syndics d'écoles. Toutefois, ce n'est pas un objet que le législateur poursuit sans apporter des nuances. S'efforçant manifestement de respecter ce qui est communément considéré comme la distinction entre l'enseignement confessionnel et l'enseignement non confessionnel, le gouvernement a spécialement prévu dans son programme d'études uniforme l'existence d'un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Le contenu de cet élément du programme d'études d'un élève est déterminé non par le ministre en vertu des règlements attaqués, mais par le comité catholique ou le comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation dans des règlements faits par ces comités en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation.* Par ailleurs, la commission scolaire prend part à l'élaboration des programmes d'études dans d'autres domaines que l'enseignement religieux et moral. Il lui incombe d'adapter aux besoins locaux le régime établi pour l'ensemble de la province et de faire des ajouts, si besoin est et avec l'approbation nécessaire, aux programmes d'études prescrits. De plus, la commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études. Les appelantes doivent donc soutenir une thèse difficile: indépendamment de l'autorisation de dispenser comme susdit un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme protestantes et de la participation de la commission scolaire à l'élaboration des programmes d'études, dont je viens de traiter, le ministre, en imposant un programme d'études uniforme, porte atteinte à un droit ou à un privilège relatif aux écoles confessionnelles protestantes qui est protégé par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

IV—Submissions of the Appellants

In the written argument presented on their behalf before this Court, the appellants made the following submissions:

IV—Moyens soulevés par les appelantes

Dans les conclusions écrites soumises en leur nom à cette Cour, les appelantes soulèvent les moyens suivants:

Submission 1

The Appellant school boards and the other members of the Appellant Association represent a class of persons whose rights with respect to the schools forming part of [the existing Protestant school] system are protected by Section 93(1).

Submission 2

The rights protected by Section 93(1) extend both to the primary and secondary levels of the Protestant school system as those terms are understood today.

Submission 3

One of the rights so protected ... is the right, exercised through their school commissioners and trustees, to manage and control their own schools, including the right ... to regulate the course of study to be followed.

It is the third submission to which the parties devoted their significant energies at the hearing of this appeal. Indeed it was the position of the Attorney General of Quebec that the question central to the resolution of this appeal turns on the jurisdiction of the province to determine the programme of study in all public schools in the province, including those schools which operate under the protection of the denominational guarantee in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. I agree that the issue as to whether the province can establish uniform curriculum across the province is to be determined solely on the basis of legislative jurisdiction. Whether or not the constitutional limits placed on the provincial jurisdiction in s. 93(1) leave the Quebec government the power to make the Regulations is an issue logically distinct from the question of precisely who benefits from the constitutional protection. My conclusion in this case allows me to assume without deciding that these appellants are a "class of persons" to which s. 93(1) refers. Determining whether the province has the legislative authority under s. 93 to adopt s. 16(7) of the *Education Act* and to make the Elementary School and Secondary School Regulations will be sufficient to dispose of this appeal.

[TRADUCTION] Premier moyen

Les commissions scolaires appelantes et les autres membres de l'association appelante représentent une classe de personnes dont les droits relatifs aux écoles faisant partie du [système scolaire protestant actuel] sont protégés par le paragraphe 93(1).

Deuxième moyen

Les droits que protège le paragraphe 93(1) s'étendent aux niveaux tant primaire que secondaire, au sens moderne de ces termes, du système scolaire protestant.

Troisième moyen

Parmi les droits ainsi protégés [...] figure le droit, exercé par l'intermédiaire des commissaires et syndics d'écoles, d'administrer et de diriger leurs propres écoles, ce qui comprend le droit [...] de régler le programme d'études à suivre.

Devant cette Cour, les parties ont surtout insisté sur le troisième moyen. En fait, le procureur général du Québec a soutenu que la question primordiale à trancher en l'espèce concerne le pouvoir du législateur provincial de fixer le programme d'études de toutes les écoles publiques de la province, y compris celles en faveur desquelles joue la garantie confessionnelle énoncée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je conviens que la question de savoir si le gouvernement provincial peut établir un programme d'études uniforme pour l'ensemble de la province doit être résolue uniquement sur la base de la compétence législative. Quant à savoir si les restrictions constitutionnelles que le par. 93(1) impose à la compétence provinciale laissent néanmoins au gouvernement du Québec le pouvoir de prendre les règlements en cause, c'est une question logiquement distincte de celle de déterminer qui au juste bénéficie de la protection constitutionnelle. Ma conclusion en l'espèce me permet de supposer, sans en décider, que les appelantes constituent une «classe particulière de personnes» visée au par. 93(1). Pour trancher le pourvoi, il suffira de déterminer si l'art. 93 donne à la province le pouvoir législatif d'adopter le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et de prendre les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires.

V—The Scope of Provincial Jurisdiction under Section 93

The appellants contend that s. 16(7) of the *Education Act* and the Elementary School and Secondary School Regulations are *ultra vires* the province because they violate a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its own schools and to regulate, subject to provincial rules of general application, the course of study to be followed in those schools. The Attorney General of Quebec, on the other hand, argues that the Regulations are *intra vires* the province's general legislative jurisdiction in relation to education as provided for in the opening words of s. 93. Is the province's jurisdiction, as qualified by s. 93(1), sufficient to support the Regulations?

"In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:", these opening words of s. 93 are, as Estey J. noted in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (hereinafter the "*Separate Schools Reference*"), at p. 1201, "a clear grant of legislative power to the province". The "exclusivity" of this power is, of course, not at issue here, no more than is the fact that the power is in some way limited by the remaining terms of s. 93. I agree generally with the description of the basic provincial power given by Viscount Cave L.C. in *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (P.C.), at p. 215, cited with approval by Chouinard J. in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at pp. 585-86:

While s. 93 of the Act of 1867 protects every right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons may have had by law at the Union, it does not purport to stereotype the educational system in the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make

V—L'étendue de la compétence provinciale en vertu de l'article 93

Les appelantes prétendent que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* ainsi que les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires excèdent la compétence de la province parce qu'ils violent un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles et de régler, sous réserve de règles provinciales d'application générale, le programme d'études à suivre dans ces écoles. Le procureur général du Québec, par contre, soutient que les règlements en cause relèvent de la compétence législative générale en matière d'éducation conférée à la province par la disposition liminaire de l'art. 93. Compte tenu de la restriction apportée par le par. 93(1), la compétence de la province suffit-elle pour justifier les règlements en question?

«Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:», cette disposition liminaire de l'art. 93 confère «une compétence législative manifeste à la province», comme le fait remarquer le juge Estey dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (ci-après le «*Renvoi relatif aux écoles séparées*»), à la p. 1201. Le «caractère exclusif» de cette compétence n'est évidemment pas en cause ici, pas plus que ne l'est le fait que cette compétence est de quelque manière limitée par les autres dispositions de l'art. 93. Je souscris généralement à la façon dont le vicomte Cave, lord chancelier, décrit la compétence provinciale de base dans l'arrêt *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (C.P.), à la p. 215, description citée avec approbation par le juge Chouinard dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, aux pp. 585 et 586:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférait à toute classe de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la

laws in regard of education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legislature can effectively exercise the power entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article; et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

As Viscount Cave notes, this basic provincial power is subject to limitations. Section 93(1) provides that nothing in any provincial law adopted pursuant to the basic legislative power over education "shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union". The outcome of this appeal depends on the content which is to be given to this limitation.

Comme le souligne le vicomte Cave, cette compétence provinciale de base connaît certaines restrictions. Suivant le par. 93(1), rien dans une loi provinciale adoptée dans l'exercice de la compétence législative de base en matière d'éducation «ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles». Le sort du pourvoi dépend du sens donné à cette restriction.

Much was made in argument as to the method of interpretation which is appropriate to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Indeed although all three judges in the Court of Appeal agreed that the imposition by the province of the pedagogical regimes set forth in the Regulations did not prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools guaranteed by s. 93(1), they disagreed as to the appropriate rule of interpretation which gives content to these protected rights and privileges. Nichols J.A., speaking in this regard on behalf of himself and L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, said that a restrictive interpretation should be given to the rights or privileges in s. 93(1). The exclusive provincial power set forth in the opening words of the section is deserving of a liberal interpretation, but the limitation on that power, as an exception to a general rule, in their view, is not. The rights or privileges are frozen in time, determined by reference to the laws in force "in the Province at the Union". Consequently, Nichols J.A. decided that the exception should be interpreted restrictively (at p. 1045):

Au cours des plaidoiries, la méthode d'interprétation à employer dans le cas du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a fait l'objet d'une longue discussion. En fait, quoique les trois juges en Cour d'appel soient unanimes à dire que la province, en imposant les régimes pédagogiques prévus dans les règlements, ne préjudicie à aucun droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles garanti par le par. 93(1), leurs opinions divergent quant à la règle d'interprétation qu'il faut appliquer pour déterminer la teneur des droits et libertés protégés. Le juge Nichols, exprimant également l'avis du juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de cette Cour) sur ce point, dit qu'il faut donner une interprétation restrictive aux droits ou privilèges visés au par. 93(1). Selon ces derniers, le pouvoir provincial exclusif conféré par la disposition liminaire de l'article doit recevoir une interprétation libérale, mais la restriction apportée à ce pouvoir, à titre d'exception à la règle générale, ne doit pas recevoir une telle interprétation. Ces droits et privilèges sont figés et doivent être déterminés par référence aux lois en vigueur dans la province «lors de l'Union». Le juge Nichols décide en conséquence que l'exception doit s'interpréter restrictivement (à la p. 1045):

[TRANSLATION] Section 93(1) does not in itself have any substantive constitutionalized content, as is the case for example with the fundamental rights recognized by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Constitutionalization by reference does not call for a wide and

L'article 93 paragraphe 1 n'a en lui-même aucun contenu substantif constitutionnalisé comme s'il s'agissait par exemple des droits fondamentaux reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La constitutionnalisation par renvoi n'invite pas à interpréter large-

liberal interpretation, in an evolutionary and creative manner, of the rights so crystallized. It only requires that they be interpreted in their legislative context, applying the rules of statutory interpretation.

McCarthy J.A. disagreed (at p. 1033):

> In my view, if the "large and liberal" interpretation referred to in *Hunter* v. *Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, must be given to the exclusive powers of the province to make laws "in relation to Education", it must also be given to the rights and privileges which certain classes of persons held by law at confederation "with respect to Denominational Schools". The choice of a particular drafting technique ought not to affect the rights and privileges guaranteed under a constitution.

I am of the view that in this case, the resolution to the problem is not to be found in one rule of interpretation as opposed to another. I note that McCarthy J.A. decided that even with a large and liberal interpretation of s. 93(1) rights and privileges, the adoption by the province of the pedagogical regime in the impugned Regulations did not prejudicially affect the rights or privileges guaranteed by s. 93(1). It is true, of course, that the fact that the guarantee is constitutionally entrenched is relevant to its interpretation. As a constitutional text, s. 93(1) may deserve a "purposive" interpretation but, in so doing, courts must not improperly amplify the provision's purpose. While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93 is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience. The entrenched right of specified classes of persons in a province to enjoy publicly-sponsored denominational schools based on a fixed statutory benchmark should not be construed as a *Charter* human right or freedom or, to use the expression of Professor Peter Hogg, a "small bill of rights for the protection of minority religious groups" (see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 824). As Professor Pierre Carignan explains in "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375, at p. 451:

ment et libéralement, de façon évolutive et créative, les droits ainsi cristallisés. Elle invite seulement à les interpréter dans leur contexte d'énonciation, en appliquant les règles propres à l'interprétation législative.

Le juge McCarthy ne souscrit pas à cette opinion (à la p. 1033):

> [TRADUCTION] À mon avis, s'il faut donner à la compétence législative exclusive de la province «sur l'éducation» l'interprétation «large et libérale» dont parle l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il faut aussi donner la même interprétation aux droits et privilèges que la loi conférait à certaines classes de personnes «relativement aux écoles confessionnelles» au moment de la Confédération. La méthode de rédaction employée ne devrait pas avoir d'effet sur les droits et privilèges garantis par une constitution.

J'estime qu'en l'espèce, la solution du problème ne se trouve pas dans le recours à une règle d'interprétation plutôt qu'à une autre. Je remarque que, d'après le juge McCarthy, même selon une interprétation large et libérale des droits et privilèges que garantit le par. 93(1), l'adoption par la province du régime pédagogique établi dans les règlements attaqués ne préjudicie pas à ces droits ou privilèges. Il est évident que le fait qu'il s'agit d'une garantie constitutionnelle est un facteur pertinent pour son interprétation. En tant que texte constitutionnel, le par. 93(1) peut mériter d'être interprété «en fonction de son objet», mais les tribunaux doivent alors se garder de donner une portée indue à cet objet. Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée à l'art. 93 ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience. Le droit constitutionnel reconnu à certaines classes de personnes, dans une province, d'avoir des écoles confessionnelles financées par l'État, selon une norme légale fixe, ne doit pas être interprété comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte* ou, pour reprendre l'expression du professeur Peter Hogg, comme [TRADUCTION] «une petite déclaration des droits pour la protection des minorités religieuses» (voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 824). Ainsi que l'explique le professeur Pierre Carignan dans «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, à la p. 451:

[TRANSLATION] In the case under consideration, the drafters in 1867 certainly did not see this as a fundamental right. If they had, it would have been given the same protection throughout Canada. The only effect of the provision is to prevent various legislatures from backing away from the legislation on denominational schooling in effect in 1867 in their respective territories. Accordingly, the extent of the constitutional protection varies from one province to another. By so doing, the drafters were demonstrating not so much a preference towards entrenchment as a desire to facilitate the creation of the proposed federation by disarming the opposition of those who, favouring denominational schools, might fear that a political reorganization would threaten already established legislative protection in this area.

This is not to say that we should ignore the plain purpose of s. 93(1) or ignore its constitutional context. Wilson J. explained in the *Separate Schools Reference*, *supra*, at p. 1194, that "[s]ection 93(1) should ... be interpreted in a way which implements its clear purpose which was to provide a firm protection for Roman Catholic education in the Province of Ontario and Protestant education in the Province of Quebec." The exception to the provincial power does confer constitutional rights on specific groups in a specific manner, in keeping with what Wilson J. characterized as an "historically important compromise" struck at Confederation. It is true that the rights or privileges under ordinary law to which s. 93(1) refers have been frozen at Confederation. But just like the basic provincial power which, as Viscount Cave explained, was not "stereotyped" at the Union, the exception to that power has also matured over time through judicial interpretation. The approach courts have taken to the interpretation of the expression "with respect to Denominational Schools" in cases such as *Hull*, *supra*, which I will discuss below, demonstrates that the law in force "at the Union" cannot on its own set the content of the constitutional right in s. 93(1).

While the text of s. 93(1) should of course be interpreted as a constitutional document, it must not be read in such a manner as to supplant or frustrate the operation of what Professor Carignan

Dans le cas sous étude, le constituant, en 1867, n'y a certainement pas vu un droit fondamental. Si tel avait été le cas, il l'aurait protégé dans la même mesure partout au Canada. Or le seul effet de la disposition est d'empêcher les diverses législatures de faire marche arrière en matière de confessionnalité scolaire par rapport à la législation en vigueur en 1867 dans leurs territoires respectifs. De ce fait, la protection constitutionnelle varie en ampleur d'une province à l'autre. En se comportant de la sorte, le constituant manifeste moins une faveur pour le constitutionnalisme qu'un souci de faciliter le projet de fédération en désarmant l'opposition de ceux qui, favorables aux écoles confessionnelles, pouvaient craindre qu'une restructuration politique ne mette en danger une protection législative déjà acquise en la matière.

Ce qui ne signifie pas que l'on doit faire abstraction de l'objet manifeste du par. 93(1) ou de son contexte constitutionnel. Le juge Wilson précise dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, aux pp. 1194 et 1195, que «[l]e paragraphe 93(1) devrait [...] être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d'accorder une solide protection à l'enseignement catholique dans la province de l'Ontario et à l'enseignement protestant dans la province de Québec». L'exception au pouvoir provincial confère certains droits constitutionnels à des groupes déterminés et elle le fait d'une manière précise, ce qui est conforme à ce que le juge Wilson appelle l'«important compromis historique» intervenu lors de la Confédération. Certes, les droits ou privilèges résultant de textes législatifs ordinaires, dont parle le par. 93(1), sont figés depuis la Confédération. Mais tout comme la compétence provinciale de base, qui selon le vicomte Cave n'a pas été «stéréotypée» lors de l'Union, l'exception à cette compétence a également évolué au cours des années sous l'effet de l'interprétation judiciaire. La façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation de l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans des causes comme l'affaire *Hull*, précitée, dont je traiterai plus loin, démontre que la loi en vigueur «lors de l'Union» ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1).

Le paragraphe 93(1) doit évidemment s'interpréter comme un document constitutionnel, mais non de manière à supplanter ou neutraliser ce que le professeur Carignan appelle le «mécanisme de

has called the "*mécanisme de constitutionnalisation*". The very text of s. 93(1) instructs courts as to the manner in which content should be given to the rights and privileges provided for in the exception. As Wilson J. observed, in the *Separate Schools Reference*, *supra*, at pp. 1177-78, "It must be remembered ... that s. 93(1) only protects rights and privileges guaranteed by law. Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation to see what rights or privileges they gave." The interpretive task is inherently different from that with which courts are faced when called upon to give content to constitutional rights entrenched in a document such as the *Charter*. I am wary of deciding cases such as this one on the basis of one or another method of interpretation rather than the specific direction provided by the legislator in s. 93(1). Both the restrictive and liberal methods of interpretation, when misused, wrongly become rhetorical devices rather than rules of law.

The text which sets out the exception is plain: the expressions "by Law" and "at the Union" limit the protection to rights and privileges established by statutes in force at the time of Confederation. Courts have recognized repeatedly, as the parties note in their written arguments, that the law of Quebec with respect to education at the time of Confederation is found principally in a consolidation statute entitled *An Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools*, C.S.L.C. 1861, c. 15 (hereinafter the "1861 Statute").

Under the 1861 Statute, authority over schools was divided between, on the one hand, a government-appointed Council of Public Instruction and, on the other hand, school commissioners and trustees representing the local community. The relevant powers of the Council of Public Instruction for present purposes were set forth in s. 21(3) and (4):

21. It shall be the duty of the said Council —

. . .

constitutionnalisation». Le texte même du par. 93(1) contient des directives, destinées au tribunaux, sur la façon de procéder pour déterminer la teneur des droits et privilèges visés dans l'exception. Comme le fait observer le juge Wilson, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, à la p. 1178: « ... il faut se rappeler que le par. 93(1) ne protège que les droits et privilèges garantis par la loi. Notre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient.» La tâche d'interprétation est foncièrement différente de celle qui incombe aux tribunaux lorsqu'ils sont appelés à déterminer la teneur des droits constitutionnels reconnus dans un document tel que la *Charte*. J'hésiterais à trancher des affaires comme la présente en appliquant telle ou telle méthode d'interprétation au lieu de tenir compte des directives explicites que le législateur a fournies au par. 93(1). Tant la méthode restrictive que la méthode libérale d'interprétation, si elles sont utilisées à mauvais escient, deviennent des outils de rhétorique plutôt que des règles de droit, ce qui ne devrait pas être le cas.

Le texte qui énonce l'exception est clair: les expressions «par la loi» et «lors de l'Union» limitent la protection aux droits et privilèges conférés par des lois en vigueur au moment de la Confédération. Les tribunaux ont reconnu à maintes reprises, comme le signalent les parties dans leurs conclusions écrites, que le droit québécois en matière d'éducation à l'époque de la Confédération se trouve principalement dans une loi de refonte, l'*Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure,—et les écoles normales et communes*, S.R.B.C. 1861, chap. 15 (ci-après la «Loi de 1861»).

La Loi de 1861 partageait la compétence relative aux écoles entre, d'une part, un Conseil d'instruction publique dont les membres étaient nommés par le gouvernement et, d'autre part, des commissaires et syndics d'écoles représentant la collectivité locale. Les pouvoirs du Conseil d'instruction publique qui sont pertinents aux fins de la présente analyse sont énoncés aux par. 21(3) et (4):

21. Il sera du devoir du dit conseil —

. . .

3. To make from time to time, with the approval of the Governor in Council, such regulations as the Council deems expedient for the organization, government and discipline of Common Schools, and the classification of Schools and Teachers;

4. To select or cause to be published, with such approval as aforesaid, books, maps and globes, to be used to the exclusion of others, in the Academies, Model and Elementary Schools under the control of School Commissioners or Trustees, due regard being had in such selection to Schools wherein tuition is given in French and to those wherein tuition is given in English; But this power shall not extend to the selection of books having reference to religion or morals, which selection shall be made as provided by the second sub-section of the sixty-fifth section of this Act concerning Common Schools;

The relevant authority of the school commissioners and trustees is provided for in s. 65(2):

65. It shall be the duty of the School Commissioners and Trustees:

. . .

2. To regulate the course of study to be followed in each School, — to provide that no other books be used in the Schools under their jurisdiction than those approved and recommended by the Council of Public Instruction; — to establish general rules for the management of the Schools, and to communicate them in writing to the respective Teachers; — to fix the time of the annual public examination, and to attend the same;

But the Curé, Priest or officiating Minister, shall have the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals, for the use of the Schools for children of his own religious faith;

The appellants contend that the degree of control vested in the hands of the Minister of Education by s. 16(7) of the *Education Act* effectively eliminated the right of school commissioners and trustees to "regulate the course of study" which they had in 1867 by virtue of s. 65(2) of the 1861 Statute. According to the appellants, this right to "regulate the course of study" implies a right for the Protestant minority, through their school commissioners and trustees, to manage and control their own schools, including the right to determine the curriculum to be taught in those schools. This would be a "Right or Privilege" protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

3. De faire, de temps à autre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, tels règlements que le conseil jugera à propos pour l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes, et la classification des écoles et des instituteurs;

4. De choisir ou faire publier, avec telle approbation comme susdit, les livres, cartes et globes, dont on se servira à l'exclusion de tous autres dans les académies, les écoles-modèles et élémentaires sous le contrôle des commissaires ou syndics d'école, ayant égard dans tel choix aux écoles dans lesquelles l'enseignement est donné en français, et à celles dans lesquelles l'enseignement est donné en anglais; mais ce pouvoir ne s'étendra pas au choix des livres se rattachant à la religion ou aux mœurs, lequel choix sera fait tel que voulu par le second paragraphe de la soixante-et-cinquième section de cet acte concernant les écoles communes;

La compétence pertinente des commissaires et des syndics d'écoles est énoncée au par. 65(2):

65. Il sera du devoir des commissaires et syndics d'école:

. . .

2. De régler le cours d'études à suivre dans chaque école, pourvoir à ce que dans les écoles sous leur juridiction on ne se serve que de livres approuvés et recommandés par le conseil d'instruction publique; établir des règles générales pour la régie des écoles, et les communiquer par écrit aux instituteurs respectifs, indiquer le temps où aura lieu l'examen public annuel, et y assister;

Mais le curé, prêtre ou ministre desservant aura le droit exclusif de faire le choix des livres qui ont rapport à la religion et à la morale, pour l'usage des écoles des enfants de sa croyance religieuse.

Les appelantes font valoir que l'ampleur du pouvoir que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* confère au ministre de l'Éducation a en réalité éliminé le droit des commissaires et syndics d'écoles de «régler le cours d'études», droit qu'ils possédaient en 1867 aux termes du par. 65(2) de la Loi de 1861. Selon les appelantes, ce droit de «régler le cours d'études» implique un droit pour la minorité protestante d'administrer et de diriger ses propres écoles par l'intermédiaire de ses commissaires et syndics d'écoles, ce qui englobe le droit d'établir le programme d'études dans ces écoles. Il s'agirait là d'un «droit ou privilège» protégé par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Before determining whether the impugned Regulations violate the constitutional guarantee found in s. 93(1), two preliminary questions must be answered. First, what was the extent of the school commissioners and trustees power over curriculum under the 1861 Statute? I will address this issue in the remaining part of this chapter. Second, in what measure is this 1861 power a "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" which falls within the guarantee provided for in s. 93(1)? I will consider this in Part VI of these reasons. If, in answer to this second question, such a right and privilege has been constitutionally entrenched, do the impugned Regulations violate the constitutional norm so that they must be declared *ultra vires*?

Brossard J. of the Superior Court considered the first question by examining the interaction of ss. 21 and 65 of the 1861 Statute in order to ascertain whether the Council or the commissioners and trustees controlled the content of curriculum (at p. 61):

[TRANSLATION] One does not need a doctorate in pedagogy to see at once that the exclusive power of the Council of Public Instruction over the choice of books necessarily implies at least an indirect control over the subject-matter and content of the course of study to be followed in each school, the "regulation" of which is left to commissioners and trustees, but in keeping with regulations adopted by the Council for "the organization and government" of schools. In other words, the power of commissioners to "regulate the course of study to be followed in each School" was not absolute. [Footnotes omitted.]

Nichols J.A. is the only member of the Court of Appeal who expressly considered the interaction of ss. 21 and 65. He focussed on the grant of authority to the school commissioners and trustees in s. 65. Section 65(2) imposed a "duty" on school commissioners to regulate the course of study in each school. Nichols J.A. considered this word important: when a legislative authority imposes a duty it can be presumed to implicitly grant the power necessary to fully acquit that duty but no more (at p. 1048):

Avant de déterminer si les règlements attaqués violent la garantie constitutionnelle que contient le par. 93(1), il faut répondre à deux questions préliminaires. Premièrement, quelle était l'étendue du pouvoir des commissaires et syndics d'école sur le programme d'études sous le régime de la Loi de 1861? Je consacrerai à cette question le reste de la présente partie. La seconde question est de déterminer dans quelle mesure ce pouvoir conféré en 1861 constitue un «droit ou privilège [. . .] relativement aux écoles confessionnelles» auquel s'applique la garantie prévue au par. 93(1). Cette question sera examinée dans la partie VI des présents motifs. Si la réponse à la seconde question est qu'il s'agit d'un droit et privilège reconnu par la Constitution, les règlements attaqués enfreignent-ils la norme constitutionnelle et doivent-ils donc être déclarés *ultra vires*?

Dans son étude de la première question, le juge Brossard de la Cour supérieure a examiné l'interaction des art. 21 et 65 de la Loi de 1861 afin de déterminer si le pouvoir de régler le contenu du programme d'études, appartenait au Conseil ou aux commissaires et syndics (à la p. 61):

Nul n'a besoin d'un doctorat en pédagogie pour conclure immédiatement que le pouvoir exclusif du Conseil d'instruction publique sur le choix des livres implique nécessairement un contrôle au moins indirect sur la matière et le contenu du cours d'études à suivre dans chaque école, et dont le «règlement» est laissé au pouvoir des commissaires et syndics, mais dans le cadre des règlements adoptés par le conseil pour «l'organisation et la gouverne» des écoles. En d'autres mots, le pouvoir des commissaires de «régler le cours d'études à suivre dans chaque école» n'était pas absolu. [Renvois supprimés.]

Le juge Nichols est le seul parmi les juges de la Cour d'appel à considérer spécifiquement l'interaction des art. 21 et 65. Il insiste sur l'attribution de pouvoirs aux commissaires et aux syndics d'écoles par l'art. 65. Le paragraphe 65(2) imposait aux commissaires d'écoles le «devoir» de régler le programme d'études dans chaque école. Le juge Nichols estime que ce mot est important car, lorsque le législateur impose un devoir, on peut présumer qu'il confère implicitement le pouvoir nécessaire pour s'acquitter de ce devoir, mais rien de plus (à la p. 1048):

[TRANSLATION] However, this implicit delegation of the exercise of a power does not strip the person delegating of the power itself.

Thus, when the Legislative Assembly of Canada decrees that it shall be the duty of the school commissioners and trustees "to regulate the course of study to be followed", it implicitly vests in them the power to regulate the course of study, but such delegation does not amount to an absolute abandonment of the power itself.

Nichols J.A. went on to canvass the historical development of the school commissioners' and trustees' authority to regulate the course of study in schools, which authority eventually found expression in s. 65(2). He analyzed the statutory powers of school commissioners and trustees on the basis of laws in force from 1801 through to the 1861 consolidation. He concluded (at pp. 1054 and 1055):

[TRANSLATION] This overview of the legislation prior to 1867 shows, in my view, that because of the way the school system was organized school commissioners and trustees did not have the power to adopt the teaching system of their choice.

It was they who, at the lowest level of the hierarchy, had the duty to implement in the schools under their jurisdiction whatever teaching system the government was attempting to apply generally and uniformly.

. . .

This shows ... that the legislature has consistently wanted to maintain control over the course of study which the commissioners and trustees, at the bottom of the hierarchy, were to establish in their schools.

In my view the plain meaning of s. 21(3) and (4), when read in conjunction with s. 65(2), is that the Council and the school commissioners and trustees had distinct roles in the administration of education in the province at Confederation, and particularly with respect to the curriculum followed in the schools in the province. The power of the central authority, exercised by the Council pursuant to s. 21(3) and (4), was broad but not unfettered. Thus to borrow the language employed by Wilson J. in the *Separate Schools Reference*, it was a power to regulate, but not to prohibit. Our focus in this case is the authority over matters of curriculum. I see the authority of the Council in

Mais cette délégation implicite de l'exercice d'un pouvoir ne dépouille pas le délégant du pouvoir lui-même.

Ainsi, lorsque l'assemblée législative du Canada décrète qu'il sera du devoir des commissaires et syndics d'école «de régler le cours d'études à suivre» elle leur accorde implicitement le pouvoir de régler le cours d'études, mais on ne saurait voir dans cette délégation un abandon absolu du pouvoir lui-même.

Le juge Nichols fait ensuite une étude détaillée de l'évolution historique du pouvoir des commissaires et des syndics d'écoles de régler le programme d'études dans les écoles, pouvoir qui a finalement trouvé son expression au par. 65(2). Il procède à l'analyse des pouvoirs légaux des commissaires et syndics d'écoles selon les lois en vigueur de 1801 jusqu'à la refonte de 1861. Il conclut, aux pp. 1054 et 1055:

Ce survol de la législation antérieure à 1867 démontre à mon sens que les structures du système scolaire ne permettaient pas aux commissaires et syndics d'écoles d'adopter à loisir le régime pédagogique de leur choix.

Ils étaient ceux qui, au dernier échelon de la hiérarchie, avaient le devoir de mettre en œuvre dans les écoles soumises à leur juridiction le régime pédagogique que l'État cherchait à généraliser et uniformiser.

. . .

Il se dégage [...] une constante à l'effet que la législature a toujours voulu garder la mainmise sur le cours d'études que les commissaires et syndics, au bas de l'échelle hiérarchique, avaient pour mission d'instaurer dans leurs écoles.

À mon avis, le sens manifeste des par. 21(3) et (4), lorsqu'on les rapproche du par. 65(2), est que le Conseil d'une part et les commissaires et syndics d'écoles d'autre part jouaient des rôles distincts dans l'administration de l'éducation dans la province au moment de la Confédération, particulièrement à l'égard du programme d'études suivi dans les écoles de la province. Le pouvoir de l'autorité centrale, exercé par le Conseil en vertu des par. 21(3) et (4), était large mais non illimité. Ainsi, pour reprendre ce que dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, il s'agissait d'un pouvoir de réglementation et non pas d'un pouvoir d'interdiction. Ce qui nous intéresse ici

s. 21(4) to "select or cause to be published" the books to be used to the exclusion of others, in schools including those under the control of the school commissioners, as the source of authority over the content of the curriculum followed in those schools. Needless to say, in 1861 books represented the central and indeed controlling feature for content of school curriculum. (This remains true today; as we have seen, the province gives substance to its power to set curriculum under the impugned Regulations by retaining the power to approve textbooks and teaching materials.) The link between the substantive content of school curriculum and school books is made plainer by the exception to the Council's authority over books. The power to choose books "having reference to religion or morals" was to be made not by the central authority but rather by the "Curé, Priest or officiating Minister" pursuant to s. 65(2), presumably because this was seen as too dangerously close to what would eventually become the constitutionally protected right of the religious minority to set the denominational aspect of school curriculum.

The power of school commissioners and trustees to "regulate the course of study to be followed in each school" was not in conflict with the Council's authority over the books to be used. Section 65(2) is specific in this regard: the local authorities had the duty "to provide that no books be used in Schools under their jurisdiction than those approved and recommended by the Council of Public Instruction". The school commissioners' and trustees' role appears to have been a complementary one: they implemented and monitored the curriculum which was set, with the exception of religious and moral training, by the central authority. This was, as we have seen, the conclusion which Nichols J.A. arrived at after his survey of the pre-Confederation legislation. This division of authority would make practical sense in that it would have been appropriate for the local authorities to be charged with local administration of curriculum, while the central authority

c'est la compétence relative aux programmes d'études. Je vois dans le pouvoir du Conseil, selon par. 21(4), «de choisir ou faire publier» les livres dont on se servira à l'exclusion de tous autres dans les écoles, y compris celles qui relèvent des commissaires d'écoles, la source du pouvoir sur le contenu du programme d'études suivi dans ces écoles. Est-il besoin de souligner qu'en 1861 les livres représentaient l'élément primordial, voire dominant, du contenu des programmes d'études dans les écoles. (Cela tient encore aujourd'hui; comme nous avons pu le constater, la province concrétise son pouvoir d'établir les programmes d'études, aux termes des règlements contestés, en se réservant le pouvoir d'approuver les manuels et le matériel didactique.) Le lien qui existe entre le contenu réel d'un programme d'études et les manuels utilisés ressort plus nettement encore de la restriction apportée à la compétence du Conseil relativement aux livres. Le pouvoir de choisir les «livres qui ont rapport à la religion et à la morale» a été attribué non pas à l'autorité centrale mais plutôt au «curé, prêtre ou ministre desservant» en vertu du par. 65(2), probablement parce qu'on le considérait trop voisin de ce qui allait devenir le droit constitutionnel de la minorité religieuse d'établir l'aspect confessionnel du programme scolaire.

Le pouvoir des commissaires et des syndics d'écoles de «régler le cours d'études à suivre dans chaque école» n'entrait pas en conflit avec la compétence du Conseil relative aux livres à utiliser. Le paragraphe 65(2) est formel à cet égard: il était du devoir des autorités locales de «pourvoir à ce que dans les écoles sous leur juridiction on ne se serve que de livres approuvés et recommandés par le conseil d'instruction publique». Les commissaires et les syndics d'écoles paraissent avoir joué un rôle complémentaire. En effet, ils s'occupaient de la mise en œuvre et du contrôle du programme d'études qui, à l'exception de l'enseignement religieux et moral, était établi par l'autorité centrale. Comme nous l'avons vu, c'est la conclusion à laquelle le juge Nichols de la Cour d'appel est arrivé à la suite de son examen de textes législatifs antérieurs à la Confédération. Sur le plan pratique, ce partage des pouvoirs serait logique, car il serait normal que les autorités locales aient été

endeavoured to assure a uniform quality and content across the province. The exception to the rule — that the Curé, Priest or officiating Minister select books having reference to religion or morals — was designed to take away from the central authority the power to set the denominational component of the curriculum.

chargées de l'administration locale du programme d'études, tandis que l'autorité centrale s'appliquait à assurer une qualité et un contenu uniformes partout dans la province. L'exception à la règle— le curé, le prêtre ou le ministre desservant choisissait les livres ayant rapport à la religion ou à la morale—était destinée à enlever à l'autorité centrale le pouvoir d'établir l'élément confessionnel du programme d'études.

By way of conclusion, therefore, I observe that the Council of Public Instruction had a general power to select books which gave it a broad authority to set curriculum across the province. But the Council could not set the content of curricula pertaining to "religion and morals". Furthermore, this exception, which is plainly "in respect of Denominational Schools", to use the terms of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, consequently falls within the protection afforded to the religious minority. As for the school commissioners' and trustees' power to "regulate the course of study to be followed in each school" under s. 65(2) of the 1861 Statute, this authority was consistent with that of the Council to set curricula generally. This said, the power to regulate the course of study, while not in itself an authority over substantive curriculum, certainly gave the school commissioners and trustees the power to monitor and implement the curriculum imposed upon their schools by the Council. In what measure is this 1861 regulatory power of school commissioners and trustees a "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" which falls within the guarantee provided for in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*? As I will explain in the next section of these reasons, I believe that some of this regulatory power over curricula is constitutionally protected under s. 93(1). To repeat, this is separate from the clear protection afforded to "religious and moral instruction" which is extended as an exception to the central authority's general power to set curricula. There are, as I shall endeavour to explain below, certain aspects of non-denominational curricula which are nevertheless "with respect to Denominational Schools" and which, on the strength of the 1861 regulatory power of school commissioners, are now constitu-

Pour conclure, je ferais donc observer que le Conseil d'instruction publique était investi d'un pouvoir général de choisir les livres et possédait de ce fait un large pouvoir sur l'établissement du programme d'études dans l'ensemble de la province. Le Conseil ne pouvait cependant pas fixer le contenu de programmes d'études se rapportant «à la religion et à la morale». De plus, cette exception, qui est visiblement une exception «relativement aux écoles confessionnelles», pour reprendre l'expression employée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bénéficie en conséquence de la protection accordée à la minorité religieuse. Pour ce qui est du pouvoir des commissaires et syndics d'écoles de «régler le cours d'études à suivre dans chaque école» en vertu du par. 65(2) de la Loi de 1861, il était compatible avec le pouvoir du Conseil de fixer les programmes d'études en général. Cela dit, le pouvoir de régler le cours d'études, bien que ne constituant pas en soi une compétence relative au contenu du programme d'études, permettait certainement aux commissaires et aux syndics d'écoles de contrôler et de mettre en œuvre le programme que le Conseil imposait à leurs écoles. Dans quelle mesure ce pouvoir de réglementation conféré aux commissaires et aux syndics d'écoles en 1861 constitue-t-il un «droit ou privilège [. . .] relativement aux écoles confessionnelles» qui relève de la garantie énoncée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Comme je l'expliquerai dans la partie suivante des présents motifs, je crois que ce pouvoir de réglementation à l'égard des programmes d'études est protégé en partie par le par. 93(1) de la Constitution. Cela, je le répète, est distinct de la protection clairement accordée à «l'enseignement religieux et moral» à titre d'exception au pouvoir général de l'autorité centrale de fixer les programmes d'études. Certains aspects

tionally entrenched and out of reach of the central authority.

VI—The Constitutionality of the Impugned Legislation and Regulations under Section 93(1)

It remains to be determined whether the impugned regulations violate the s. 93(1) constitutional guarantee based on the content which I have attributed to that guarantee here. In my view, the Minister has succeeded in crafting regulations which fall within the parameters of the provincial authority in relation to education and, at the same time, which respect the constitutional guarantees in s. 93(1).

Under the scheme established by the Regulations, the Minister has broad powers to establish a pedagogical regime for the preschools, elementary and secondary schools in the province. Religious and moral instruction has, however, been treated differently in schools recognized as Catholic or Protestant, pursuant to s. 44 of the Elementary School Regulations and s. 45 of the Secondary School Regulations. In schools recognized as Protestant, for example, it is the regulations of the Protestant Committee of the Conseil supérieur de l'éducation which govern religious and moral instruction — regulations which have not been attacked by the appellants in this case. As I noted earlier, the regulations under attack here do not purport to set the content of moral and religious instruction in Protestant schools. They go no further than to include such instruction among the courses deemed compulsory in all schools. By carving out the denominational content of curriculum and leaving it in the hands of the Protestant Committee of the Conseil, the province has, in my view, conformed to s. 65(2) of the 1861 Statute which gave the Curé, Priest or Minister the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals in denominational schools. This exception to the provinces' plenary power in relation to education — constitutionally entrenched by s. 93(1) — has not been violated.

des programmes d'études non confessionnels, comme je tenterai de l'expliquer plus loin, se rapportent néanmoins aux écoles confessionnelles et sont maintenant, en raison du pouvoir de réglementation conféré aux commissaires d'écoles en 1861, constitutionnalisés et hors de l'atteinte de l'autorité centrale.

VI—La loi et les règlements attaqués sont-ils conformes au paragraphe 93(1) de la Constitution?

Il reste à déterminer si les règlements attaqués enfreignent la garantie constitutionnelle du par. 93(1), compte tenu de l'interprétation que je donne à cette garantie en l'espèce. À mon avis, le ministre a réussi à façonner des règlements qui restent à l'intérieur des limites de la compétence provinciale en matière d'éducation et respectent les garanties constitutionnelles énoncées au par. 93(1).

Selon le système établi par les règlements, le ministre a le pouvoir général de créer un régime pédagogique pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires de la province. Toutefois, aux termes de l'art. 44 du Règlement sur les écoles primaires et de l'art. 45 du Règlement sur les écoles secondaires, un traitement différent est donné à l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Dans le cas des écoles reconnues comme protestantes, par exemple, ce sont les règlements du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation qui régissent l'enseignement religieux et moral, lesquels règlements ne sont pas attaqués par les appelantes en l'espèce. Comme je l'ai déjà signalé, les règlements contestés dans la présente affaire n'ont pas pour effet de fixer le contenu de l'enseignement moral et religieux dans les écoles protestantes. Ils se bornent à inclure cet enseignement parmi les matières considérées comme obligatoires dans toutes les écoles. En ne touchant pas au contenu confessionnel du programme d'études qui est laissé au comité protestant du Conseil, la province, à mon avis, s'est conformée au par. 65(2) de la Loi de 1861, qui donnait au curé, au prêtre ou au ministre du culte le droit exclusif de faire le choix des livres ayant rapport à la religion et à la morale pour les écoles confessionnelles. Cette exception au pouvoir absolu

The appellants did not argue that the Minister's power to name members of the Protestant Committee, on the advice of members of the denominational community pursuant to s. 17 of *An Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation*, itself violated s. 93(1). Presumably they have accepted, for the purposes of present argument, the decision of Brossard J. at first instance that the 1861 power has, *de facto*, passed from the hands of the "Curé, Priest or officiating Minister" to the corresponding committee of the Conseil, and that this delegation does not prejudicially affect the rights or privileges protected by s. 93(1): see [1986] R.J.Q. 48, at p. 62, in which Brossard J. refers to his decision in *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, at p. 905.

While the constitutional guarantee for the denominational content of the curriculum has plainly been protected in the Regulations, it was open to argument that certain non-denominational aspects of the curriculum, which also merit protection under s. 93(1), have not been respected. It may seem incongruous to speak of non-denominational aspects of education that fall under the protection of a constitutional guarantee "with respect to Denominational Schools". But there is nothing new in this idea. In deciding that a provincial law providing for a new system of school financing across the province was in violation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, Chouinard J. explained in *Hull*, *supra*, that the constitutional protection of rights or privileges "with respect to Denominational Schools" sometimes extends beyond that which is "denominational" in the narrow sense of this word since "Denominational status does not exist in a vacuum" (p. 584). In support of this view, he cited the following text prepared by Professors François Chevrette, Herbert Marx and André Tremblay:

[TRANSLATION] It is clear that the spirit of s. 93 seeks to guarantee the denominational status of education as that status existed in 1867, that is, in relation to education provided in dissentient schools in the province and

des provinces en matière d'éducation, exception à laquelle le par. 93(1) a donné valeur constitutionnelle, a été respectée. Les appelantes ne prétendent pas que le pouvoir du ministre de nommer les membres du comité protestant, sur la recommandation des membres de la confession, en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation* enfreint le par. 93(1). On peut supposer qu'aux fins de la présente discussion, elles ont accepté la décision du juge Brossard qui a statué en première instance que le pouvoir conféré en 1861 était en fait passé du «curé, prêtre ou ministre» au comité correspondant du Conseil et qu'il s'agit là d'une délégation qui ne préjudicie pas aux droits et aux privilèges que protège le par. 93(1): voir [1986] R.J.Q. 48, à la p. 62, où le juge Brossard renvoie à sa propre décision dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, à la p. 905.

Bien que les règlements protègent manifestement la garantie constitutionnelle relative au contenu confessionnel du programme d'études, on pourrait prétendre que certains aspects non confessionnels du programme d'études, qui devraient également bénéficier de la protection du par. 93(1), n'ont pas été respectés. Il peut paraître illogique de parler d'aspects non confessionnels de l'éducation protégés par une garantie constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» mais l'idée n'est pas nouvelle. En décidant qu'une loi provinciale prévoyant un nouveau mode de financement des écoles dans la province allait à l'encontre du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Chouinard explique dans l'arrêt *Hull*, précité, que la protection constitutionnelle de droits ou de privilèges «relativement aux écoles confessionnelles» dépasse parfois les limites de ce qui est «confessionnel» au sens strict du terme puisque «[l]a confessionnalité n'existe pas dans un vacuum» (p. 584). Il cite à l'appui de ce point de vue le passage suivant tiré d'un texte des professeurs François Chevrette, Herbert Marx et André Tremblay:

Il est certain que dans son esprit l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement telle que cette confessionnalité se présentait en 1867, c'est-à-dire au niveau de l'enseignement dispensé dans les écoles

in the schools of Montréal and Québec. In this regard, the ultimate aim of the section is a religious one, and that aim was undoubtedly given constitutional form. The question remains whether only that aim was so treated, or whether certain concrete means of achieving it were as well, namely a number of powers and administrative devices to ensure that the denominational status of education would be respected and maintained in practice. There is also no doubt of the answer to this question: constitutional form was also given to a number of means of achieving the result, and the wording of s. 93 itself seems clear in this regard, since it speaks of any "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" rather than referring merely to "denominational schools".

It should be noted that in themselves, and viewed in isolation, these means are not necessarily religious in nature, for they may include financial powers, the power to hire teachers and so on; however, such means should still be related to the denominational status of education directly and connected directly with maintaining it.

(*Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal* (1972), at p. 22.)

In the same way, certain non-denominational aspects of curriculum may fall within the protection of the s. 93(1) guarantee because they are "with respect to Denominational Schools". In other words, constitutional protection "with respect to Denominational Schools" has both denominational and non-denominational components. The problem in *Hull*, in this case and in other like cases, is determining the extent to which these non-denominational aspects of curriculum merit constitutional protection.

The appellants, in their written argument, urge for a very wide interpretation of the rights or privileges in relation to denominational schools which benefit from s. 93(1) protection. The appellants argue for protection of aspects of curriculum not conventionally thought of as denominational. In their view, the nature of Protestant denominational education is such as to require this wide interpretation in order to protect Protestant

dissidentes de la province et dans les écoles de Montréal et de Québec. À ce titre l'objectif final de cet article est de nature religieuse et il ne fait pas de doute que cet objectif ait été constitutionnalisé. Reste la question de savoir si c'est cet objectif final seul qui l'a été, ou si ne l'ont pas été aussi certains moyens concrets d'y parvenir, c'est-à-dire un certain nombre de pouvoirs et de structures administratives assurant que la confessionnalité de l'enseignement serait en pratique respectée et maintenue. La réponse à cette question ne fait pas de doute non plus; on a aussi constitutionnalisé un certain nombre de moyens d'y parvenir et le texte même de l'article 93 semble clair à ce sujet puisqu'il parle de «droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles» au lieu de parler plus simplement «d'écoles confessionnelles».

Remarquons qu'en eux-mêmes et considérés isolément ces moyens n'ont pas nécessairement une nature religieuse, car il pourra éventuellement s'agir de pouvoirs financiers, du pouvoir d'engager des maîtres, etc. Mais il demeure que ces moyens doivent être relatifs à la confessionnalité de l'enseignement et reliés directement au maintien de celle-ci.

(*Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal* (1972), à la p. 22.)

De la même façon, certains aspects non confessionnels du programme d'études peuvent bénéficier de la protection offerte par la garantie énoncée au par. 93(1) parce qu'ils sont relatifs aux écoles confessionnelles. En d'autres termes, la protection constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» comporte aussi bien des éléments confessionnels que des éléments non confessionnels. Le problème dans l'affaire *Hull*, dans la présente affaire et dans des affaires analogues, est de déterminer dans quelle mesure ces aspects non confessionnels du programme d'études méritent d'être protégés par la Constitution.

Les appelantes, dans leurs conclusions écrites, plaident en faveur d'une interprétation très large des droits ou privilèges qui sont accordés à l'égard des écoles confessionnelles et qui bénéficient de la protection du par. 93(1). Elles préconisent en fait la protection d'aspects du programme d'études qui ne sont pas normalement considérés comme confessionnels. Selon elles, la nature de l'éducation confessionnelle protestante est telle que cette inter-

denominational schools. Their factum makes this position plain:

> Evidence was introduced to show the essential nature of Protestant denominational schools and to demonstrate the difference between that essential nature and the entirely different but more familiar concept of Catholic denominational education.
>
> . . .
>
> That evidence, which was uncontradicted, shows that Protestant education is inherently pluralistic. While the Bible and religion generally are studied, the approach is an objective one and the schools do not attempt to teach the beliefs of any one church. The predominant background is the Judeo-Christian heritage. The emphasis in secular subjects is on objective inquiry and openness in investigation. There has traditionally been a substantial degree of community involvement with the schools in all their major aspects including the curriculum. Brossard, J. found as a fact that there are fundamental differences between Catholic and Protestant denominational schools.
>
> . . .
>
> . . . Appellants seek to protect and preserve a vital aspect of an educational system which reflects the values and priorities of the community they represent.

The appellants contend that the Regulations undermine the constitutional protection of Protestant schools because they are contrary to Protestant educational philosophy. Their view is that, because of the inherently pluralistic nature of the Protestant faith, much of what is generally considered to be the non-denominational aspect of education is coloured by the denominational educational philosophy upon which the school is organized. Because certain non-denominational aspects of curriculum are necessarily affected by this Protestant educational philosophy, they too should benefit from constitutional protection. The appellants argue that since the Regulations effectively vest complete control over curriculum other than religious and moral instruction exclusively in the Minister, this part of the protected right of denominational school boards has been eliminated. If evidence of prejudice caused by the Regulations is

prétation large s'impose pour protéger les écoles confessionnelles protestantes. Cette position se dégage nettement de leur mémoire:

> [TRADUCTION] La preuve produite décrit ce qu'est essentiellement la nature des écoles confessionnelles protestantes et fait ressortir la différence entre cette nature essentielle et le concept tout à fait distinct, mais plus familier, d'éducation confessionnelle catholique.
>
> . . .
>
> Il ressort de cette preuve, qui par ailleurs n'a pas été contredite, que l'éducation protestante revêt un caractère fondamentalement pluraliste. Quoique la Bible et la religion en général soient étudiées, on les aborde d'une manière objective et les écoles n'essaient pas d'enseigner les dogmes d'une église en particulier. L'accent est mis sur la tradition judéo-chrétienne. En ce qui concerne les matières laïques, on insiste sur l'objectivité et sur l'ouverture d'esprit dans les recherches. Traditionnellement, il y a eu une grande mesure de participation par les membres de la collectivité à tous les aspects importants des écoles, y compris le programme d'études. Le juge Brossard a constaté qu'il existe des différences fondamentales entre les écoles confessionnelles catholiques et les écoles confessionnelles protestantes.
>
> . . .
>
> . . . les appelantes désirent protéger et préserver un aspect vital d'un système d'éducation qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité qu'elles représentent.

Les appelantes soutiennent que les règlements minent la protection constitutionnelle dont bénéficient les écoles protestantes parce qu'ils vont à l'encontre de la philosophie protestante en matière d'éducation. Suivant leur point de vue, en raison du caractère fondamentalement pluraliste de la foi protestante, une bonne partie de ce qui est généralement considéré comme l'aspect non confessionnel de l'éducation est influencée par la philosophie confessionnelle en matière d'éducation en fonction de laquelle l'école est organisée. Puisque certains aspects non confessionnels du programme d'études sont nécessairement touchés par cette philosophie protestante en matière d'éducation, ils devraient bénéficier également d'une protection constitutionnelle. Les appelantes font valoir que, comme les règlements ont pour effet de conférer exclusivement au ministre le plein contrôle du programme d'études, sauf en ce qui concerne l'enseignement

necessary, the appellants cite the following examples:

(a) The concept of universality embodied in the two regimes is contrary to Protestant educational philosophy. Flexibility to deal adequately with students who are less gifted or more gifted than the average is greatly reduced.

(b) Elective courses in secondary schools are rendered virtually impossible by the number and the extent of obligatory courses imposed by the regimes.

(c) The obligatory and only course in Canadian history, "History of Quebec and Canada", does not touch upon any history of Canada, apart from Quebec, from 1929 to the present. No optional course in Canadian history may be taught without the consent of the Minister.

(d) Teaching English as a second language is forbidden prior to grade 4, contrary to sound pedagogical practice and the wishes of the parents.

(e) Appellants are required to teach a number of non-academic courses such as "Social & Personal Development", "Career Guidance" and "Home Economics" to all students in each of the years determined by the regimes. These rigid requirements further limit the possibility of expanded academic studies for those students who might best profit from them.

The appellants claim that they invoke s. 93(1) in an effort to protect and preserve a vital aspect of an educational system which reflects the values and priorities of the community they represent. They are clearly of the view that part of non-denominational school curriculum falls within s. 93(1). Yet the appellants do not argue that their power over curriculum is exclusive. Again, I cite from the written argument submitted on their behalf, at p. 27:

[The appellants'] right to establish a curriculum which reflects the values and priorities of their community is not inconsistent with the right of the Province to legislate or adopt regulations of general application respecting curriculum, for example to ensure that all students

religieux et moral, ils suppriment cet aspect du droit garanti aux commissions scolaires confessionnelles. S'il faut une preuve du préjudice causé par les règlements, les appelantes citent les exemples suivants:

[TRADUCTION]

a) Le concept d'universalité inhérent aux deux régimes est contraire à la philosophie protestante en matière d'éducation. La souplesse requise pour répondre adéquatement aux besoins des élèves moins doués ou plus doués que la moyenne s'en trouve considérablement réduite.

b) Il est presque impossible d'offrir des cours à option dans les écoles secondaires en raison du nombre et de l'étendue des cours obligatoires imposés par les régimes.

c) Pour la période de 1929 à aujourd'hui, le cours obligatoire d'histoire canadienne («Histoire du Québec et du Canada»), qui est le seul offert, porte uniquement sur l'histoire du Québec. Aucun cours à option traitant de l'histoire du Canada ne peut être enseigné sans le consentement du ministre.

d) L'enseignement de l'anglais comme langue seconde est interdit avant la quatrième année, ce qui est contraire à la fois aux bonnes pratiques pédagogiques et aux désirs des parents.

e) Les appelantes sont tenues d'enseigner à tous les élèves dans chacune des années déterminées par les régimes plusieurs cours pratiques tels que «Formation personnelle et sociale», «Éducation au choix de carrière» et «Économie familiale». Ces exigences rigides viennent limiter davantage les possibilités d'offrir un plus grand nombre de cours théoriques aux élèves qui en profiteraient le plus.

Les appelantes affirment qu'elles invoquent le par. 93(1) dans le but de protéger et de préserver un aspect vital d'un système d'enseignement qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité qu'elles représentent. De toute évidence, elles estiment qu'une partie du programme d'études non confessionnel des écoles relève du par. 93(1). Les appelantes ne prétendent cependant pas détenir un pouvoir exclusif relativement au programme d'études. Je cite à nouveau les plaidoiries écrites présentées en leur nom, où l'on trouve, à la p. 27, le passage suivant:

[TRADUCTION] Le droit [des appelantes] d'établir un programme d'études qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité à laquelle elles appartiennent n'est nullement incompatible avec le droit de la province de légiférer relativement au programme d'études ou

achieve adequate standards in core subjects or a knowledge of matters of particular concern to Quebec students. It is only where a protected right is prejudicially affected, as is the case here, that the guarantees of Section 93 limit the authority of the Province.

I cannot agree that s. 93(1) grants to Protestants a control over curriculum which is as sweeping as that suggested by the appellants. By associating the content of the constitutional guarantee with a Protestant educational philosophy founded upon pluralism, the appellants would give to the Protestant community a right or privilege to determine the curriculum used in denominational schools which is completely incompatible with the exercise of a general regulatory power of the province over matters of curriculum which fall outside religious and moral education. A parallel can be drawn between the effect of this position and that of the respondents in *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.) In upholding the Manitoba *Public Schools Act, 1890* in the face of a challenge by the local Catholic community that the Act violated protected rights or privileges in the equivalent to s. 93 in the *Manitoba Act, 1870*, Lord MacNaghten stated (at p. 459):

> With the policy of the Act of 1890 their Lordships are not concerned. But they cannot help observing that, if the views of the respondents were to prevail, it would be extremely difficult for the provincial legislature, which has been entrusted with the exclusive power of making laws relating to education to provide for the educational wants of the more sparsely inhabited districts of a country almost as large as Great Britain, and that the powers of the legislature, which on the face of the Act appear so large, would be limited to the useful but somewhat humble office of making regulations for the sanitary conditions of school-houses, imposing rates for the support of denominational schools, enforcing the compulsory attendance of scholars, and matters of that sort.

To give the proper content to s. 93(1) in this case, the Court must decide which non-denomina-

d'adopter des règlements d'application générale s'y rapportant, par exemple, afin de s'assurer que tous les élèves acquièrent une connaissance suffisante dans les disciplines principales et dans les matières qui présentent un intérêt particulier pour les élèves du Québec. Ce n'est que lorsqu'il est porté atteinte à un droit protégé, comme c'est le cas en l'espèce, que les garanties énoncées à l'art. 93 viennent restreindre la compétence de la province.

Je ne puis me persuader que le par. 93(1) confère aux protestants un pouvoir sur le programme d'études aussi étendu que le prétendent les appelantes. En associant le contenu de la garantie constitutionnelle à une philosophie protestante en matière d'éducation qui est fondée sur le pluralisme, les appelantes accorderaient à la collectivité protestante un droit ou un privilège de régler le programme d'études à suivre dans les écoles confessionnelles qui est tout à fait incompatible avec l'exercice par la province d'un pouvoir général de réglementation à l'égard de questions touchant le programme d'études qui n'appartiennent pas au domaine de l'enseignement religieux et moral. On peut faire un parallèle entre l'effet de cette position et l'effet du point de vue adopté par les intimés dans l'affaire *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (C.P.) En déclarant valide *The Public Schools Act, 1890* du Manitoba à laquelle la collectivité catholique locale reprochait de violer des droits ou privilèges protégés par la disposition de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui correspond à l'art. 93, lord MacNaghten affirme, à la p. 459:

> [TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne s'intéressent pas à la politique de la Loi de 1890. Toutefois, elles ne peuvent s'empêcher de remarquer que, si les opinions des intimés devaient s'appliquer, il serait extrêmement difficile pour la législature de la province, qui a le pouvoir exclusif d'adopter des lois relatives à l'éducation, de combler les besoins en matière d'éducation des districts les moins peuplés d'un pays presque aussi grand que la Grande-Bretagne et que les pouvoirs de la législature qui, d'après la Loi, paraissent tellement étendus seraient limités à la tâche utile, mais plutôt humble, d'établir des règlements portant sur les conditions d'hygiène dans les écoles, sur le prélèvement d'impôts pour le financement des écoles confessionnelles, sur le respect de la présence obligatoire des élèves et sur des questions de ce genre.

Pour déterminer le sens exact du par. 93(1) en l'espèce, la Cour doit décider quels aspects non

tional aspects of curriculum are, from the point of view of constitutional law, "with respect to" Protestant denominational schools. In arriving at his conclusion that the Regulations impugned in the case at bar were *intra vires*, McCarthy J.A. very ably drew the line between those aspects of curriculum which enjoy constitutional protection and those which do not. At page 1035, he stated that:

> ... to interpret properly section 93 of the *Constitution Act, 1867*, one must first distinguish between the denominational and the non-denominational aspects of denominational schools and then distinguish further between those non-denominational aspects, such as financing, which are necessary to give effect to denominational guarantees and those which are not so necessary. The pedagogical regimes here in question fall into the last category. They are therefore within the legislative competence of the province in relation to education.

Furthermore, the protection over the non-denominational aspects of denominational schools which are necessary to give effects to denominational guarantees, to use the language of McCarthy J.A., is also assured in the Regulations. The 1861 power of school commissioners and trustees to "regulate the course of study" in denominational schools has been entrenched only in so far as this limited regulatory power is necessary to give effect to denominational guarantees. I believe the impugned Law and Regulations meet the constitutional requirement by granting to the school boards the power to adapt prescribed curricula to local needs and to create additional curricula, subject to approval, where they deem it necessary and to participate in the evaluation of the curricula generally. The Attorney General of Quebec correctly observed in written argument:

> [TRANSLATION] The trustees of dissentient schools, whether Catholic or Protestant, are therefore subject to the regulation of curricula. However, in view of the constitutional protection they are given, they may adapt these curricula by offering them in a manner consistent with their religious values and regulate their schools so as to diffuse in them their own religious values.

confessionnels du programme d'études sont, du point de vue du droit constitutionnel, «relativement aux» écoles confessionnelles protestantes. Le juge McCarthy, qui conclut que les règlements attaqués en l'espèce sont *intra vires*, trace très habilement la ligne de démarcation entre les aspects du programme d'études qui bénéficient de la protection de la Constitution et ceux qui n'en bénéficient pas. À la page 1035, il dit:

> [TRADUCTION] ... pour bien interpréter l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on doit d'abord faire une distinction entre les aspects confessionnels et les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles, puis faire une distinction aussi entre les aspects non confessionnels, tels que le financement, qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles, et ceux qui ne le sont pas. Les régimes pédagogiques ici en cause tombent dans cette dernière catégorie. Ils relèvent donc de la compétence législative de la province en matière d'éducation.

En outre, la protection des aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles, comme le dit le juge McCarthy, est également assurée par les règlements. Le pouvoir de «régler le cours d'études» dans les écoles confessionnelles, conféré en 1861 aux commissaires et aux syndics d'écoles, n'est constitutionnalisé que dans la mesure où ce pouvoir de réglementation limité est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Pour ma part, je crois que la Loi et les règlements attaqués répondent à l'exigence constitutionnelle en donnant aux commissions scolaires le pouvoir d'adapter aux besoins locaux les programmes d'études prescrits, de créer, sous réserve qu'ils soient approuvés, d'autres programmes d'études lorsqu'elles le jugent nécessaire et de participer à l'évaluation des programmes d'études en général. C'est avec raison que le procureur général du Québec souligne dans ses plaidoiries écrites:

> Les syndics des écoles dissidentes, catholiques ou protestantes sont donc soumis à la réglementation sur les programmes d'études. Mais, compte tenu de la protection constitutionnelle dont ils sont revêtus, ils peuvent adapter ces programmes d'études en les dispensant d'une façon conforme à leurs valeurs religieuses et régir leurs écoles de façon à les imprégner des valeurs religieuses qui leur sont propres.

The Regulations allow the school boards to exercise their 1861 power over the non-denominational aspects of denominational schools which are necessary to give effect to denominational guarantees.

McCarthy J.A. has traced a fine line which, I believe, serves to render more precise much of the discussion of the s. 93(1) that has come before in the case law. I offer the following example of how McCarthy J.A.'s distinction furthers an understanding of the cases in this complicated field. After observing that "[d]enominational status does not exist in a vacuum" for the purposes of distinguishing between protected and unprotected aspects of denominational schools in *Hull*, *supra*, at p. 584, Chouinard J. cited the following dictum with approval:

> In *Hirsch* in this Court, [1926] S.C.R. 246, Anglin C.J., who was not overruled by the Privy Council on this point, wrote at p. 269:
>
> From what has been said it is apparent that we would regard legislation designed to impair the right of Protestants, as a class of persons in the province of Quebec, to the exclusive control, financial and pedagogic, of their schools, as *ultra vires* of the provincial legislature. [Emphasis added.]

To Chouinard J.'s approval of this dictum I would add the refinement that McCarthy J.A. has provided us in the Court of Appeal here. The pedagogical control to which Anglin C.J. alludes is only exclusive in so far as it is necessary to assure the protection of the constitutional value. The only non-denominational aspects of a pedagogical regime which are protected by s. 93(1) are those which are "necessary to give effect to denominational guarantees".

There is plainly an honest difference of opinion between the educational experts of the appellant school boards and those of the Minister of Education as to what kind of pedagogical regime is best suited to preschool, elementary and secondary school pupils. Whatever the merits of the approaches to education espoused by the appellant school boards and the Minister respectively, s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* is not the appropriate device to settle their differences. The

Les règlements permettent aux commissions scolaires d'exercer le pouvoir qu'elles détiennent depuis 1861 sur les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles.

Le juge McCarthy trace une ligne précise qui, je crois, permet d'élucider une large part du débat jurisprudentiel concernant le par. 93(1). Voici un exemple de la manière dont la distinction faite par le juge McCarthy nous aide à comprendre la jurisprudence relative aux décisions rendues dans ce domaine compliqué. Après avoir souligné que «[l]a confessionnalité n'existe pas dans un vacuum» lorsqu'il s'agit de distinguer entre les aspects protégés et les aspects non protégés des écoles confessionnelles, le juge Chouinard cite et approuve l'opinion suivante dans l'arrêt *Hull*, précité, à la p. 584:

> Dans l'arrêt *Hirsch* en cette Cour, [1926] R.C.S. 246, le juge en chef Anglin, qui sur ce point n'est pas contredit par le Conseil privé, écrit à la p. 269:
>
> [TRADUCTION] Il ressort de ce qui précède que nous considérons que la loi destinée à amoindrir le droit des protestants, comme classe de personnes dans la province de Québec, au contrôle exclusif, financier et pédagogique de leurs écoles, est *ultra vires* de la législature de la province. [Je souligne.]

À ce point de vue approuvé par le juge Chouinard j'apporterais la nuance qu'exprime le juge McCarthy de la Cour d'appel dans la présente affaire. Le contrôle pédagogique dont parle le juge en chef Anglin n'est exclusif que dans la mesure où il est nécessaire pour assurer le respect d'une valeur protégée par la Constitution. Les seuls aspects non confessionnels d'un régime pédagogique qui bénéficient de la protection du par. 93(1) sont ceux qui sont «nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles».

De toute évidence, les experts en matière d'éducation des commissions scolaires appelantes et ceux du ministre de l'Éducation diffèrent en toute bonne foi dans leur opinion quant au régime pédagogique le mieux adapté aux besoins des élèves des niveaux préscolaire, primaire et secondaire. Quelle que soit la valeur des positions respectives des commissions scolaires appelantes et du ministre vis-à-vis de l'éducation, ce n'est pas au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'il convient

constitutional guarantee is explicitly stated to be "with respect to Denominational Schools". In an effort to attack the principle of a uniform curriculum for all schools, the appellants have framed what may well be a legitimate pedagogical argument in constitutional terms which, I believe, is inappropriate. As I have said, I do not accept the appellants' position that Protestant educational philosophy extends constitutional protection beyond what is necessary to give effect to denominational guarantees. The appellants are attacking non-denominational aspects of curriculum which are not necessary to give effect to denominational guarantees. I agree with McCarthy J.A. that whatever the pedagogical value of the Regulations may be, they are within the legislative competence of the province in relation to education.

VII—The Constitutionality of the Impugned Legislation and Regulations under Section 93(2)

The appellants invoke s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* as an alternative basis on which to attack the legislation and regulations at issue here. Section 93(2) directs that "All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec".

On the strength of the judgment of this Court in the *Separate Schools Reference*, rendered after the decision in the Court of Appeal in the case at bar, the appellants argue in their factum that "the right of Quebec Protestants in respect of curriculum can be no less than [that] enjoyed by Roman Catholics in Ontario" as described by Wilson J. in that case. This argument seems to postulate that the Protestant School Board of Greater Montreal and Greater Quebec School Board are boards of dissentient schools, as well as the Lakeshore School Board and all the boards

de recourir pour régler leur différend. La garantie constitutionnelle porte explicitement qu'elle est «relativement aux écoles confessionnelles». En contestant le principe de l'uniformité des programmes d'études pour toutes les écoles, les appelantes formulent en termes constitutionnels un argument qui pourrait être un argument pédagogique valable mais, selon moi, cette démarche n'est pas appropriée. Comme je l'ai déjà dit, je n'accepte pas la proposition des appelantes suivant laquelle la philosophie protestante en matière d'éducation implique une protection constitutionnelle dépassant ce qui est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Les appelantes attaquent des aspects non confessionnels du programme d'études qui ne sont pas nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Comme le juge McCarthy, j'estime que, quelle que soit la valeur pédagogique des règlements, ils relèvent de la compétence législative de la province en matière d'éducation.

VII—La loi et les règlements attaqués sont-ils conformes au paragraphe 93(2) de la Constitution?

Les appelantes invoquent subsidiairement le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour attaquer la Loi et les règlements en cause. Le paragraphe 93(2) dispose que «tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec».

S'appuyant sur l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, prononcée après le jugement de la Cour d'appel en l'espèce, les appelantes soutiennent dans leur mémoire que [TRADUCTION] «le droit des protestants du Québec relativement au programme d'études ne peut être moins étendu que celui dont jouissent les catholiques en Ontario», tel qu'il a été décrit par le juge Wilson dans cet arrêt. Cet argument semble supposer que la Commission des écoles protestantes du Grand Montréal et la Commission scolaire Greater Québec ainsi que la Commission scolaire

represented by the Association of Protestant School Boards. This may not be entirely free from doubt but I am prepared to assume without deciding that the postulate is well founded.

Section 93(2) does not itself entrench rights or privileges which existed in either province by law at the Union. It is section 93(1), and not s. 93(2) on its own, which raises "Right[s] or Privilege[s] with respect to Denominational Schools" to the status of constitutional norms. What section 93(2) does do is add a step to the analysis which necessarily comes before the determination of which rights and privileges enjoyed by law at the Union have become entrenched in Quebec under s. 93(1). In essence, s. 93(2) extends all powers, privileges and duties (but not constitutional powers and privileges) conferred and imposed in Upper Canada on the separate schools and school trustees of the Queen's Roman Catholic subjects to the dissentient schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic subjects in Quebec. Section 93(2) does not replace the rule in s. 93(1), but it does complete it. If, for example, by the operation of the provision in s. 93(2), powers and privileges which existed at the time of Confederation in Upper Canada are "extended" to dissentient Quebec Protestants or Catholics, the inquiry as to what greater constitutional powers and privileges dissentient Quebec Protestants or Catholics may enjoy in their own province does not end there. The Court is still required, not by s. 93(2) but by s. 93(1), to determine whether the power or privilege extended from Upper Canada to Quebec is "with respect to Denominational Schools" and whether that right, power or privilege is prejudicially affected by the legislation attacked in any given case. (Other powers extended by s. 93(2) might be relevant, at least in theory, to protection afforded by s. 93(3) and (4).)

The Attorney General of Ontario intervened on behalf of the respondent on this issue. Together

Lakeshore et toutes les commissions scolaires représentées par l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec sont des commissions d'écoles dissidentes. Quoique cela ne soit peut-être pas absolument certain, je suis prêt à tenir pour avéré, sans toutefois trancher la question, que cette hypothèse est bien fondée.

Le paragraphe 93(2) lui-même ne donne pas valeur constitutionnelle à des droits ou des privilèges qui existaient dans l'une ou l'autre province lors de l'Union. C'est le par. 93(1), et non le par. 93(2) pris isolément, qui érige en normes constitutionnelles les «droit[s] ou privilège[s] [...] relativement aux écoles confessionnelles». Le paragraphe 93(2) ne fait qu'ajouter une étape à l'analyse à laquelle il faut nécessairement procéder pour déterminer quels droits et privilèges conférés par la loi lors de l'Union ont été constitutionnalisés au Québec en vertu du par. 93(1). Essentiellement, le par. 93(2) étend aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques de Sa Majesté au Québec tous les pouvoirs, privilèges et devoirs (mais non des pouvoirs et privilèges garantis par la Constitution) conférés ou imposés dans le Haut-Canada aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques de la Reine. Le paragraphe 93(2) ne remplace pas la règle énoncée au par. 93(1); il la complète. Si, par exemple, en application du par. 93(2), des pouvoirs et privilèges existant au moment de la Confédération dans le Haut-Canada sont «étendus» aux écoles protestantes et catholiques dissidentes du Québec, cela ne permet pas de déterminer complètement quels sont les droits constitutionnels additionnels dont disposent les protestants et catholiques dissidents du Québec dans leur propre province. La Cour est encore obligée, non par le par. 93(2) mais par le par. 93(1), de déterminer si le pouvoir ou privilège qui existait dans le Haut-Canada et que l'on a étendu au Québec est relatif aux écoles confessionnelles et si la loi attaquée dans une cause donnée préjudicie à ce droit, pouvoir ou privilège. (D'autres pouvoirs étendus par le par. 93(2) pourraient être pertinents, du moins en théorie, relativement à la protection qu'accordent les par. 93(3) et (4).)

Le procureur général de l'Ontario est intervenu en faveur de l'intimé sur cette question. Tous deux

they argue that the law in Upper Canada at the Union divided authority over curriculum between the central Council of Public Instruction and the separate school trustees in a manner similar to the division of authority under the 1861 Statute in Quebec. Furthermore, they contend that in the *Separate Schools Reference*, Wilson J. did not recognize a power over the content of curriculum for separate school trustees which, by operation of s. 93(2), would invalidate the Quebec legislation and regulations here. The respondent concludes its submission on this point: [TRANSLATION] " ... the situation in Quebec is the same as in Ontario. The province sets the curricula and the trustees, Catholic as well as Protestant, offer them in accordance with their own philosophy."

In the *Separate Schools Reference*, Wilson J. explained that four statutes in force at the time of Confederation in Upper Canada are relevant to the interpretation of s. 93(1): *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64 (the "*Common Schools Act, 1859*"); *An Act respecting Separate Schools*, C.S.U.C. 1859, c. 65; *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 (the "*Scott Act, 1863*"), and *An Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 23. I do not propose to analyze these statutes exhaustively here: Wilson J. has done this, albeit from a different perspective, in the *Separate Schools Reference*, and I will make liberal use of her analysis here.

At pages 1182-85 *passim*, Wilson J. described the shared authority over curriculum between the central and local authorities at Confederation. Although the law in force at the Union did not confer an express power upon separate school trustees in Upper Canada to determine the courses to be taught in their schools, Wilson J. believed that such a power was implicit in the scheme of the legislation. She based this conclusion on the power which trustees had to employ teachers and, in the

font valoir que la loi en vigueur dans le Haut-Canada lors de l'Union partageait le pouvoir sur le programme d'études entre l'autorité centrale, le Conseil d'instruction publique, et les syndics d'écoles séparées, d'une manière semblable au partage du pouvoir opéré par la Loi de 1861 au Québec. Ils soutiennent en outre que, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, le juge Wilson n'a pas reconnu aux syndics d'écoles séparées une compétence relative au contenu du programme d'études qui, par l'effet du par. 93(2), invaliderait la Loi et les règlements québécois en cause. L'intimé termine ainsi son argument sur ce point: «. . . la situation est la même au Québec qu'en Ontario. La Province établit les programmes d'études et les syndics, catholiques comme protestants, les dispensent en les empreignant de leur propre philosophie.»

Dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, le juge Wilson explique que quatre lois en vigueur dans le Haut-Canada lors de la Confédération sont pertinentes aux fins de l'interprétation du par. 93(1): *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, chap. 64 (la «*Common Schools Act, 1859*»); *An Act respecting Separate Schools*, C.S.U.C. 1859, chap. 65; *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., chap. 5 (la «*Loi Scott, 1863*»), et l'*Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaire dans le Haut-Canada*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., chap. 23. Je ne me propose pas d'entreprendre ici une analyse exhaustive de ces lois. Le juge Wilson l'a déjà fait, quoique dans une perspective différente, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées* et je vais puiser abondamment dans son analyse.

Aux pages 1182 à 1185 *passim*, le juge Wilson décrit comment la compétence relative au programme d'études était partagée entre l'autorité centrale et les autorités locales au moment de la Confédération. La loi en vigueur lors de l'Union ne conférait pas aux syndics des écoles séparées du Haut-Canada le pouvoir exprès de prescrire les matières à enseigner dans leurs écoles mais, selon le juge Wilson ce pouvoir découlait implicitement de l'économie de la loi. Le juge a fondé cette

case of trustees in urban areas, the power to determine the duties which those teachers would perform. Wilson J. detailed the scope of the authority of the central Council for Public Instruction to make regulations for the organization, government and discipline of common schools and to recommend or disapprove textbooks, as well as the corresponding duty imposed on the trustees to see that no books unauthorized by the Council of Public Instruction were used in the schools. She then concluded (at p. 1184):

But the exact content of a particular school's curriculum would seem, in the absence of specific regulation by the Council for Public Instruction, to be by law left to the discretion of the trustees.

The appellants argue that s. 93(2) extends the power or privilege to determine the exact content of curriculum enjoyed by trustees in Upper Canada to the Quebec Protestants identified in that provision.

Accepting Wilson J.'s conclusions for the purposes of present argument, the Court still must assess in what measure this power or privilege extended by operation of s. 93(2) to Quebec Protestants is entrenched in Quebec as a "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" pursuant to s. 93(1). The extent to which the separate school trustees' power to set the non-denominational component of curriculum in Upper Canada is entrenched for Quebec is most crucial to the resolution of this appeal. Does this extended power or privilege result in a wider constitutional protection for the appellants under s. 93(1) than the entrenched protection over non-denominational curriculum which I have described above?

In my view this cannot be the case. While the precise content of the law in each province may have varied at the Union, the manner in which the Court must determine to what extent a right, power or privilege is, from the point of view of constitutional law, "with respect to Denominational Schools" in a given province does not vary, even

conclusion sur le pouvoir que détenaient les syndics d'engager des instituteurs et, dans le cas des syndics de conseils scolaires urbains, sur leur pouvoir de fixer les fonctions de ces instituteurs. Le juge Wilson décrit en détail le pouvoir du Conseil de l'instruction publique d'établir des règlements concernant l'organisation, l'administration et la discipline des écoles communes et celui de recommander ou de rejeter des manuels, ainsi que de l'obligation correspondante imposée aux syndics de veiller à ce qu'aucun livre non autorisé par le Conseil d'instruction publique ne soit utilisé dans les écoles. Puis elle conclut, à la p. 1184:

Mais le contenu exact des matières au programme d'une école particulière semblait, en l'absence de réglementation expresse du Conseil de l'instruction publique, laissé, de par la loi, au pouvoir discrétionnaire des syndics.

Les appelantes font valoir que le par. 93(2) étend aux protestants du Québec le pouvoir ou privilège conféré aux syndics du Haut-Canada d'établir le contenu exact du programme d'études.

Même si elle accepte aux fins de la présente discussion les conclusions du juge Wilson, la Cour doit encore déterminer jusqu'à quel point ce pouvoir ou privilège étendu par l'effet du par. 93(2) aux protestants du Québec est constitutionnalisé dans cette province par le par. 93(1) comme «droit ou privilège [. . .] relativement aux écoles confessionnelles». La mesure dans laquelle le pouvoir des syndics d'écoles séparées de déterminer l'élément non confessionnel des programmes d'études dans le Haut-Canada est constitutionnalisé dans le cas du Québec revêt une importance capitale pour l'issue du présent pourvoi. Le pouvoir ou privilège ainsi étendu confère-t-il aux appelantes une protection constitutionnelle plus large en vertu du par. 93(1) que la protection accordée par la Constitution au programme d'études non confessionnels dont je parle plus haut?

À mon avis, cela n'est pas possible. Même si la teneur précise de la loi en vigueur pouvait varier d'une province à l'autre lors de l'Union, la façon dont la Cour doit procéder pour déterminer dans quelle mesure un droit, un pouvoir ou un privilège est, du point de vue du droit constitutionnel, «relativement aux écoles confessionnelles» dans une pro-

when those rights, powers or privileges are "extended". The distinction which McCarthy J.A. established in the Court of Appeal in this case regarding which aspects of curriculum enjoy constitutional protection in Quebec under s. 93(1) remains applicable where a right, power or privilege to set curriculum is extended by operation of s. 93(2). As is the case in respect of the powers granted to school commissioners and trustees under the 1861 Statute in Quebec, the power to set curriculum extended to Quebec Protestants has only been entrenched in so far as it is necessary to give effect to the denominational guarantee in Quebec. Because this power is not necessary to secure the s. 93(1) guarantee which is, as I have said, amply protected elsewhere, I do not believe the argument based on s. 93(2) strengthens the attack on the impugned law and regulations. The appellants do not succeed in their argument based on s. 93(2).

VIII—Conclusion

For the reasons given above, s. 16(7) of the *Education Act* and the Elementary and Secondary School Regulations are *intra vires* the province pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. I would answer the constitutional question in the negative and dismiss the appeal, with costs. No order as to costs is made for or against the interveners.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Colin K. Irving and Allan R. Hilton, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Ronald J. Richards, St. John's.

vince donnée ne change pas, même lorsque ces droits, pouvoirs et privilèges sont «étendus». La distinction faite en l'espèce par le juge McCarthy en Cour d'appel concernant les aspects du programme d'études qui bénéficient d'une protection constitutionnelle au Québec aux termes du par. 93(1) s'applique également lorsque le droit, pouvoir ou privilège de fixer le programme d'études est étendu par le jeu du par. 93(2). Comme dans le cas des pouvoirs accordés aux commissaires et syndics d'écoles au Québec par la Loi de 1861, le pouvoir d'établir le programme d'études qui a été étendu aux protestants du Québec n'est constitutionnalisé qu'autant que cela est nécessaire pour rendre efficace la garantie confessionnelle au Québec. Puisque ce pouvoir n'est pas nécessaire pour asseoir la garantie énoncée au par. 93(1), laquelle est, je le répète, amplement protégée ailleurs, je ne crois pas que l'argument basé sur le par. 93(2) puisse renforcer l'attaque contre la Loi et les règlements contestés en l'espèce. L'argument des appelantes fondé sur le par. 93(2) est donc rejeté.

VIII—Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* ainsi que les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires sont *intra vires* de la province suivant l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative et de rejeter le pourvoi avec dépens. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens pour ou contre les intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Colin K. Irving et Allan R. Hilton, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Ronald J. Richards, St. John's.

Belmoral Mines Ltée *Appellant*

v.

Attorney General of Her Majesty The Queen Elizabeth II for the Province of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) *v.* BELMORAL MINES LTÉE

File No.: 20244.

1989: March 16.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial before a judge and jury — Miners killed in a mine accident — Manslaughter — Error in law in the instructions to the jury.

APPEAL as of right from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 290, allowing an appeal from a verdict of acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Marcel Cinq-Mars, Q.C., and *Robert Healy*, for the appellant.

Jean-Pierre Major, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—Justice Sopinka will deliver the judgment of the Court.

SOPINKA J.—We all substantially agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in his instructions in law to the jury and that, considering the nature of the error and the present circumstances, it was proper to order a new trial. Therefore the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the respondent: Guy Dupré, Jean-Pierre Major, Montréal.

Belmoral Mines Ltée *Appelante*

c.

Procureur général de Sa Majesté La Reine Elizabeth II pour la province de Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* BELMORAL MINES LTÉE

N° du greffe: 20244.

1989: 16 mars.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès devant juge et jury — Mineurs tués dans un accident de mine — Homicide involontaire coupable — Erreur de droit dans les directives au jury.

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 290, qui a accueilli un appel à l'encontre d'un verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Marcel Cinq-Mars, c.r., et *Robert Healy*, pour l'appelante.

Jean-Pierre Major, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Le juge Sopinka prononcera le jugement de la Cour.

LE JUGE SOPINKA—Nous sommes tous, pour l'essentiel, d'accord avec la Cour d'appel que le juge a erré dans ses directives en droit au jury et que, vu la nature de l'erreur et les circonstances de l'espèce, l'ordonnance de nouveau procès était appropriée. L'appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Guy Dupré, Jean-Pierre Major, Montréal.

Edward Elias *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ELIAS

File No.: 20168.

1989: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Criminal liability — Evidence — Unlawful use of a credit card obtained by the commission of an offense.

APPEAL as of right from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1986), 4 Q.A.C. 74, dismissing an appeal from a conviction of unlawful use of a credit card. Appeal dismissed.

Christian Desrosiers, for the appellant.

Claude Haccoun and *Michel Denis*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—We are now ready to render judgment. We are all in agreement with Chouinard J.A. when he says:

[TRANSLATION] Even assuming that possession of the said card was initially innocent, it has to be admitted that at some point prior to its use the accused chose to keep it wrongfully, hence his possession by the commission of an offence. He could subsequently have dealt with it, by continuing the possession he knew to be unlawful or by using it. He chose to use it to unlawfully obtain goods.

There is no reason why possession that is initially innocent cannot later become unlawful.

((1986), 4 Q.A.C. 74, at pp. 76-77.)

For this reason we feel this appeal should be dismissed, and it is dismissed.

Judgment accordingly.

Edward Elias *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ELIAS

N° du greffe: 20168.

1989: 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Responsabilité pénale — Preuve — Utilisation illégale d'une carte de crédit obtenue par suite de la commission d'une infraction.

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1986), 4 Q.A.C. 74, qui a rejeté un appel à l'encontre d'une déclaration de culpabilité d'utilisation illégale d'une carte de crédit. Pourvoi rejeté.

Christian Desrosiers, pour l'appelant.

Claude Haccoun et *Michel Denis*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes prêts à rendre jugement maintenant. Nous sommes tous d'accord avec monsieur le juge Chouinard lorsqu'il dit:

Même en convenant que la possession de ladite carte ait pu au départ être innocente, force est de reconnaître qu'à un moment donné, antérieur à son utilisation, l'accusé a choisi de la retenir sans droit d'où sa possession par la commission d'une infraction. Il pouvait par la suite en disposer notamment en continuant la possession qu'il savait illégale ou encore en l'utilisant. Il a choisi de l'utiliser pour obtenir illégalement des marchandises ou effets.

Il ne répugne pas qu'une possession d'abord innocente puisse subséquemment devenir illégale.

((1986), 4 Q.A.C. 74, aux pp. 76 et 77.)

Pour cette raison nous sommes d'avis de rejeter ce pourvoi, et le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Crown Prosecutor, Montréal.

Procureurs de l'appelant: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Montréal.

Louis Pierre Bayard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BAYARD

File No.: 21096.

1989: March 22.

Present: Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defence — Charge to the jury — Self-defence — Judge's charge with respect to excessive force not in error.

APPEAL as of right from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 366, allowing an appeal from an acquittal of second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Stanley J. Tessmer, for the appellant.

James T. McBride and *Colin Sweeney*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—The appeal is allowed substantially for the reasons given by Lambert J.A. in dissent in the British Columbia Court of Appeal and the acquittal is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Stanley J. Tessmer, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Louis Pierre Bayard *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* BAYARD

N° du greffe: 21096.

1989: 22 mars.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

Droit criminel — Défense — Exposé au jury — Légitime défense — Aucune erreur dans l'exposé du juge sur l'utilisation de force excessive.

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 366, qui a accueilli un appel à l'encontre d'un acquittement de meurtre au second degré et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Stanley J. Tessmer, pour l'appelant.

James T. McBride et *Colin Sweeney*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE WILSON—Le pourvoi est accueilli essentiellement pour les raisons données en dissidence par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et le verdict d'acquittement est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Stanley J. Tessmer, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Hunter Engineering Company Inc. *Appellant*

and

Hunter Engineering Company Inc., carrying on business as Hunter Machinery Canada Ltd., Integrated Metal Systems Canada Ltd. and Allis-Chalmers Canada Ltd. *Appellants*

v.

Syncrude Canada Ltd., Canada-Cities Service Ltd., Esso Resources Canada Limited, Petro-Canada Exploration Inc., Gulf Canada Resources Inc., Pan-Canadian Petroleum Limited, Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta, Alberta Energy Company Ltd., Hudson's Bay Oil and Gas Limited and Petrofina Canada Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: HUNTER ENGINEERING CO. *v.* SYNCRUDE CANADA LTD.

File Nos.: 19773, 19950.

1988: February 25, 26; 1989: March 23.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Breach — Design Faults — Responsibility for design faults — Design created from buyer's specifications as to proposed use — Whether company supplying specifications or company creating design liable.

Sale of goods — Implied warranty as to fitness — Machinery defective — Defects appearing after expiry of contractual warranty — Whether or not breach of implied statutory warranty — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), 53.

Contracts — Fundamental breach — Exclusionary clause — Contractual warranty time limited — Portion of machinery supplied defective — Defect discovered after expiry of warranty — Defective machinery reparable — Whether or not fundamental breach.

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Hunter Engineering Company Inc. *Appelante*

et

Hunter Engineering Company Inc., exploitant une entreprise sous le nom de Hunter Machinery Canada Ltd., Integrated Metal Systems Canada Ltd. et Allis-Chalmers Canada Ltd. *Appelantes*

c.

Syncrude Canada Ltée, Canada-Cities Service Ltd., Esso Resources Canada Limited, Petro-Canada Exploration Inc., Gulf Canada Resources Inc., Pan-Canadian Petroleum Limited, Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta, Alberta Energy Company Ltd., Hudson's Bay Oil and Gas Limited et Petrofina Canada Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: HUNTER ENGINEERING CO. *c.* SYNCRUDE CANADA LTÉE

N^os^ du greffe: 19773, 19950.

1988: 25, 26 février; 1989: 23 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Contrats — Inexécution — Vices de conception — Responsabilité pour les vices de conception — Conception selon le cahier des charges fourni par l'acheteur relativement à l'utilisation projetée — Qui de la société qui fournit le cahier des charges ou de celle qui s'occupe de la conception est responsable?

Vente de marchandises — Garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel un objet vendu est destiné — Matériel défectueux — Vices apparus après l'expiration de la garantie contractuelle — Y a-t-il eu non-respect de la garantie légale implicite? — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.

Contrats — Inexécution fondamentale — Clause d'exclusion — Garantie contractuelle de durée limitée — Défectuosité d'une partie du matériel fourni — Découverte des vices après l'expiration de la garantie — Matériel défectueux réparable — Y a-t-il eu inexécution fondamentale?

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Trusts and trustees — Constructive trust — Trust set up as interpleader pending outcome of passing-off action — Trust to pay for machinery with balance going to successful party in passing-off action — Possible beneficiaries of trust not parties to trust agreement — One possible beneficiary ineligible as a result of passing-off action — Other beneficiary not willing to assume warranties as required by trust — Whether company setting up trust or company intended as beneficiary of trust entitled to balance of trust moneys.

The disputes between these parties arise out of three contracts for the supply of gearboxes for the Alberta tarsands project. In the first contract, made on January 29, 1975, Syncrude Canada Ltd. (Syncrude), through its agent Canadian Bechtel, ordered 32 "mining gearboxes" from the Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) These gearboxes, which drove conveyor belts moving sand to Syncrude's extraction plant, were fabricated by a subcontractor, Aco.

The second contract, made between Syncrude and a division of Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers), was for the supply of a $4.1M extraction conveyor system and included 4 "extraction gearboxes" to drive the machinery which separates the oil from the sand. These gearboxes were built according to the same design as the mining gearboxes supplied by Hunter U.S. and were fabricated by the subcontractor Aco. The extraction gearboxes entered service on November 24, 1977.

Both the Hunter U.S. and the Allis-Chalmers contracts included a warranty limiting their liability to 24 months from the date of shipment or to 12 months from the date of start-up, whichever occurred first. In addition, the Allis-Chalmers warranty included a clause stating that the "Provisions of this paragraph represent the only warranty ... and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied". Both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts provided that the laws of Ontario were to apply.

The third contract was made between Syncrude and Aco on March 1, 1978. It arose out of some unusual circumstances. Between August and December 1977, Syncrude issued purchase orders to Hunter Machinery

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Fiducie établie à la manière d'un interpleader en attendant l'issue d'une action en passing-off — Le paiement du matériel prélevé sur le fonds en fiducie dont le solde ira à la partie qui aura gain de cause dans l'action en passing-off — Bénéficiaires éventuels de la fiducie non parties au contrat de fiducie — Un bénéficiaire éventuel inadmissible par suite de l'action en passing-off — Autre bénéficiaire non disposé à assumer les garanties comme l'exige le contrat de fiducie — Qui de la société qui a établi la fiducie ou de la société destinée à en bénéficier a droit au solde des fonds en fiducie?

Les différends entre les parties tirent leur origine de trois contrats de fourniture de boîtes d'engrenage destinées à être utilisées dans l'exploitation des sables bitumineux de l'Alberta. Dans le premier contrat, passé le 29 janvier 1975, Syncrude Canada Ltée (Syncrude), par l'intermédiaire de sa mandataire Canadian Bechtel, a commandé à Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) trente-deux «boîtes d'engrenage minières». Ces boîtes d'engrenage, qui devaient servir à actionner des convoyeurs à courroie transportant le sable à l'usine d'extraction de Syncrude, ont été fabriquées par un sous-traitant, Aco.

Le deuxième contrat, intervenu entre Syncrude et une division d'Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers), portait sur la fourniture d'un système de convoyeurs d'extraction d'une valeur de 4,1 millions de dollars, qui comportait quatre «boîtes d'engrenage d'extraction» devant servir à actionner la machinerie qui sépare le pétrole d'avec le sable. Ces boîtes d'engrenage ont été fabriquées par le sous-traitant Aco, selon le même modèle que les boîtes d'engrenage minières fournies par Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été mises en service le 24 novembre 1977.

Le contrat intervenu avec Hunter U.S. et celui intervenu avec Allis-Chalmers comportaient l'un et l'autre une clause de garantie qui limitait leur responsabilité à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance. De plus, la garantie consentie par Allis-Chalmers comportait une clause stipulant que «La présente clause constitue l'unique garantie offerte [...] et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» Les contrats conclus par Hunter U.S. et Allis-Chalmers mentionnaient tous les deux que les lois applicables seraient celles de l'Ontario.

Le troisième contrat a été conclu par Syncrude et Aco le 1er mars 1978. Il résulte de circonstances inhabituelles. En effet, entre août et décembre 1977, Syncrude a commandé à Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter

Canada Ltd. (Hunter Canada) for an additional 11 mining gearboxes built to the same design as the 32 purchased from Hunter U.S. Hunter Canada was a Canadian-incorporated company established by employees of Hunter U.S. without the latter's knowledge. It held itself out to Syncrude as the Canadian arm of Hunter U.S. and not until January 1978 did Hunter U.S. discover the deception. It initiated a "passing-off" action against Hunter Canada, notified Syncrude, and offered to assume the Hunter Canada contract. Syncrude, however, opted not to prejudge the result of the litigation by agreeing to let Hunter U.S. step into the contractual shoes of Hunter Canada and, instead of accepting this offer, it contracted directly with the subcontractor Aco for supply of the 11 gearboxes at the price Aco would have received from Hunter Canada. These 11 gearboxes were delivered and progressively put into service between May and December 1978.

In March 1978, Syncrude unilaterally established a trust fund into which it paid the money due under the Hunter Canada contracts. Hunter Canada waived all rights under these contracts but Hunter U.S. refused to become a party to Syncrude's trust agreement. The agreement provided, *inter alia*, that the trustee would pay to Aco its price for the gearboxes when they were completed. The balance would be paid to Hunter Canada or Hunter U.S., depending on the outcome of the passing-off action, provided the warranty and service obligations granted by Hunter Canada were assumed. Hunter U.S. was successful in its action but refused to assume the more generous warranty provisions of the Hunter Canada contract as required by the terms of the trust agreement.

Hunter U.S. was found to be responsible at trial and on appeal, as designer of the gearboxes, for the failures and was liable because of a breach of the statutory warranty of reasonable fitness found in the Ontario *Sale of Goods Act*. Liability was not based on the contractual warranty because it had expired. Allis-Chalmers was not found liable at trial for breach of warranty or fundamental breach of contract; there was accordingly no need to rule on its third party claim against Hunter U.S. The Court of Appeal allowed Syncrude's appeal from that judgment. It also allowed the appeal of Hunter U.S. from the finding at trial that it was not entitled to the trust funds and that the trust income be held for Syncrude.

Canada) onze boîtes d'engrenage minières construites selon le même modèle que les trente-deux achetées à Hunter U.S. Hunter Canada était une société canadienne constituée par des employés de Hunter U.S. à l'insu de celle-ci. Elle s'est présentée à Syncrude comme l'aile canadienne de Hunter U.S. et ce n'est qu'en janvier 1978 que Hunter U.S. a découvert la supercherie. Elle a alors intenté une action en *passing-off* contre Hunter Canada, en a avisé Syncrude et a offert de prendre en charge le contrat de Hunter Canada. Syncrude a toutefois décidé de ne pas préjuger du litige en acceptant de laisser Hunter U.S. se substituer à Hunter Canada et, au lieu d'accepter cette offre, elle a conclu directement avec le sous-traitant Aco un contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage au prix que Aco aurait reçu de Hunter Canada. Ces onze boîtes d'engrenage ont été livrées et ont été progressivement mises en service entre mai et décembre 1978.

En mars 1978, Syncrude a unilatéralement établi un fonds en fiducie dans lequel elle a versé l'argent dû aux termes des contrats de Hunter Canada. Cette dernière a renoncé à tous les droits que lui conféraient ces contrats, mais Hunter U.S. a refusé de devenir partie au contrat de fiducie de Syncrude. Ce contrat prévoyait notamment que le fiduciaire verserait à Aco le prix des boîtes d'engrenage dès qu'elles seraient complétées. Les fonds restants seraient versés à Hunter Canada ou à Hunter U.S. selon l'issue de l'action en *passing-off*, pourvu que les obligations de garantie et de service souscrites par Hunter Canada soient assumées. Hunter U.S. a obtenu gain de cause dans son action mais elle a refusé d'assumer la garantie plus généreuse du contrat de Hunter Canada conformément aux conditions du contrat de fiducie.

En première instance et en appel, Hunter U.S. a été reconnue responsable des bris en sa qualité de concepteur des boîtes d'engrenage, et responsable de non-respect de la garantie d'adaptation à l'usage auquel des objets vendus sont destinés, que comporte la *Sale of Goods Act* de l'Ontario. Il n'y avait pas de responsabilité fondée sur la garantie contractuelle parce que cette dernière était expirée. Allis-Chalmers n'a pas été reconnue responsable, en première instance, de non-respect de garantie ou d'inexécution fondamentale de contrat; il n'était donc pas nécessaire de statuer sur son action en garantie contre Hunter U.S. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par Syncrude contre ce jugement. Elle a aussi accueilli l'appel interjeté par Hunter U.S. contre la décision en première instance qu'elle n'avait pas droit aux fonds en fiducie et que les revenus découlant de ces fonds devaient être détenus pour Syncrude.

Hunter U.S. appealed against the finding that it was liable for design default and that s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* applied. Allis-Chalmers appealed against the finding with respect to fundamental breach. Syncrude cross-appealed with respect to the ownership of the trust fund.

At issue here are: (i) the liability of Hunter U.S. for the design faults which caused the gearboxes to fail; (ii) the liability of Hunter U.S. under the statutory warranty in the *Sale of Goods Act*; (iii) the liability of Allis-Chalmers under the doctrine of fundamental breach; (iv) the ownership of the trust fund.

I

Held: The appeal of Hunter U.S. should be dismissed.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Hunter U.S. was responsible for the design faults that caused the gearboxes to fail. Syncrude's specifications were a recitation of what the gearboxes were to be able to achieve and general guidelines as to how this was to be done. Hunter U.S. took on the task of deciding specific design details. It was the design decisions that proved to be wrong.

Hunter U.S. was liable for the repair of the gearboxes, even though their failure was discovered after the contractual warranty period had expired, because of a breach of the implied warranty of fitness contained in s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*. The Hunter U.S. contract neither explicitly excluded the implied warranty nor was inconsistent with it so as to render it inapplicable. The circumstances surrounding this contract met the conditions necessary to bring the implied statutory warranty into play.

Per McIntyre J.: The appeal of "Hunter U.S." against the finding of liability for a design fault should be dismissed for the reasons of Wilson J.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: The contract between Syncrude and Hunter U.S. placed responsibility for the design of the gearboxes solely upon Hunter U.S. and Hunter U.S. failed to discharge that responsibility. Hunter U.S. did more than merely design the gears according to specifications provided by Syncrude's agent. The specifications provided by Syncrude were about what the gearboxes were required to do, not how they were to be built. They were not faulty. Syncrude

Hunter U.S. a formé un pourvoi contre la conclusion portant qu'elle était responsable de vice de conception et que le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* s'appliquait. Allis-Chalmers s'est pourvue contre la conclusion relative à l'inexécution fondamentale. Syncrude a formé un pourvoi incident relativement à la propriété du fonds en fiducie.

Sont en cause en l'espèce: (i) la responsabilité de Hunter U.S. pour les vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage; (ii) la responsabilité de Hunter U.S. en vertu de la garantie prescrite dans la *Sale of Goods Act*; (iii) la responsabilité d'Allis-Chalmers en vertu du principe de l'inexécution fondamentale; (iv) la propriété du fonds en fiducie.

I

Arrêt: Le pourvoi de Hunter U.S. est rejeté.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: Hunter U.S. est responsable des vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage. Le cahier des charges de Syncrude énonçait ce que les boîtes d'engrenage devraient pouvoir faire et contenait des indications générales sur la manière dont cela devrait se faire. Hunter U.S. a pris sur elle de décider des détails précis de la conception. Ce sont ces décisions en matière de conception qui se sont révélées mauvaises.

Hunter U.S. avait la responsabilité de réparer les boîtes d'engrenage, même si leur défectuosité n'a été découverte qu'après l'expiration de la garantie contractuelle en raison du non-respect de la garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel des objets vendus sont destinés, que comporte le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario. Le contrat de Hunter U.S. n'écartait pas expressément la garantie implicite et il n'était pas non plus incompatible avec elle au point de la rendre inapplicable. Les circonstances entourant la passation de ce contrat satisfaisaient aux conditions nécessaires pour que joue la garantie légale implicite.

Le juge McIntyre: Le pourvoi formé par «Hunter U.S.» contre la conclusion de responsabilité pour vice de conception est rejeté pour les raisons données par le juge Wilson.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: Le contrat intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. attribue à Hunter U.S. seule la responsabilité de concevoir les boîtes d'engrenage et Hunter U.S. ne s'est pas acquittée de cette responsabilité. Hunter U.S. a fait plus que se contenter de concevoir les engrenages selon le cahier des charges fourni par la mandataire de Syncrude. Le cahier des charges fourni par Syncrude énonçait l'usage auquel étaient destinées les boîtes d'engre-

was out of time with respect to the contractual warranties in the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts and could not rely on them.

The presence of an express warranty in the contract does not render the statutory warranties inconsistent. Clear and direct language must be used to contract out of statutory protections, particularly where the parties are two large, commercially sophisticated companies. Hunter U.S. could not avoid liability under s. 15(1) of the *Sale of Goods Act*. All three prerequisites for its application were met. The design and manufacture of the gearboxes was in the course of Hunter U.S.'s business activities. Hunter U.S. knew the purpose of the gearboxes and Syncrude, through its agent, relied upon the skill and judgment of Hunter U.S. The gearboxes were not reasonably fit for the purpose for which they were required.

II

Held: The appeal of Allis-Chalmers from that part of the judgment of the Court of Appeal imposing liability should be allowed and its third party claim against Hunter U.S. should be dismissed.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The revision to the Allis-Chalmers agreement explicitly and unambiguously ousted the statutory warranty.

A fundamental breach occurs where the event resulting from the failure of one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit that the parties intended should obtain from the contract. Fundamental breach represents an exception to the rule that the contract continues to subsist and that damages be paid for the unperformed obligation for it gives the innocent party an election to put an end to all unperformed primary obligations of both parties. This exceptional remedy is available only where the very thing bargained for has not been provided.

The breach of the Allis-Chalmers contract was not a fundamental breach because it did not undermine the contractual setting. Allis-Chalmers breached only one aspect of its contract. The inferior performance of the gears did not deprive Syncrude of substantially the whole benefit of the contract and the cost of repair was

nage et non la façon dont elles devaient être construites. Ce cahier des charges n'était pas incorrect. Il était trop tard pour que Syncrude puisse invoquer les garanties contractuelles contenues dans les contrats de Hunter U.S. et d'Allis-Chalmers.

La présence d'une garantie expresse dans le contrat n'a pas pour effet de rendre incompatibles avec elle les garanties légales. Si on veut écarter les garanties légales, il faut le faire de façon claire et nette, surtout lorsque les parties sont deux importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Hunter U.S. ne pouvait échapper à la responsabilité que crée le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act*. Toutes les trois conditions préalables à son application étaient remplies. La conception et la fabrication des boîtes d'engrenage se situaient dans le cours du commerce de Hunter U.S. Cette dernière connaissait l'usage auquel les boîtes d'engrenage étaient destinées et Syncrude, par sa mandataire, s'en est remise à la compétence et au jugement de Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage n'étaient pas raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées.

II

Arrêt: Le pourvoi formé par Allis-Chalmers contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui lui impose une responsabilité est accueilli et son action en garantie contre Hunter U.S. est rejetée.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: La modification apportée au contrat d'Allis-Chalmers a explicitement et d'une manière non équivoque exclu la garantie légale.

Il y a inexécution fondamentale lorsque l'événement qui résulte de l'omission d'une partie de s'acquitter d'une obligation première a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat. Le principe de l'inexécution fondamentale représente une exception à la règle portant que le contrat continue d'exister et que des dommages-intérêts doivent être versés pour l'obligation inexécutée, puisqu'il permet à la partie innocente de choisir de mettre fin à toutes les obligations premières encore inexécutées des deux parties. Ce redressement exceptionnel ne peut être obtenu que lorsque l'objet même du contrat n'a pas été réalisé.

L'inexécution du contrat d'Allis-Chalmers n'est pas fondamentale parce qu'elle n'a pas miné le contrat au complet. Allis-Chalmers n'a manqué qu'à un aspect de son contrat. Le mauvais fonctionnement des engrenages n'a pas eu pour effet de priver Syncrude de la quasi-totalité du bénéfice du contrat et le coût des réparations

only a small part of the total cost. The gears, while not reasonably fit, worked for a period of time and were repairable. Serious but repairable defects in machinery have often been found not to amount to fundamental breach.

Even if the breach by Allis-Chalmers were to be characterized as fundamental, however, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty.

The "rule of law" approach to fundamental breach should be discarded and the construction approach to exclusionary clauses already adopted by this Court should be reaffirmed. The relevant question for the courts is whether the parties, on a true and natural construction, succeeded in excluding liability at the time the contract was made. After considering the provision's true construction, the court must consider whether or not to give it effect in the context of subsequent events, such as fundamental breach. The courts are quite unable to assess in isolation whether or not a contractual provision is reasonable and any notion that the courts should refuse to enforce a provision for want of its being reasonable should not be imported into the law. Exclusion clauses can be rendered unforceable even if no fundamental breach is found. Legislative protection exists and other judicial avenues such as unconscionability might apply in appropriate circumstances.

Even if the breach of the Allis-Chalmers contract were a fundamental breach, there would be nothing unfair or unreasonable, or unconscionable if this is a stricter test, in giving effect to the exclusion clause. The contract was made between two companies in the commercial market place, both of roughly equal bargaining power and both familiar and experienced with this type of contract. Allis-Chalmers' reliance on the exclusion clause was not tainted by any sharp or unfair dealing.

Per McIntyre J.: The appeal of Allis-Chalmers should be allowed. Any breach of the contract by Allis-Chalmers was not fundamental and, even if the breach were properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty. It was therefore unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case.

ne représentait qu'une petite partie du coût total. Même s'ils n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés, les engrenages ont fonctionné pendant un certain temps et étaient réparables. On a souvent jugé que des vices graves mais réparables dans des machines ne constituaient pas une inexécution fondamentale.

Toutefois, même si l'inexécution d'Allis-Chalmers pouvait être qualifiée de fondamentale, sa responsabilité serait exclue par les termes de la garantie contractuelle.

La façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une «règle de droit» doit être rejetée et la méthode fondée sur l'interprétation des clauses d'exclusion déjà adoptée par cette Cour doit être confirmée de nouveau. La question pertinente à laquelle les tribunaux doivent répondre est celle de savoir si, selon une interprétation juste et naturelle du contrat, les parties ont réussi à exclure la responsabilité au moment de la passation de ce contrat. Après avoir examiné le sens véritable de la disposition, la cour doit décider si elle l'appliquera dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une exécution fondamentale. Les tribunaux sont tout à fait incapables d'évaluer isolément si une stipulation contractuelle est raisonnable et il faut éviter d'introduire dans le droit toute notion portant que les tribunaux devraient refuser de faire respecter une disposition pour le motif qu'elle n'est pas raisonnable. Les clauses d'exclusion peuvent être rendues inexécutoires même si on ne conclut pas à l'existence d'une inexécution fondamentale. Il existe une protection législative et d'autres moyens judiciaires comme la théorie de l'iniquité pourraient s'appliquer lorsque cela est indiqué.

Même si l'inexécution du contrat d'Allis-Chalmers était fondamentale, il n'y aurait rien d'injuste ni de déraisonnable, non plus que rien d'inique à supposer que ce soit là un critère plus strict, à appliquer la clause d'exclusion. Le contrat est intervenu entre deux sociétés commerciales dont le pouvoir de négociation était à peu près égal et qui étaient habitués à ce type de contrat et en avaient l'expérience. En cherchant à se prévaloir de la clause d'exclusion, Allis-Chalmers n'a pas eu recours à des manœuvres malhonnêtes ou déloyales.

Le juge McIntyre: Le pourvoi d'Allis-Chalmers est accueilli. Toute inexécution du contrat par Allis-Chalmers n'était pas fondamentale et, même si on avait pu qualifier l'inexécution de fondamentale, les conditions de la garantie contractuelle auraient écarté la responsabilité d'Allis-Chalmers. Il est donc inutile de s'arrêter davantage à la notion d'inexécution fondamentale en l'espèce.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: The provision in the Allis-Chalmers contract was sufficient to exclude the operation of the implied warranty in s. 15(1) of the *Sale of Goods Act*.

Allis-Chalmers, given the inapplicability of implied statutory warranties and the expiry of its express warranty, could only be found liable under the doctrine of fundamental breach. This doctrine has served to relieve parties from the effects of contractual terms, excluding liability for deficient performance, where the effects of these terms have seemed particularly harsh. It has, however, spawned a host of difficulties. The doctrine of fundamental breach should be replaced with a rule that holds the parties to the terms of their agreement, provided the agreement is not unconscionable. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains.

The parties should be held to the terms of their bargain. The warranty clause freed Allis-Chalmers from any liability for the defective gearboxes. In the present case there was no inequality of bargaining power and unconscionability was therefore not in issue.

III

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The cross-appeal of Syncrude should be allowed.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: There was no basis in law or in equity for awarding the trust fund to Hunter U.S. Hunter U.S. was not entitled to those moneys under the terms of the trust agreement. It did nothing for Syncrude to assist in producing the gears contemplated by the Hunter Canada Contract. The drawings used by Aco in manufacturing those gears were given by Syncrude and were properly in Syncrude's possession. There was no breach of copyright or theft. Hunter U.S. did not satisfy the criteria necessary to establish a constructive trust. There was no unjust enrichment.

As between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. would have been allowed to claim any profits made by Hunter Canada under the traditional doctrine of constructive trust. Hunter Canada stood in a fiduciary relationship to Hunter U.S. and equity will not permit the fiduciary to profit at the expense of the principal. The test for unjust enrichment enunciated in *Pettkus v. Becker*, too, would be satisfied.

The relations between Hunter Canada and Syncrude were regulated by contract. Where a party has entered a contract misled by fraudulent misrepresentations, the

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: La disposition du contrat d'Allis-Chalmers est suffisante pour écarter l'application de la garantie implicite du par. 15(1) de la *Sale of Goods Act*.

Compte tenu de l'inapplicabilité des garanties légales implicites et de l'expiration de sa garantie expresse, Allis-Chalmers ne peut être déclarée responsable qu'en vertu du principe de l'inexécution fondamentale. Ce principe a servi à soustraire des parties aux effets des conditions d'un contrat en écartant la responsabilité pour exécution fautive quand les effets de ces conditions paraissaient particulièrement draconiens. Il a cependant engendré un grand nombre de difficultés. Le principe de l'inexécution fondamentale devrait être remplacé par une règle liant les parties aux conditions de leur contrat pourvu que celui-ci ne soit pas inique. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques.

Les parties devraient être tenues de respecter les conditions de l'entente qu'elles ont conclue. La clause de garantie soustrait Allis-Chalmers à toute responsabilité pour les boîtes d'engrenage. En l'espèce, il n'y avait pas inégalité du pouvoir de négociation et il n'était donc pas question d'iniquité.

III

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi incident de Syncrude est accueilli.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: Il n'y a aucun motif de droit ou d'*equity* qui justifie l'attribution des fonds en fiducie à Hunter U.S. Hunter U.S. n'a pas droit à ces sommes en vertu du contrat de fiducie. Elle n'a rien fait pour Syncrude qui ait pu aider à fabriquer les engrenages visés par le contrat de Hunter Canada. Les dessins utilisés par Aco pour fabriquer ces engrenages ont été fournis par Syncrude qui les avaient légitimement en sa possession. Il n'y a eu ni violation de droit d'auteur ni vol. Hunter U.S. n'a pas rempli aucune des conditions nécessaires pour établir une fiducie par interprétation. Il n'a pas eu d'enrichissement sans cause.

Entre Hunter U.S. et Hunter Canada, la première aurait pu revendiquer tous les profits réalisés par Hunter Canada en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Hunter Canada avait manifestement des obligations de fiduciaire envers Hunter U.S. et l'*equity* ne permet pas à un fiduciaire de s'enrichir aux dépens de son mandant. La triple condition énoncée dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* serait également remplie.

Les rapports entre Hunter Canada et Syncrude sont régis par un contrat. Lorsqu'une partie a été amenée à conclure un contrat par des déclarations mensongères,

contract is voidable at the instance of the innocent party. Syncrude was entitled accordingly to rescind its contract with Hunter Canada and retain the money it would have paid under that contract. The fact that Hunter Canada was not entitled to the money precluded any claim by Hunter U.S. because that claim only arose as a result of Hunter Canada's actions.

Hunter U.S. was not a party to the trust agreement and consistently refused to honour the warranty and service obligations stipulated in the trust agreement. Syncrude was under no obligation to accept the offer made by Hunter U.S. To found a restitutionary remedy in favour of Hunter U.S. would be tantamount to compelling Syncrude to contract with Hunter U.S. Further, if the claim of Hunter U.S. were to prevail, Hunter U.S. would be enriched and Syncrude would suffer a corresponding deprivation for no juristic reason.

Syncrude created the trust fund, no doubt from an abundance of caution, and should not be put in a worse position than if it had merely rescinded its contract with Hunter Canada. The establishment of the fund was not an admission that the moneys belonged to either Hunter Canada or Hunter U.S. Its purpose was to ensure that someone would promptly assume the warranties.

Per McIntyre J.: Syncrude should have ownership of the trust fund for the reasons given by Dickson C.J.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The trust fund did not need to be disposed of according to the terms of the trust agreement. The trust terms were not agreed upon by either Hunter U.S. or Hunter Canada. Since Syncrude was no longer prepared to acknowledge, as it was in 1978, that the profit margin was payable to one of these two parties, entitlement to the trust fund should be decided on the equitable principles governing unjust enrichment.

Syncrude's entitlement was limited to working gearboxes at the price agreed upon and any additional money arising out of the circumstances, once repair costs were paid out of the fund, would constitute an enrichment.

Hunter U.S. would be correspondingly deprived of the interest income it would have earned on the contract for the supply of the additional 11 mining gearboxes under the Hunter Canada contract. No contractual link for the causal connection between contribution and enrichment needed to be proved. There was sufficient causal connec-

ce contrat est annulable à la demande de la partie innocente. Par conséquent, Syncrude avait le droit de résilier son contrat avec Hunter Canada et de conserver l'argent qu'elle aurait versé aux termes de ce contrat. Hunter Canada n'ayant pas droit à ces sommes, Hunter U.S. n'a plus de recours puisque sa réclamation découle uniquement des actes de Hunter Canada.

Hunter U.S. n'était pas partie au contrat de fiducie et elle a constamment refusé d'honorer les obligations de garantie et d'entretien stipulées dans le contrat de fiducie. Syncrude n'était pas tenue d'accepter l'offre de Hunter U.S. Conclure que Hunter U.S. est justifiée de bénéficier d'un redressement fondé sur la restitution revient à forcer Syncrude à contracter avec Hunter U.S. De plus, si on faisait droit à la demande de Hunter U.S., celle-ci se trouverait enrichie et Syncrude se trouverait appauvrie d'autant sans que cela ne soit justifié par aucun motif juridique.

Syncrude a créé le fonds en fiducie, sans aucun doute par surcroît de précautions, et elle ne devrait pas se retrouver dans une situation plus précaire que si elle s'était contentée de résilier son contrat avec Hunter Canada. La création de ce fonds ne constituait pas une reconnaissance que les sommes détenues en fiducie appartenaient soit à Hunter Canada soit à Hunter U.S. Le fonds avait pour objet d'assurer que quelqu'un endosserait rapidement les garanties.

Le juge McIntyre: Syncrude est propriétaire du fonds en fiducie pour les raisons données par le juge en chef Dickson.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): Il n'est pas nécessaire que le fonds en fiducie soit aliéné conformément aux conditions énoncées dans le contrat de fiducie. Les conditions de la fiducie n'ont été approuvées ni par Hunter U.S. ni par Hunter Canada. Puisque Syncrude n'est plus disposée, comme elle l'était en 1978, à reconnaître que la marge de profit doit être versée à l'une de ces deux parties, le droit au fonds en fiducie doit être déterminé selon les principes d'*equity* régissant l'enrichissement sans cause.

Syncrude n'a droit qu'à des boîtes d'engrenage qui fonctionnent, au prix convenu, et toute autre somme qui pourrait lui être versée en raison des circonstances, une fois le coût des réparations prélevé sur le fonds, constituerait un enrichissement.

Hunter U.S. subirait un appauvrissement correspondant en ne touchant pas les intérêts que lui aurait rapportés le contrat conclu avec Hunter Canada pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage minières supplémentaires. Il n'est pas nécessaire d'avoir un lien contractuel pour prouver le lien de causalité entre la contribu-

tion in the fact that Hunter U.S. first offered to assume the whole Hunter Canada contract and later, after it won its case, was prepared to offer Syncrude the warranty terms under which the original 32 gearboxes were supplied. Syncrude had been willing to pay the profit margin to Hunter U.S. in 1978 and could not argue now that it had no need of Hunter U.S.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; **considered**: *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **referred to**: *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197; *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135; *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737; *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), aff'd (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *B. G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447.

By Wilson J.

Approved: *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **distinguished**: *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; **referred to**: *Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, Meredith J., Vancouver Registry C780211, December 28, 1978, unreported; *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394; *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201; *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15; *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517; *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703;

tion et l'enrichissement. Il existe un lien de causalité suffisant du fait que Hunter U.S. a d'abord offert d'endosser entièrement le contrat de Hunter Canada et que, par la suite, après avoir obtenu gain de cause, elle était prête à offrir à Syncrude la même garantie que celle qui s'appliquait aux trente-deux boîtes d'engrenage initialement livrées. Syncrude était prête en 1978 à verser la marge de profit à Hunter U.S. et elle ne saurait maintenant prétendre qu'elle n'avait que faire de Hunter U.S.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; **arrêts examinés**: *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **arrêts mentionnés**: *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197; *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135; *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737; *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), conf. par (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (C.A. Ont.); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *B. G. Linton Construction Ltd. v. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 678; *Harbutt's «Plasticine» Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447.

Citée par le juge Wilson

Arrêt approuvé: *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **distinction d'avec l'arrêt**: *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; **arrêts mentionnés**: *Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, le juge Meredith, nº du greffe de Vancouver C780211, décision inédite en date du 28 décembre 1978; *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394; *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201; *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15; *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517; *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.*

Keefe v. Fort (1978), 89 D.L.R. (3d) 275; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400; *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] S.C.R. 725.

Statutes and Regulations Cited

Business Practices Act, R.S.O. 1980, c. 55, s. 2(*b*)(vi).
Business Practices Act, S.P.E.I. 1977, c. 31, s. 3(b)(vi).
Consumer Product Warranty and Liability Act, S.N.B. 1978, c. C-18.1, ss. 24, 25, 26.
Consumer Products Warranties Act, R.S.S. 1978, c. C-30, ss. 8, 11.
Consumer Protection Act, R.S.M. 1970, c. C200, s. 58(1).
Consumer Protection Act, R.S.N.S. 1967, c. 53, s. 20C.
Consumer Protection Act, R.S.O. 1980, c. 87, s. 34(1).
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370, s. 20.
Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), 53.
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1979, c. 406, s. 4(e).
Trade Practices Act, S.N. 1978, c. 10, s. 6(d).
Trade Practices Inquiry Act, R.S.M. 1987, c. T110, s. 2.
Unfair Contract Terms Act 1977 (U.K.), c. 50.
Unfair Trade Practices Act, R.S.A. 1980, c. U-3, s. 4(b), (d).

Authors Cited

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 6th ed. London: Pitman, 1980.
Fridman, G. H. L. *Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.

(1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Harbutt's «Plasticine» Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400; *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] R.C.S. 725.

Lois et règlements cités

Business Practices Act, R.S.O. 1980, chap. 55, art. 2*b*)(vi).
Business Practices Act, S.P.E.I. 1977, chap. 31, art. 3b)(vi).
Consumer Products Warranties Act, R.S.S. 1978, chap. C-30, art. 8, 11.
Consumer Protection Act, R.S.N.S. 1967, chap. 53, art. 20C.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.O. 1980, chap. 87, art. 34(1).
Loi sur la protection du consommateur, L.R.M. 1970, chap. C200, art. 58(1).
Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation, L.N.-B. 1978, chap. 18.1, art. 24, 25, 26.
Loi sur les enquêtes relatives aux pratiques de commerce, L.R.M. 1987, chap. T110, art. 2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, chap. 370, art. 20.
Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1979, chap. 406, art. 4e).
Trade Practices Act, S.N. 1978, chap. 10, art. 6d).
Unfair Contract Terms Act 1977 (R.-U.), chap. 50.
Unfair Trade Practices Act, R.S.A. 1980, chap. U-3, art. 4b), d).

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 6th ed. London: Pitman, 1980.
Fridman, G. H. L. *Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.

Ogilvie, M. H. "The Reception of *Photo Production Ltd.* v. *Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*" (1982), 27 *McGill L.J.* 424.
Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Modern Law Review* 369.
Waddams, S. M. "Note" (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
Waters, D. W. M. *The Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.
Ziegel, Jacob S. "Comment" (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 105.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Appeal of Hunter U.S. dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited allowed and the third party claim against Hunter U.S. dismissed.

CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Cross-appeal of Syncrude allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Jack Giles, *Q.C.*, and *Robert McDonell*, for the appellants Hunter Engineering Inc. et al.

D. M. M. Goldie, *Q.C.*, and *P. G. Plant*, for the appellant Allis-Chalmers Canada Ltd.

D. B. Kirkham, *Q.C.*, and *Garth S. McAlister*, for the respondents Syncrude Canada Ltd. et al.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Three main issues are raised in this appeal: (i) was Hunter Engineering Company Inc. ("Hunter U.S.") responsible for design faults which resulted in cracks in the bull gears of gearboxes used to drive conveyor belts at the oil sands operation of Syncrude Canada Ltd.

Ogilvie, M. H. «The Reception of *Photo Production Ltd.* v. *Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*» (1982), 27 *McGill L.J.* 424.
Waddams, S. M. «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Modern Law Review* 369.
Waddams, S. M. «Note» (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
Waters, D. W. M. *The Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.
Ziegel, Jacob S. «Comment» (1979), 57 *R. du B. can.* 105.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Pourvoi de Hunter U.S. rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Le pourvoi contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited est accueilli et l'appel en garantie contre Hunter U.S. est rejeté.

POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Le pourvoi incident de Syncrude est accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Jack Giles, *c.r.*, et *Robert McDonell*, pour les appelantes Hunter Engineering Inc. et autres.

D. M. M. Goldie, *c.r.*, et *P. G. Plant*, pour l'appelante Allis-Chalmers Canada Ltd.

D. B. Kirkham, *c.r.*, et *Garth S. McAlister*, pour les intimées Syncrude Canada Ltée et autres.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi soulève trois questions: (i) Hunter Engineering Company Inc. («Hunter U.S.») est-elle responsable des vices de conception à l'origine de la fissuration des couronnes principales de boîtes d'engrenage utilisées pour actionner des courroies de convoyeurs à

("Syncrude"); if so, is Hunter U.S. liable to Syncrude for breach of the implied warranty of fitness contained in s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421; (ii) is the "doctrine" of fundamental breach a part of Canadian contract law and what is its effect, if any, on the liability of Allis-Chalmers Canada Limited ("Allis-Chalmers") to Syncrude; (iii) can the law of constructive trust be extended to reach, for the benefit of Hunter U.S., monies held under a trust agreement, to which Hunter U.S. was not a party, entered into by Syncrude in the unusual circumstances which will be described.

I

Facts

Syncrude operates a multi-billion dollar synthetic oil plant at Fort McMurray, Alberta, where oil extracted from tar sands is processed. Large bucket wheels scoop sand from its natural state and load it onto conveyor belts, which in turn carry the sand a substantial distance to an extraction plant. Motive force from 1250 horsepower motors is transmitted to the conveyor belts through a series of gearboxes. The trial judge, Gibbs J., described a "gearbox" as a unit which comprises a collection of gears, shafts and bearings contained within a steel box or casing. Power generated by a motor is transmitted through a drive shaft into the gearbox, then through a series of intermediate gears to a very large (the larger type being 6½ feet in diameter and the smaller 5½ feet in diameter) "bull gear" which revolves, turning a large shaft set in the centre of the bull gear and extending outside the gearbox casing, to which shaft is attached a pulley which moves the conveyor belt.

In January 1975, Canadian Bechtel Ltd. ("Bechtel"), as agent for Syncrude, contracted with Hunter U.S. for the supply of thirty-two

l'usine des sables bitumineux de Syncrude Canada Ltée («Syncrude»)? Dans l'affirmative, Hunter U.S. est-elle responsable envers Syncrude de non-respect de la garantie implicite d'adaptation des objets vendus à l'usage auquel ils sont destinés, prévue au par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 421? (ii) Le «principe» de l'inexécution fondamentale fait-il partie du droit canadien des contrats et quel effet a-t-il, s'il y a lieu, sur la responsabilité d'Allis-Chalmers Canada Limited («Allis-Chalmers») envers Syncrude? (iii) Peut-on étendre la règle de la fiducie par interprétation pour l'appliquer, au profit de Hunter U.S., à des sommes d'argent détenues en vertu d'un contrat de fiducie auquel Hunter U.S. n'était pas partie et que Syncrude a conclu dans des circonstances inusitées qui seront décrites plus loin.

I

Les faits

Syncrude exploite, à Fort McMurray en Alberta, une usine de pétrole de synthèse valant plusieurs milliards de dollars, où on procède au traitement du pétrole extrait des sables bitumineux. De grandes grues à godets puisent le sable de son site naturel et le placent sur des convoyeurs à courroie qui le transportent à l'usine d'extraction située à une bonne distance de là. Les convoyeurs à courroie sont actionnés par des moteurs de 1 250 HP dont la force motrice est transmise par une série de boîtes d'engrenage. Le juge Gibbs de première instance a décrit une «boîte d'engrenage» comme une unité comprenant une série de pignons, d'arbres et de paliers enfermés dans une boîte ou un carter en acier. La force générée par le moteur est transmise par un arbre à la boîte d'engrenage, puis par un ensemble d'engrenages intermédiaires, à une «couronne principale» très grande (les plus grandes ayant 6,5 pieds et les petites, 5,5 pieds de diamètre) qui, en tournant, entraîne un arbre de forte dimension placé au milieu de la couronne principale et sortant du carter; une poulie fixée à cet arbre actionne la courroie du convoyeur.

En janvier 1975, Canadian Bechtel Ltd. («Bechtel»), à titre de mandataire de Syncrude, a conclu un contrat avec Hunter U.S. en vertu duquel cette

mining gearboxes for use at Syncrude's oil sands project. In July of the same year, Syncrude contracted with Allis-Chalmers for the purchase of fourteen conveyor systems, including four extraction gearboxes. Both the Hunter and the Allis-Chalmers gearboxes were designed by Hunter U.S. in accordance with Bechtel specifications and fabricated by a subcontractor for Hunter U.S.

The gearboxes acquired from Hunter U.S. were put into service in July 1978. In September 1979, more than a year later, a gearbox failure occurred. The Allis-Chalmers extraction boxes went into operation in November 1977. In September 1979, nearly two years later, one of the extraction boxes failed and cracks were discovered in two of the other three.

The trial judge [see (1984), 27 B.L.R. 59] described the cause of the failure in these terms at pp. 62-63:

The outer rim of the bull gear is attached to the central shaft by steel plates, one on each side of the rim, called "web plates". Inside the outer rim a thicker portion of the rim provides a shoulder on each side. The intention was that the web plates be fitted snugly to the shoulder and welded in place. Halfway between the rim and the shaft eight 8½ inch diameter holes were cut at regular intervals in line through each plate. Steel pipe was welded into each set of holes to provide rigid connections between the plates. At the outer edge of the web plates, where they met the inside of the rim, eight 3 inch radius "half moon" pieces were cut out at regular intervals. The result was that there was not a continuous weld attaching the web plates to the inside of the rim. The connection was broken in eight evenly spaced places by the 3 inch radius half moon cutouts.

The bull gears failed because the weld between the web plates and the outer rim failed. The diagnosis was that the weld failed because of flexing of the web plates and that the web plates flexed because there was insufficient strength to withstand the torque applied by the pinion gear to the bull gear. The evidence supporting the flexing diagnosis was uneven wear and pitting of the

dernière fournirait trente-deux «boîtes d'engrenage minières» devant être utilisées à l'usine des sables bitumineux de Syncrude. En juillet de la même année, Syncrude a signé avec Allis-Chalmers un contrat d'achat de quatorze systèmes de convoyeurs comportant quatre boîtes d'engrenage d'extraction. Les boîtes d'engrenage fournies par Hunter et Allis-Chalmers ont été conçues par Hunter U.S. conformément au cahier des charges fourni par Bechtel et fabriquées par un sous-traitant de Hunter U.S.

Les boîtes d'engrenage acquises de Hunter U.S. ont été mises en service en juillet 1978. En septembre 1979, c'est-à-dire plus d'un an plus tard, il s'est produit un bris d'une des boîtes d'engrenage. Les boîtes d'engrenage d'extraction acquises d'Allis-Chalmers ont été mises en service en novembre 1977. En septembre 1979, presque deux ans plus tard, une des boîtes d'engrenage a cédé et des fissures ont été décelées dans deux des trois autres boîtes.

Le juge de première instance [voir (1984), 27 B.L.R. 59] décrit ainsi la cause de ce bris, aux pp. 62 et 63:

[TRADUCTION] Le rebord extérieur de la couronne principale est retenu à l'arbre central par deux plaques d'acier, dites «flasques», situées de chaque côté. À l'intérieur du rebord extérieur, il y a une partie plus épaisse qui forme un épaulement de chaque côté. On voulait que les flasques soient bien ajustées et soudées à l'épaulement. À mi-chemin entre le rebord et l'arbre, huit trous de 8½ pouces ont été percés à intervalles réguliers et alignés avec les trous pratiqués dans les plaques. Des tuyaux d'acier soudés dans chaque série de trous devaient assurer le raccord rigide des plaques. Sur le bord extérieur des flasques, à l'endroit où elles touchent l'intérieur du rebord, étaient percées, à intervalles réguliers, huit «demi-lunes» de 3 pouces de diamètre. Il en résultait que les flasques n'étaient pas retenues à l'intérieur du rebord par une soudure continue. Le raccord était interrompu à huit endroits également espacés par des ajournements en demi-lune de 3 pouces de diamètre.

Les couronnes principales ont cédé parce que la soudure entre les flasques et le rebord extérieur a cédé. On a diagnostiqué que la soudure avait cédé à cause d'une déformation des flasques et que ces dernières s'étaient déformées à cause du manque de rigidité nécessaire pour résister au couple de torsion exercé par le pignon sur la couronne principale. L'usure inégale des dents de la

teeth on the bull and pinion gears. The continuous flexing of the web plates weakened and cracked the weld between the web plate and the rim. In time, if remedial action had not been taken the web plates would have broken away entirely.

Syncrude was forced to undertake its own repairs to the gearboxes when Hunter U.S. and Allis-Chalmers refused warranty coverage. Syncrude and the other plaintiffs claimed damages from Hunter U.S. and from Allis-Chalmers for the cost of repairing and rebuilding the gearboxes, contending that the gearboxes were inherently defective, unsafe and unfit for the purposes for which they were intended and were not of merchantable quality. The defendants conceded that the gear boxes failed because they were too weak for the service, but they denied liability. By third party notice, Allis-Chalmers claimed contribution or indemnity from Hunter U.S. on the ground that if Allis-Chalmers were found liable, the liability would be due to faulty design or negligence by Hunter U.S.

Both the Hunter U.S. and the Allis-Chalmers contracts included a warranty limiting their liability to 24 months from the date of shipment or to 12 months from the date of start-up, whichever occurred first. In addition, the Allis-Chalmers warranty included a clause stating that the "Provisions of this paragraph represent the only warranty . . . and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied". Both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts provided that the laws of Ontario were to apply.

The trial judge noted that Hunter U.S. had designed the gearboxes and had drawn the plans and specifications for the internal working parts. He held that unless the Bechtel specifications provided to Hunter U.S. were inadequate, Hunter U.S. must take responsibility for the failures.

couronne principale et des pignons appuyait le diagnostique de déformation. La déformation continue des flasques a entraîné l'affaiblissement et la fissuration de la soudure entre les flasques et le rebord. Avec le temps, si des mesures de correction n'avaient pas été prises, les flasques auraient fini par se détacher complètement.

Syncrude a dû se charger elle-même de la réparation des boîtes d'engrenage après que Hunter U.S. et Allis-Chalmers eurent refusé d'honorer la garantie. Syncrude et les autres demanderesses réclament des dommages-intérêts à Hunter U.S. et à Allis-Chalmers pour les frais de réparation et de remise à neuf des boîtes d'engrenage, soutenant que celles-ci étaient fondamentalement défectueuses, dangereuses, inadaptées à l'usage auquel elles étaient destinées et qu'elles n'étaient pas de qualité marchande. Les défenderesses reconnaissent que les boîtes d'engrenage ont cédé parce qu'elles n'avaient pas la solidité nécessaire à l'usage qu'on en faisait, mais elles ont refusé d'accepter quelque responsabilité que ce soit. Par voie de mise en cause, Allis-Chalmers a appelé Hunter U.S. en garantie, car si Allis-Chalmers était tenue responsable, cette responsabilité découlerait du vice de conception ou de la négligence de Hunter U.S.

Le contrat intervenu avec Hunter U.S. et celui intervenu avec Allis-Chalmers comportaient l'un et l'autre une clause de garantie qui limitait leur responsabilité à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance. De plus, la garantie consentie par Allis-Chalmers comportait une clause stipulant que [TRADUCTION] «La présente clause constitue l'unique garantie offerte [. . .] et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» Les contrats conclus par Hunter U.S. et Allis-Chalmers mentionnaient tous les deux que les lois applicables seraient celles de l'Ontario.

Le juge de première instance a souligné que Hunter U.S. avait conçu les boîtes d'engrenage et fourni les plans et devis de leurs composantes mécaniques internes. Il a conclu qu'à moins que le cahier de charges fourni par Bechtel à Hunter U.S. n'ait été inadéquat, Hunter U.S. devait assumer la responsabilité des bris.

Hunter U.S. contended that there was no evidence led by Syncrude to show that the specifications were not met, to which the judge responded at p. 64:

However, although the Canadian Bechtel specifications give detailed operating criteria for the gearboxes they do not extend to design details. Indeed, they expressly provide that: "Correct and adequate design is the seller's (sole) responsibility."

In my opinion Hunter U.S. did not discharge the responsibility cast upon it when it accepted the Canadian Bechtel specifications. The torque applied by the pinion gear to the bull gear is directly related to the conveyor belt load which is translated into bull gear inertia which must be overcome by pinion gear force. The strength required in the moving parts within the gearbox to move the loaded conveyor belt is a design function and that design function was entirely the responsibility of Hunter U.S. The evidence was that the design load on the conveyor belt was never exceeded. The irresistible conclusion is that it was a design fault that prevented the gearboxes from performing the service. I so find.

The judgment of the Court of Appeal for British Columbia (reported (1985), 68 B.C.L.R. 367), affirmed the trial judge's finding that the cracks in the bull gears in the gearboxes were due to a breach of the design obligations of Hunter U.S. under its contract. The court awarded the sum of $1,000,000 against Hunter U.S., being the agreed cost, plus interest, of the repair of cracks in gears of the 32 mining gearboxes designed and supplied directly by Hunter U.S. to Syncrude.

The courts at trial and on appeal held that Hunter U.S. was not liable for the repair of the mining gearboxes under an express warranty because that warranty had expired. However, both courts also held that the cracks were in breach of the statutory warranty of reasonable fitness found in the *Sale of Goods Act* of Ontario.

Hunter U.S. a soutenu qu'aucun élément de la preuve fournie par Syncrude ne démontre que le cahier des charges n'a pas été suivi, ce à quoi le juge répond, à la p. 64:

[TRADUCTION] Même si le cahier des charges fourni par Canadian Bechtel énonce des critères détaillés en ce qui concerne le fonctionnement des boîtes d'engrenage, il ne contient pas de détails relatifs à la conception. En fait, il précise qu'«Il incombe (uniquement) au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur.»

Selon moi, Hunter U.S. ne s'est pas acquittée de la responsabilité qu'elle avait assumée en acceptant le cahier des charges de Canadian Bechtel. Le couple de torsion exercé par le pignon sur la couronne principale dépend directement de la charge de la courroie du convoyeur qui se traduit en inertie de la couronne principale que la force du pignon doit vaincre. La résistance que les pièces mobiles de la boîte d'engrenage devaient avoir pour actionner la courroie du convoyeur chargé constitue un facteur de conception qui relevait entièrement de la responsabilité de Hunter U.S. Selon la preuve, la charge du convoyeur mentionnée dans le cahier des charges n'a jamais été excédée. La conclusion qui s'impose est que le vice de conception a empêché les boîtes d'engrenage de servir à l'usage auquel elles étaient destinées. Telle est ma conclusion.

L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (publié à (1985), 68 B.C.L.R. 367) a confirmé la conclusion du juge de première instance que la fissuration des couronnes principales des boîtes d'engrenage découlait de l'inexécution des obligations relatives à la conception que Hunter U.S. avait assumées en vertu de son contrat. La cour a condamné Hunter U.S. à payer la somme d'un million de dollars, plus les intérêts, ce qui correspondait au coût convenu de la réparation des engrenages fissurés des trente-deux boîtes d'engrenage minières que Hunter U.S. avait conçues et livrées directement à Syncrude.

Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont conclu que Hunter U.S. n'était pas responsable de la réparation des boîtes d'engrenage minières en vertu d'une garantie expresse parce que cette dernière était expirée. Les deux ont également statué que les fissures contrevenaient à la garantie d'adaptation à l'usage auquel des objets vendus sont destinés, que comporte la *Sale of Goods Act* de l'Ontario.

Gibbs J. accepted Syncrude's argument that the *Sale of Goods Act* applied to the contract, barring express provisions to the contrary, and therefore held the implied warranty of fitness for purposes stipulated in s. 15(1) of that Act governed. Applying the three tests proposed by Professor Fridman in *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979), at pp. 203-4, (i) that the contract be in the course of the seller's business; (ii) that the seller have knowledge of the purpose of the goods; (iii) and that the buyer rely on the seller's skill or judgment, the trial judge found Hunter U.S. liable to Syncrude for breach of s. 15(1).

Le juge Gibbs a fait droit à la prétention de Syncrude que la *Sale of Goods Act* s'appliquait au contrat, à défaut de dispositions expresses contraires, et, en conséquence, il a conclu que la garantie implicite d'adaptation à un usage particulier mentionnée au par. 15(1) de la Loi s'appliquait. Appliquant le triple critère proposé par le professeur Fridman dans son ouvrage intitulé *Sale of Goods in Canada* (2e éd. 1979), aux pp. 203 et 204, savoir (i) que le contrat doit se situer dans le cours du commerce du vendeur, (ii) que le vendeur doit connaître l'usage auquel les objets sont destinés, et (iii) que l'acheteur doit s'en remettre à la compétence ou au jugement du vendeur, le juge de première instance a conclu que Hunter U.S. était responsable envers Syncrude de la violation du par. 15(1).

In this Court, Hunter U.S. submitted that its design responsibility was limited to providing the strength required by Bechtel's specifications, and that it was Bechtel's responsibility, as author of the specifications, to design to the strength required to move the loaded conveyor belt for the length of time Syncrude wanted the boxes to work without repair.

En cette Cour, Hunter U.S. a soutenu que la responsabilité relative à la conception se limitait à fournir des objets ayant la solidité requise par le cahier des charges de Bechtel et qu'il incombait à Bechtel, à titre d'auteur du cahier des charges, de préciser la solidité nécessaire pour actionner la courroie du convoyeur chargé pour la durée de vie utile sans réparation que Syncrude voulait que les boîtes d'engrenage aient.

Paragraphs 21 and 22 of the Hunter U.S. Factum read:

> 21. It must be emphasized that there is no evidence that Hunter's design did not provide a strength required by the specifications, and there is no evidence excluding an insufficiency in the strength required by the specifications as an alternative probable cause of the cracks when they eventually appeared.
>
> 22. In the result, the issue is one of proper interpretation of the contract: is Hunter's design obligation limited to designing in accordance with the strength required by the specifications? Or does it extend to and include the responsibility for designing to the strength required to move the loaded conveyor belt (without replacing a single gear) for more than twenty months of continuous service? If the former, the appeal succeeds entirely.

Les paragraphes 21 et 22 du mémoire de Hunter U.S. sont ainsi rédigés:

> [TRADUCTION] 21. Il faut souligner qu'il n'y a aucune preuve que le modèle conçu par Hunter n'avait pas la solidité exigée par le cahier des charges et qu'aucun élément de preuve n'écarte l'insuffisance de la solidité exigée par le cahier des charges comme cause subsidiaire probable des fissures qui ont fini par apparaître.
>
> 22. En définitive, la question était de savoir quelle interprétation il fallait donner au contrat: l'obligation de Hunter relativement à la conception se limite-t-elle à concevoir conformément à la solidité prescrite par le cahier des charges? Ou encore s'étend-elle à la responsabilité de concevoir selon la solidité nécessaire pour actionner la courroie du convoyeur chargé (sans remplacer un seul engrenage) pendant plus de vingt mois d'utilisation continue? Si c'est la première hypothèse qui s'applique, le pourvoi doit être accueilli en totalité.

Counsel for Hunter U.S. quoted the design requirements set out in the specifications:

L'avocat de Hunter U.S. cite les conditions de conception précisées dans le cahier des charges:

1.11 Requirements

The specifications, requirement drawings and date sheets included herewith represent minimum requirements.

This Specification covers all engineering services required to complete the design in accordance with the specifications. Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility. [Underlining by counsel.]

and referred to clause 10.2.4 of the Specifications, headed "Service Factors":

Gear reducers shall conform to AGMA standards for 1.5 mechanical service factor and 1 : 1 thermal service factor based on rated motor horsepower with motor service factor of 1.0. The mechanical rating shall permit loads of 275% of motor rated horsepower for starting and for momentary peak loads up to six occurrences per hour, and shall permit single starts at loads of 300 percent of motor rated horsepower (200 percent of reducer rating).

Syncrude took a somewhat different view of the matter, contending that the specifications were in fact drafted by Hunter U.S. and incorporated into the contract on the recommendation of Hunter U.S. Counsel submitted that it was necessary to review the history under which the contract specifications came into being. I will summarize that submission in the paragraphs immediately following.

The first oil sands plant built in the area of Fort McMurray, Alberta, was built by Great Canadian Oil Sands ("GCOS") in the early 1970s. In about 1972, Hunter U.S. designed and supplied the gearboxes and the conveyor system of GCOS. The gearboxes supplied to GCOS were virtually identical in design to the gearboxes subsequently supplied to Syncrude. In 1974, Syncrude was in the planning stages for the construction of its plant. Hunter approached Syncrude and held itself out as being an expert in the design of gearboxes for the specific operation which Syncrude intended. Hunter U.S. supplied complete specifications for its gearboxes to Syncrude and represented that the specifications would be suitable for the particular purpose Syncrude intended.

[TRADUCTION] 1.11 Conditions

Les devis, les dessins et les échéanciers ci-joints constituent des conditions minimales.

Le présent cahier de charges vise tous les services techniques requis pour terminer la conception conformément aux devis. La justesse et l'à-propos de la conception relèvent entièrement de la responsabilité du vendeur. [C'est l'avocat qui souligne.]

et il cite la clause 10.2.4 du cahier des charges intitulée [TRADUCTION] «Facteurs de charge»:

[TRADUCTION] Les réducteurs à engrenage seront conformes aux normes de l'AGMA applicables à un facteur de charge mécanique de 1,5 et à un facteur de charge thermique de 1 : 1 en fonction d'une puissance nominale de moteur et d'un facteur de charge motrice de 1.0. La puissance mécanique nominale pourra accommoder des charges de 275 pour 100 de la puissance nominale du moteur lors du départ et de charges maximales momentanées jusqu'à six à l'heure et pourra accommoder des départs en charge de 300 pour 100 de la puissance nominale du moteur (200 pour 100 de la capacité nominale du réducteur).

Syncrude a adopté un point de vue quelque peu différent, soutenant que Hunter U.S. a elle-même rédigé le cahier des charges et recommandé de l'intégrer au contrat. L'avocat a soutenu qu'il était nécessaire d'examiner l'historique de la rédaction du cahier des charges. Je résumerai cet argument dans les paragraphes qui suivent immédiatement.

La première usine de sables bitumineux dans la région de Fort McMurray, en Alberta, a été construite par Great Canadian Oil Sands («GCOS») au début des années 1970. Vers 1972, Hunter U.S. a conçu et fourni les boîtes d'engrenage et le système de convoyeurs utilisé par GCOS. Les boîtes d'engrenage fournies à GCOS étaient de conception presque identique à celles que Syncrude a acquises plus tard. En 1974, Syncrude en était à planifier la construction de ses installations. Hunter a approché Syncrude et s'est présentée à elle comme experte dans la conception de boîtes d'engrenage adaptées aux opérations précises que Syncrude voulait entreprendre. Hunter U.S. a fourni un cahier des charges complet de ses boîtes d'engrenage à Syncrude et a fait valoir que qu'il conviendrait à l'usage particulier que Syncrude avait en vue.

The specifications gave various details regarding performance requirements of the gearboxes. However, they did not give any details of the dimensions of the components within the gearboxes. The service factors to which counsel for Hunter U.S. referred were taken directly from the original proposal of Hunter U.S. The mechanical service factor of 1.5 x horsepower, the thermal service factor of 1 : 1 and the mechanical rating of 275% of motor rated horsepower for up to six starts per hour are all found in proposed specifications. There was nothing in the specifications which related to the part of the low speed gear which eventually failed.

Syncrude accepted the representations of Hunter U.S. as to its ability to produce suitable gearboxes for Syncrude's purpose and issued a purchase order to Hunter U.S. into which the specifications suggested by Hunter U.S., including the precise service factors were incorporated.

Counsel for Syncrude also made the following additional points:

(i) the contract expressly provided, "Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility";

(ii) Mr. Rao Duvvuri, the design engineer employed by Hunter U.S., who designed the gearboxes for both GCOS and Syncrude and prepared detailed design drawings of all the components of the gearboxes for the purposes of manufacture never discussed any of the matters relating to the design of the bull gear with Syncrude or Bechtel at any time;

(iii) the gearboxes should last 20 years; bull gears would normally be expected to last "10 years or beyond", yet Hunter U.S. conceded at paragraph 27 of its Statement of Facts that, "There is no dispute that the strength of the moving parts within the gear boxes was inadequate to carry the conveyor belt for longer than two years without at least one failure.";

Le cahier des charges donnait divers détails au sujet des conditions de fonctionnement des boîtes d'engrenage. Cependant, il ne donnait aucune précision sur les dimensions des composantes des boîtes d'engrenage. Les facteurs de charge que l'avocat de Hunter U.S. a cités sont tirés directement de l'offre initiale de Hunter U.S. Le facteur de charge mécanique de 1,5 fois la puissance, le facteur de charge thermique de 1 : 1 et la puissance mécanique de 275 pour 100 de la puissance nominale du moteur pouvant accommoder jusqu'à six départs par heure se trouvent tous dans le cahier des charges proposé. Il n'y a rien dans le cahier des charges au sujet de la partie de l'engrenage à faible vitesse qui a fini par céder.

Syncrude a ajouté foi aux déclarations de Hunter U.S. qui prétendait avoir la capacité de fabriquer des boîtes d'engrenage convenant à l'usage auquel Syncrude voulait les destiner et elle a passé la commande à Hunter U.S., à laquelle on a incorporé le cahier des charges proposé par Hunter U.S., y compris les facteurs de charge précis qui y figuraient.

L'avocat de Syncrude a aussi présenté les arguments suivants:

(i) le contrat dit explicitement qu'«Il incombe uniquement au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur.»

(ii) M. Rao Duvvuri, l'ingénieur-conseil employé par Hunter U.S., qui a conçu les boîtes d'engrenage fournies à GCOS et à Syncrude et qui a préparé les dessins de conception détaillés de toutes les composantes des boîtes d'engrenage pour les fins de leur fabrication n'a jamais eu d'entretien au sujet de la conception de la couronne principale avec Syncrude ou Bechtel à quelque moment que ce soit;

(iii) les boîtes d'engrenage devaient durer vingt ans, les couronnes principales auraient dû normalement durer [TRADUCTION] «au moins dix ans». Au surplus, Hunter U.S. a reconnu au paragraphe 27 de son exposé des faits qu'[TRADUCTION] «On ne conteste pas que la résistance des pièces mobiles des boîtes d'engrenage était insuffisante pour actionner la courroie du convoyeur pendant plus de deux ans sans qu'il se produise au moins un seul bris»;

(iv) Hunter U.S. called no expert witness, nor any evidence at all, except for certain extracts from the examination for discovery.

The following passage from the reasons of the trial judge at pp. 70-71, is apposite:

... on February 20, 1974 Hunter U.S., in the course of soliciting orders, sent Canadian Bechtel a technical description of their gearboxes, described as "shaft mounted conveyor drives". In the covering letter they said:

"Furthering our telephone conversation of last week, I am attaching two (2) copies of Specifications for the 1250 HP, 60 RPM output gear reducers.

Three Specifications are drawn up for installations in locations such as the Fort McMurray, Alberta Oil Sands Operation, and have been found quite suitable in other installations in that area.

We have included the Ringfedar ring shaft mounting as you indicated, also.

Please keep us informed on this project, and when you are in a position to accept prices for these units, we will be happy to respond with a minimum of delay."

And in a summary sheet:

"This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

This drive group has been designed for installation and operation in the remote areas and hostile environment normal to the mining industry. The units are designed for a high degree of reliability based on design arts developed in similar installations. Special design consideration has been made for field servicings in the event it is necessary."

And on the introduction page of the descriptive document, described as "technical specifications":

"This specification has been prepared to qualify HUNTER ENGINEERING COMPANY INC., as a competent and experienced manufacturer of specialized gear driving equipment.

Hunter drives are designed for specific applications, incorporating those features required to minimize operational and environmental hazards having an

(iv) Hunter U.S. n'a pas fait déposer de témoin expert et n'a produit aucune preuve, si ce n'est des extraits de l'interrogatoire préalable.

Le passage suivant tiré des pp. 70 et 71 des motifs du juge de première instance est à propos:

[TRADUCTION] ... le 20 février 1974, Hunter U.S., qui cherchait des commandes, a fait parvenir à Canadian Bechtel une description technique de ses boîtes d'engrenage qu'elle définissait comme «des entraînements de convoyeurs à arbre». Dans la lettre d'accompagnement, on disait:

«Pour donner suite à notre conversation téléphonique de la semaine dernière, je joins deux (2) copies du cahier des charges des réducteurs à engrenage de 1 250 HP à 60 tr/min.

Trois cahiers des charges ont été préparés pour des installations dans des endroits comme l'exploitation des sables bitumineux de Fort McMurray et ils ont été jugés tout à fait convenables dans d'autres installations de cette région.

De plus, nous avons inclus un support d'arbre Ringfedar comme vous l'aviez indiqué.

Veuillez nous tenir au courant de l'évolution de ce projet et, quand vous serez en mesure de recevoir des propositions de prix pour ces appareils, nous nous ferons un plaisir de vous les fournir dans les plus brefs délais.»

Sur une feuille récapitulative, on pouvait lire:

«Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Ce mécanisme d'entraînement a été conçu en vue d'être installé et utilisé dans les régions éloignées et dans l'environnement hostile où s'exercent normalement les activités de l'industrie minière. Les unités en question sont conçues selon des techniques mises au point dans des installations similaires, de manière à assurer une grande fiabilité. Dans la conception, une attention spéciale a été portée à l'entretien sur place au cas où cela serait nécessaire.»

À la page de présentation du document descriptif appelé «devis techniques», on trouve ceci:

«Le présent cahier des charges a été préparé afin que HUNTER ENGINEERING COMPANY INC. soit reconnue comme une fabricante compétente et expérimentée de trains d'engrenage destinés à des usages spéciaux.

Les mécanismes d'entraînement de Hunter sont conçus en vue d'usages précis et sont dotés des caractéristiques nécessaires pour réduire au minimum les

adverse effect on the performance of the unit. Our market effort is directed towards those unique applications which challenge our designer's [*sic*] ingenuity. Hunter has the engineering, manufacturing and financial resources to supply the complete drive package designed to reliably power any defined processing function."

risques pour le bon fonctionnement de chaque unité présentés par les conditions d'utilisation et par l'environnement. Nous nous efforçons de mettre sur le marché des produits destinés à des usages uniques qui font appel à toute l'ingéniosité de nos concepteurs. Hunter dispose des moyens techniques, des moyens de production et des ressources financières nécessaires pour fournir un ensemble complet d'entraînement conçu pour répondre d'une manière fiable à un usage déterminé.»

I am strongly of the opinion that upon its true construction the contract dated January 29, 1975, between Syncrude and Hunter U.S., places responsibility for the design of the gearboxes solely upon Hunter U.S., and that Hunter U.S. failed to discharge that responsibility. I would affirm the conclusions of the British Columbia courts on this point. I would reject the argument that Hunter U.S. had merely designed the gears according to specifications provided by Syncrude's agent and, therefore, if the specifications were inadequate, Syncrude was to blame. The words used in the contract clearly indicate a creative role for Hunter U.S. The specifications provided by Syncrude in the contract were specifications about what gearboxes were required to do, not how they were to be built. Specific design details were Hunter U.S.'s responsibility. There is no evidence that the specifications themselves were faulty; the evidence shows that the design was inadequate and design was solely Hunter U.S.'s responsibility.

Je suis tout à fait convaincu que, selon son sens véritable, le contrat intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. le 29 janvier 1975 attribue à Hunter U.S. seule la responsabilité de concevoir les boîtes d'engrenage et que Hunter ne s'est pas acquittée de cette responsabilité. Je suis d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur ce point. Je rejette l'argument portant que Hunter U.S. s'est contentée de concevoir les engrenages selon le cahier des charges fourni par la mandataire de Syncrude et que, si ce cahier des charges était inadéquat, c'est Syncrude qu'il fallait blâmer. Les termes employés dans le contrat indiquent clairement que Hunter U.S. était appelée à jouer un rôle de création. Le cahier des charges fourni par Syncrude dans le contrat énonce l'usage auquel étaient destinées les boîtes d'engrenage et non la façon dont elles devaient être construites. Les détails précis de la conception relevaient de la responsabilité de Hunter U.S. Il n'y a aucune preuve que le cahier des charges lui-même ait été incorrect; la preuve révèle que la conception était inadéquate et qu'elle relevait de la seule responsabilité de Hunter U.S.

Hunter U.S. knew the gearboxes were required to move a conveyor belt. Its tender to Syncrude of February 20, 1974, read in part:

This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

As Anderson J.A. observed in the Court of Appeal at p. 376:

Hunter was well aware from the outset that the specifications were not to be construed in a vacuum but with regard to the system as a whole.

Hunter U.S. savait que les boîtes d'engrenage serviraient à actionner une courroie de convoyeur. L'offre qu'elle a présentée à Syncrude, le 20 février 1974, se lisait notamment ainsi:

[TRADUCTION] Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Comme l'a fait observer le juge Anderson de la Cour d'appel, à la p. 376:

[TRADUCTION] Hunter savait très bien depuis le début qu'il fallait interpréter le cahier des charges non pas dans l'abstrait, mais en fonction du système au complet.

II

The Contractual Warranty

In light of the design obligations of Hunter U.S., Syncrude attempts to rely on the contractual warranty provisions in both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts. Although the general clause is the same in both contracts, the warranty was modified differently in each document. Because the difference between these modifications is important for the statutory warranty argument, I include the entire text of the main provisions and the modifications. The general provision common to both contracts provided:

8. WARRANTIES—GUARANTEES: Seller warrants that the goods shall be free from defects in design, material, workmanship, and title, and shall conform in all respects to the terms of this purchase order, and shall be of the best quality, if no quality is specified. If it appears within one year from the date of placing the equipment in service for the purpose for which it was purchased, that the equipment, or any part thereof, does not conform to these warranties and Buyer so notifies Seller within a reasonable time after its discovery, Seller shall thereupon promptly correct such nonconformity as its sole expense .... Except as otherwise provided in this purchase order, Seller's liability hereunder shall extend to all damages proximately caused by the breach of any of the foregoing warranties or guarantees, but such liability shall in no event include loss of profit or loss of use.

The clause was modified in the Hunter U.S. contract to read:

WARRANTY:

Twenty-four (24) months from date of shipment to twelve (12) months from date of start-up whichever occurs first.

The Allis-Chalmers contract was modified to read:

WARRANTY:

24 months from date of shipment or 12 months from date of start-up, whichever occurs first.

II

La garantie contractuelle

Compte tenu des obligations relatives à la conception qui incombaient à Hunter U.S., Syncrude cherche à invoquer les dispositions en matière de garantie contenues dans les contrats conclus avec Hunter U.S. et Allis-Chalmers. Bien que la clause générale soit la même dans les deux contrats, la garantie a été modifiée de façon différente dans chaque document. Parce que la différence entre ces modifications est importante aux fins de l'argument fondé sur la garantie légale, je citerai le texte complet des dispositions principales et des modifications. La disposition générale commune aux deux contrats est ainsi conçue:

[TRADUCTION] 8. GARANTIES: Le vendeur garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception, de matériau, de fabrication et de titre et qu'elles seront à tous les égards conformes aux conditions stipulées au présent bon de commande et, si aucune mention n'est faite de la qualité, elles seront de la meilleure qualité. S'il appert, dans l'année qui suit la date de sa mise en service aux fins pour lesquelles il a été acquis, que l'équipement ou une partie de l'équipement n'est pas conforme aux présentes garanties et que l'acheteur en avise le vendeur dans un délai raisonnable après que la non-conformité a été constatée, le vendeur est alors tenu de corriger sans tarder et à ses propres frais cette situation [...] Sauf disposition contraire du présent bon de commande, le vendeur est responsable de tous les dommages causés directement par la violation des garanties susmentionnées, mais il n'est nullement responsable du manque à gagner, ni des pertes résultant de la mise hors service.

Cette clause a été modifiée dans le contrat intervenu avec Hunter U.S. de la façon suivante:

[TRADUCTION] GARANTIE:

Vingt-quatre (24) mois à compter de la date de livraison ou douze (12) mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance.

Le contrat conclu avec Allis-Chalmers a été modifié de la façon suivante:

[TRADUCTION] GARANTIE:

24 mois à compter de la date de livraison ou 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance.

NOTES:
Buyer's General Conditions supersede the Seller's Terms and Conditions of Sale and shall apply to this Purchase Order except as amended herein:

A. Paragraph 8—"Warranties—Guarantees"

The final sentence of paragraph 8 is hereby deleted. In its place shall be, "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the Seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied." The warranty period shall be twelve (12) months from the date of operation or 24 months from the date of shipment, whichever occurs first....

Two crucial factors emerge from these provisions. First, the relevant time period during which the warranties apply is 12 months from the date of putting the equipment into operation or 24 months from the date of shipment, whichever occurs first. Second, the Hunter U.S. provision does not exempt Hunter U.S. from warranties that arise from statutes.

The trial judge found the date of start-up to have been July 4, 1978. This was more than one year before the weakness in the gearboxes was first detected in September 1979. On this basis the trial judge rightly held that Syncrude was out of time and could not rely on the contractual warranty provisions.

Syncrude advances two arguments to suggest that it is entitled to rely on the contractual warranty. Both arguments are unconvincing and can be dismissed with little discussion. First, Syncrude alleges that the warranty clauses were not limited in time. It bases this claim on reading s. 8 as containing four distinct provisions. The first provision, contained in the first sentence, makes no mention of time and is therefore not limited in duration. This seems an incredible interpretation of a warranty provision. As a matter of contractual interpretation it makes sense to read the provision as a whole and not as four disjunctive parts.

The second argument is Syncrude's allegation that the defect "appeared" in the sense that the

NOTES:
Les conditions générales de l'acheteur remplacent les modalités de la vente par le vendeur et elles s'appliquent à la présente commande sauf dans la mesure où elles sont modifiées aux présentes:

A. Paragraphe 8—Garanties

La dernière phrase du paragraphe 8 est supprimée et remplacée par ce qui suit: «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» La durée de la garantie sera de douze (12) mois à compter de la date de mise en service ou de vingt-quatre (24) mois à compter de la date de livraison, selon la première échéance...

Deux facteurs cruciaux se dégagent de ces dispositions. Premièrement, la période de garantie applicable est de 12 mois à compter de la date de mise en service du matériel ou de 24 mois à compter de la date de livraison, selon la première échéance. Deuxièmement, la disposition dans le contrat conclu avec Hunter U.S. ne la soustrait pas aux garanties légales.

Le juge de première instance a conclu que la date de mise en service était le 4 juillet 1978. Cela représentait plus d'une année avant que la faiblesse des boîtes d'engrenage ne soit détectée pour la première fois en septembre 1979. Par conséquent, le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il était trop tard pour que Syncrude puisse invoquer la garantie contractuelle.

Syncrude avance deux arguments la justifiant d'invoquer la garantie contractuelle. Ces deux arguments ne sont pas convaincants et peuvent être rejetés sans qu'il soit nécessaire d'en discuter longuement. D'abord, Syncrude prétend que les clauses de garantie n'avaient pas de durée d'application limitée. Elle fonde sa prétention sur la perception de quatre dispositions distinctes dans l'art. 8. La première disposition, contenue dans la première phrase, ne mentionne aucun délai et s'applique donc indéfiniment. Cette interprétation d'une disposition portant garantie paraît invraisemblable. Selon les règles d'interprétation des contrats, il est normal de considérer l'article comme un tout plutôt que comme quatre dispositions disjonctives.

Dans le second argument, Syncrude soutient que le vice est «apparu», au sens où ce mot est utilisé

word is used in the warranty clause within the relevant time period. This claim rests on the allegations that the design defect "appeared" in the original drawings submitted by Hunter U.S. and that Hunter U.S. had knowledge of the defect before the gearboxes were operational. In response to this argument the trial judge stated that Syncrude was proposing an extraordinary meaning of "appears", i.e., knowledge or deemed knowledge of Hunter U.S. The judge held that the word "appears" should be given its ordinary meaning, which is to become visible to Syncrude. This interpretation must be correct; any other interpretation would be stretching the meaning of the word beyond recognition.

III

The Implied Statutory Warranty

Since neither Hunter U.S. nor Allis-Chalmers could be held liable for breach of contractual warranty, the remaining option is to found liability on the basis of statutory warranty. The parties, an Alberta based and an American based company had provided in the contract that the laws of Ontario were to apply. Syncrude contends that both Hunter U.S. and Allis-Chalmers breached s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*, which reads:

> **15.** Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the quality or fitness of any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:
>
> 1. Where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description that it is in the course of the seller's business to supply (whether he is the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods will be reasonably fit for such purpose, but in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose. [Emphasis added.]

Section 53 of the *Sale of Goods Act* expressly provides for contracting out of the provisions of the Act. This may be accomplished by express

dans la clause de garantie, pendant le délai utile. Cette prétention se fonde sur les allégations portant que le vice de conception «apparaissait» dans les dessins originaux soumis par Hunter U.S. et que celle-ci connaissait l'existence du vice avant que les boîtes d'engrenage ne soient mises en service. Pour répondre à cet argument, le juge de première instance affirme que Syncrude attribue au mot «appert» un sens inusité, c'est-à-dire la connaissance réelle ou présumée de la part de Hunter U.S. Le juge a statué que le mot «appert» doit s'interpréter selon son sens ordinaire qui est «devenir apparent» pour Syncrude. Cette interprétation est correcte; toute autre interprétation revient à donner à ce mot un sens qu'il n'a pas.

III

La garantie légale implicite

Puisque ni Hunter U.S., ni Allis-Chalmers ne peuvent être tenues responsables de non-respect de la garantie contractuelle, il reste la possibilité de les tenir responsables en fonction de la garantie légale. Les parties, l'une ayant ses assises en Alberta et l'autre, aux États-Unis, ont mentionné dans le contrat que les lois applicables seraient celles de l'Ontario. Syncrude soutient que Hunter U.S. et Allis-Chalmers ont violé le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario, qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **15.** Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite relative à la qualité des objets fournis en vertu d'un contrat de vente ni à leur adaptation à un usage particulier, sauf dans les cas suivants:
>
> 1. Il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé vendu sous son appellation brevetée ou sous une autre appellation commerciale. [Je souligne.]

L'article 53 de la *Sale of Goods Act* prévoit expressément qu'il est possible d'écarter l'application de cette loi. Cela peut se faire par convention

agreement. Clearly the provision in the Allis-Chalmers contract reproduced above is sufficient to exclude the operation of the implied warranty.

The trial judge had no difficulty in concluding that, as against Hunter U.S., all three prerequisites for the application of s. 15(1) had been met. Hunter U.S. presents three arguments challenging this result. First, it submits that Syncrude did not rely on Hunter's expertise as it was Syncrude which supplied the specifications. In light of the earlier finding concerning the nature of Hunter's design obligation, this argument cannot prevail. As the trial judge pointed out, Hunter U.S. could only succeed if there were evidence that Syncrude or Bechtel possessed and exercised skill and judgment in the design and manufacture of gearboxes. No such evidence was introduced.

Second, Hunter U.S. argues that because the gearboxes worked for more than one year, they were reasonably fit for their purpose. This seems difficult to accept when, as Syncrude contends, a gearbox is expected to operate without problem for more than ten years. I fail to understand how anything as seriously flawed as the gearboxes in the case at bar could be said to be reasonably fit.

Finally, Hunter U.S. argues that Syncrude cannot rely on the statutory warranty because it is inconsistent with the warranty embodied in the contract. According to s. 15(4) of the *Sale of Goods Act*, an implied condition can be negated by an express warranty if the two are inconsistent. As mentioned earlier, s. 53 also allows parties to contract out of the provisions of the Act. Hunter U.S.'s argument is that the very presence of the express warranty renders the statutory warranty inapplicable. Again, this cannot be the correct position. The mere presence of an express warranty in the contract does not mean that the statutory warranties are inconsistent. If one wishes to contract out of statutory protections, this must be

expresse. Manifestement, la disposition du contrat d'Allis-Chalmers, reproduite plus haut, est suffisante pour exclure l'application de la garantie implicite.

Le juge de première instance a conclu sans difficulté, au détriment de Hunter U.S., que les trois conditions préalables à l'application du par. 15(1) étaient remplies. Hunter U.S. invoque trois moyens pour contester cette conclusion. D'abord, elle soutient que Syncrude ne s'en est pas remise à la compétence de Hunter puisque c'est Syncrude qui a fourni le cahier des charges. En raison de la conclusion déjà mentionnée quant à la nature de l'obligation assumée par Hunter en matière de conception, cette prétention est rejetée. Comme l'a souligné le juge de première instance, Hunter U.S. ne pourrait avoir gain de cause que s'il était prouvé que Syncrude ou Bechtel avaient fait preuve de compétence et de jugement dans la conception et la fabrication de boîtes d'engrenage. Aucune preuve de cette nature n'a été soumise.

En deuxième lieu, Hunter affirme que puisque les boîtes d'engrenage ont fonctionné pendant plus d'une année, elles étaient raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Cela semble difficile à accepter quand, au dire de Syncrude, une boîte d'engrenage devrait normalement fonctionner sans problème pendant plus de dix ans. Je ne comprends pas comment on peut dire que des boîtes d'engrenage aussi défectueuses que celles dont il est question en l'espèce sont raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles sont destinées.

Enfin, Hunter U.S. soutient que Syncrude ne peut invoquer la garantie légale parce que celle-ci est incompatible avec la garantie inscrite au contrat. Conformément au par. 15(4) de la *Sale of Goods Act*, une garantie expresse peut invalider une condition implicite si les deux sont incompatibles. Comme je l'ai déjà dit, l'art. 53 permet également aux parties d'écarter l'application de la Loi. Hunter U.S. soutient que la présence même de la garantie expresse rend la garantie légale inapplicable. Cette affirmation n'est pas non plus acceptable. La seule présence d'une garantie expresse dans le contrat ne signifie pas que les garanties légales sont incompatibles avec elle. Si quelqu'un veut écarter les garanties légales, il doit

done by clear and direct language, particularly where the parties are two large, commercially sophisticated companies. This seems to be well-established in the case law, as Eberle J. makes clear in *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417 (Ont. H.C.)

I would adopt the following passage from the reasons of Gibbs J. at trial at p. 73:

> Hunter U.S. cannot avoid liability under s. 15.1 of the Ontario Sale of Goods Act. The design and manufacture of the gearboxes was in the course of Hunter U.S. business activities. Hunter U.S. knew the purpose of the gearboxes. Syncrude, through its agent, relied upon the skill and judgment of Hunter U.S. The gearboxes were not reasonably fit for the purpose for which they were required. Hunter U.S. is in breach of the implied condition in s. 15.1.

IV

Fundamental Breach

It will now be convenient to consider the liability to Syncrude of Allis-Chalmers and in turn of Hunter U.S. on the third party claim of Allis-Chalmers. The facts can be briefly stated. The purchase agreement contained in para. 8 a warranty modified, as stated earlier, to exclude statutory warranties or conditions. Paragraph 14 of the agreement read:

> C. Paragraph 14—Limitation of Liability
>
> Notwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions neither the Seller nor the Buyer shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, fundamental or otherwise or from any tortious acts or omissions of their respective employees or agents and in no event shall the liability of the Seller exceed the unit price of the defective product or of the product subject to late delivery.

le faire de façon claire et nette, surtout quand les parties sont deux importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Cela semble bien établi dans la jurisprudence, comme le dit clairement le juge Eberle dans l'affaire *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417 (H.C. Ont.)

Je fais mien le passage suivant tiré de la p. 73 des motifs du juge Gibbs de première instance:

> [TRADUCTION] Hunter U.S. ne peut se soustraire à la responsabilité que crée le par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario. La conception et la fabrication des boîtes d'engrenage se situaient dans le cours du commerce de Hunter U.S. Cette dernière connaissait l'usage auquel les boîtes d'engrenage étaient destinées. Syncrude, par sa mandataire, s'en est remise à la compétence et au jugement de Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage n'étaient pas raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Hunter U.S. a violé la condition implicite du par. 15(1).

IV

L'inexécution fondamentale

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité d'Allis-Chalmers, puis ensuite celle de Hunter U.S. envers Syncrude en vertu de l'appel en garantie formulé par Allis-Chalmers. Les faits peuvent être énoncés brièvement. Le contrat d'achat comporte à son par. 8 une garantie modifiée qui, comme je l'ai déjà dit, écarte les garanties ou conditions légales. Le paragraphe 14 du contrat est ainsi conçu:

> [TRADUCTION] C. Paragraphe 14—Limitation de responsabilité
>
> Nonobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni le vendeur ni l'acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, fondamentale ou autre, du présent contrat, ou résultant d'un acte ou d'une omission délictuels de la part de leurs employés ou de leurs mandataires respectifs et en aucun cas la responsabilité du vendeur ne dépassera le prix unitaire du produit défectueux ou du produit non livré dans les délais prévus.

The price of the fourteen conveyor systems and accessories purchased from Allis-Chalmers was $4,166,464. The agreed cost of the repairs was $400,000; including pre-judgment interest, $535,000. In the face of the contractual provisions, Allis-Chalmers can only be found liable under the doctrine of fundamental breach.

The Court of Appeal differed with the trial judge on the question of fundamental breach. At trial Gibbs J., at pp. 74-76, quoted with approval from the judgment of Stratton J.A., as he then was, in *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197 (N.B.C.A.), at pp. 205-6, and the judgment of Harradence J.A. in *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135 (Alta. C.A.), at pp. 139-41.

Applying the principle of these cases to the purchase order and the nature of the defect in the bull gears, Gibbs J. concluded that the case for fundamental breach had not been made out. He said at pp. 77-78:

> As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price. No doubt the bull gear is an important component of the gearbox but no more important than the engine in an automobile and in the *Gafco Ent.* case the failure of the engine was not a sufficiently fundamental breach to lead the Court to set aside the contract of sale. On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for .... It has not convinced me that there was fundamental breach.

On appeal, Anderson J.A. reviewed a number of authorities including the judgment of Seaton J.A.

Le prix des quatorze systèmes de convoyeurs et de leurs accessoires acquis d'Allis-Chalmers était de 4 166 464 $. Le coût convenu des réparations était de 400 000 $, et de 535 000 $ si l'on ajoutait les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Compte tenu des dispositions du contrat, Allis-Chalmers ne peut être tenue responsable qu'aux termes du principe de l'inexécution fondamentale.

La Cour d'appel n'a pas partagé l'avis du juge de première instance sur la question de l'inexécution fondamentale. En première instance, aux pp. 74 à 76, le juge Gibbs a cité et approuvé les motifs du juge Stratton, alors juge de la Cour d'appel, dans l'affaire *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197 (C.A.N.-B.), aux pp. 205 et 206, et ceux du juge Harradence dans l'affaire *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135 (C.A. Alb.), aux pp. 139 à 141.

Appliquant le principe établi par ces arrêts au bon d'achat et à la nature du vice des couronnes principales, le juge Gibbs a conclu qu'on n'avait pas prouvé l'existence d'une inexécution fondamentale. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 77 et 78:

> [TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat initial. Sans aucun doute, la couronne principale constitue un élément important de la boîte d'engrenage, mais son importance ne dépasse pas celle du moteur d'une automobile et, dans l'affaire *Gafco Ent.*, le bris du moteur ne représentait pas une inexécution suffisamment fondamentale pour amener la cour à annuler le contrat de vente. Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié [...] La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

En Cour d'appel, le juge Anderson a examiné un certain nombre de précédents, notamment l'arrêt

in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (B.C.C.A.), and held that Allis-Chalmers was in fundamental breach because Syncrude was deprived of substantially the whole benefit of the contract.

In reaching that conclusion he said at p. 393:

> It follows that the cost of repair was not significantly less than the original purchase price but, on the contrary, the cost of repair constituted 86 per cent of the purchase price. Moreover, the expected life of a gearbox is 20 years. The expected life of a bull gear is at least 10 years. The bull gear failed within less than two years after Syncrude's operations commenced.

He rejected as without merit the argument of counsel for Allis-Chalmers that Syncrude's contract with Allis-Chalmers was not just a "contract for gearboxes" but was rather a contract for the purchase of a package of fourteen conveyor systems for a price of over $4,000,000, and viewed in relation to the total purchase price actually paid by Syncrude, the cost of repair of one component, whether it is considered to be the bull gear or the gearbox, was indeed "significantly less than the original purchase price."

Hunter U.S., ultimately liable on account of the third-party claim against it, submits that the British Columbia Court of Appeal was wrong on this branch of the case because the effect of its decision is to re-establish the doctrine of fundamental breach as a rule of law invalidating a clause limiting liability.

Counsel submits that in England, since *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361, the doctrine of fundamental breach has been rejected as a rule of law invalidating exemption clauses. At page 405, Lord Reid said: "In my view no such rule of law ought to be adopted". In commenting upon that decision, Professor P. S. Atiyah in his text, *The Sale of Goods* (6th ed. 1980), at p. 157, says, "This was not in all respects an easy decision to understand . . . ." With that

du juge Seaton dans l'affaire *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (C.A.C.-B.), et il a conclu qu'Allis-Chalmers était coupable d'une inexécution fondamentale parce que Syncrude a été privée de la quasi-totalité du bénéfice du contrat.

En arrivant à cette conclusion, il affirme à la p. 393:

> [TRADUCTION] Il s'ensuit que le coût des réparations était loin d'être inférieur au coût d'achat initial, puisqu'il équivalait à 86 pour 100 de celui-ci. De plus, la vie utile d'une boîte d'engrenage devait être de vingt ans. Celle d'une couronne principale devait être d'au moins dix ans. La couronne principale a fait défaut moins de deux ans après le début des opérations de Syncrude.

Il a qualifié de non fondé l'argument de l'avocat d'Allis-Chalmers voulant que le contrat que cette dernière avait conclu avec Syncrude était non pas simplement un «contrat pour des boîtes d'engrenage», mais plutôt un contrat pour l'achat d'un ensemble de quatorze systèmes de convoyeurs au coût de plus de 4 millions de dollars et que, compte tenu du prix d'achat total payé par Syncrude, le coût des réparations d'une composante, peu importe qu'on dise que c'était la couronne principale ou la boîte d'engrenage, était effectivement [TRADUCTION] «de beaucoup inférieur au coût d'achat initial».

Hunter U.S., qui est en définitive responsable en vertu de l'appel en garantie intenté contre elle, soutient que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu tort sur cet aspect de l'affaire parce que sa décision a pour effet de rétablir le principe de l'inexécution fondamentale comme une règle de droit qui invalide une clause de limitation de responsabilité.

L'avocat soutient qu'en Angleterre, depuis l'arrêt *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361, le principe de l'inexécution fondamentale, comme règle de droit invalidant les clauses d'exemption, a été rejeté. À la page 405, lord Reid dit: [TRADUCTION] «À mon avis, il n'y a pas lieu d'adopter une telle règle de droit». Commentant cet arrêt, le professeur P. S. Atiyah, dans son ouvrage intitulé *The Sale of Goods* (6e éd. 1980), à la p. 157, affirme: [TRADUCTION] «Il ne

statement I am in full agreement. Professor Atiyah continues:

> ... but the principal point to emerge from the *Suisse Atlantique* case was the firm and unanimous holding that the "doctrine" of fundamental breach is not a rule of law but merely a rule of construction. Parties are free to make whatever provision they desire in their contracts, but it is a rule of construction that an exemption clause does not protect a party from liability for fundamental breach. It follows that if the contract by express provision does protect a party from such a result and the court thinks that the provision was intended to operate in the circumstances which have occurred, the provision must be given full effect.

It was contended by Hunter U.S. that, at bar, the Court of Appeal approached the matter by asking whether the warranty in the contract excluded liability for fundamental breach. Upon finding it did not, the Court of Appeal then found as a fact, contrary to the finding of fact made by the trial judge, that the breach was fundamental, and awarded the buyer the full amount of its claim.

It was submitted that by doing this, the Court of Appeal erroneously adopted the approach (as it did in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.*, *supra*, upon which it relied so heavily in this case) that to be effective a limitation of liability clause must expressly exclude liability for fundamental breach. It was submitted this approach involves returning to the notion of treating fundamental breach as something which, as a rule of law, will displace the terms of the contract; to paraphrase Lord Bridge's decision in *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737 (H.L.), at p. 741: it reintroduces by the back door a doctrine which the *Suisse Atlantique* case, and cases following, had evicted by the front.

Allis-Chalmers adopted in its entirety the argument of Hunter U.S. with respect to the fundamental breach issue. The argument in the factum of Allis-Chalmers was directed to the further ques-

s'agit pas d'un arrêt facile à comprendre sous tous ses rapports . . .», ce avec quoi je suis totalement d'accord. Le professeur Atiyah continue:

> [TRADUCTION] ... mais ce qui ressort principalement de l'arrêt *Suisse Atlantique*, c'est la conclusion unanime et inébranlable que le «principe» de l'inexécution fondamentale n'est pas une règle de droit, mais seulement une règle d'interprétation. Les parties sont libres de stipuler ce qu'elles veulent dans les contrats qu'elles concluent, mais une règle d'interprétation veut qu'une clause d'exemption ne soustraie pas une partie à la responsabilité pour inexécution fondamentale. Il s'ensuit que si le contrat ne protège pas expressément une partie contre cette possibilité et si la cour estime que les parties ont voulu que la disposition s'applique dans les circonstances qui se sont présentées, la disposition doit s'appliquer intégralement.

Hunter U.S. a soutenu qu'en l'espèce la Cour d'appel a abordé la question en se demandant si la garantie contractuelle écartait la responsabilité pour inexécution fondamentale. Ayant jugé qu'elle ne le faisait pas, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion de fait, contrairement à celle à laquelle le juge de première instance était arrivé, qu'il y avait eu inexécution fondamentale et elle a accordé à l'acheteur la totalité du montant réclamé.

On a fait valoir qu'en agissant de la sorte la Cour d'appel a, à tort, adopté le point de vue (comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Beldessi v. Island Equipment Ltd.*, précité, sur lequel elle s'est tant fondée en l'espèce) selon lequel, pour être efficace, une clause de limitation de responsabilité doit expressément exclure la responsabilité pour inexécution fondamentale. On a aussi soutenu que ce point de vue revient à considérer l'inexécution fondamentale comme une règle de droit qui écarte les conditions d'un contrat. Pour paraphraser la décision de lord Bridge dans l'affaire *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737 (H.L.), à la p. 741, on pourrait dire que cela équivaut à laisser rentrer par la porte de derrière ce que l'arrêt *Suisse Atlantique* et les arrêts subséquents ont expulsé par la grande porte.

Allis-Chalmers a fait sienne la totalité de l'argumentation de Hunter U.S. relativement à la question de l'inexécution fondamentale. Le mémoire d'Allis-Chalmers aborde aussi la question de savoir

tion whether the Court of Appeal erred in failing to construe properly the warranty clause in ascertaining whether it applied to the instant breach.

Allis-Chalmers argued that the words of clause 8 are clear and fairly susceptible of only one meaning, and the Court of Appeal erred in failing to give effect to them; instead of giving effect to the language of the contract, the Court of Appeal imported its own implied warranty and erroneously embarked on a consideration of whether clause 8 was effective to eliminate the "essential undertaking of Allis-Chalmers to provide gearboxes capable of meeting the requirements of the extraction process". In proceeding in this fashion, the Court of Appeal in effect resurrected a term analogous to the implied statutory warranty of fitness for the purpose required, which the parties had expressly excluded. By importing this additional term into the contract the court re-wrote the bargain which the parties had made for themselves.

Syncrude argues in response that the seller's fundamental obligation does not derive from, and is not dependent upon, the existence of express or implied warranties or conditions. It is inherent in the contract of sale.

Syncrude relied upon the pronouncement of the doctrine of fundamental obligation of the seller enunciated by Weatherston J. in *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), (aff'd (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.)) The court stated at pp. 534-35:

> The first and most important thing in any case is to determine what are the terms of the contract, so as to decide what performance was required by the defaulting party.
>
> . . .
>
> Where a machine has been delivered which has such a defect, or "such a congeries of defects" as to destroy the workable character of the machine, there is said to be a fundamental breach of contract by the seller. This is so because the purported performance of the contract is quite different than that which the contract contemplated .... There has been no failure of consideration, no failure to deliver the thing contracted for, but it is implicit in the transaction, as a fundamental term, that the thing contracted for is what it seems to be.

si la Cour d'appel a commis une erreur en n'interprétant pas bien la clause de garantie pour déterminer si elle s'appliquait à l'inexécution en l'espèce.

Allis-Chalmers a soutenu que les termes de la clause 8 sont clairs, qu'ils ne peuvent vraiment avoir qu'un seul sens et que la Cour d'appel a eu tort de ne pas les appliquer. Plutôt que d'appliquer les termes du contrat, la Cour d'appel a forgé sa propre garantie implicite et a entrepris, à tort, l'examen de la question de savoir si la clause 8 avait pour effet de supprimer [TRADUCTION] «l'engagement essentiel d'Allis-Chalmers de fournir des boîtes d'engrenage susceptibles de répondre aux exigences du processus d'extraction». En agissant de la sorte, la Cour d'appel a effectivement fait revivre une condition semblable à la garantie légale implicite d'adaptation de l'objet à l'usage auquel il est destiné, que les parties avaient expressément exclue. En forgeant cette condition supplémentaire dans le contrat, la cour a reformulé le marché conclu entre les parties.

Syncrude répond que l'obligation fondamentale du vendeur ne découle pas et ne dépend pas de l'existence de conditions ou de garanties expresses ou implicites. Elle est inhérente au contrat de vente.

Syncrude a invoqué l'énoncé du principe de l'obligation fondamentale du vendeur fait par le juge Weatherston dans la décision *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), (conf. par (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (C.A. Ont.)) La cour affirme, aux pp. 534 et 535:

> [TRADUCTION] Dans toute instance, la première chose à faire, et la plus importante, consiste à déterminer les conditions du contrat de manière à identifier ce qu'était tenue d'exécuter la partie en défaut.
>
> . . .
>
> Quand il y a eu livraison d'une machine entachée d'un vice, ou d'«une accumulation de vices» de nature à rendre impossible le bon fonctionnement de la machine, on dit qu'il y a inexécution fondamentale du contrat de la part du vendeur. Il en est ainsi parce que ce qui est donné comme l'exécution du contrat est très différent de ce qui était prévu au contrat [...] Il n'y a pas eu absence de contrepartie, ni absence de livraison de l'objet du contrat, mais il est implicite, comme condition fondamentale de l'opération, que l'objet du contrat est ce qu'il est censé être.

The House of Lords' cases decided that liability for breach of a fundamental term may be excluded by a suitably worded exclusion clause. However, counsel contended that there is a rule of construction that exemption clauses must be very clearly worded if they are to be sufficient to exclude liability for fundamental breach. It was said that this approach to the construction of a contract was confirmed in this Court in *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718.

On the application of the principles to the present case, Syncrude asked the question whether Allis-Chalmers and Syncrude intended that Allis-Chalmers could supply gearboxes which were so fundamentally defective as to require complete replacement, or in this case, complete reconstruction, after fifteen months' service, at Syncrude's sole cost. Syncrude would give a negative response to this question.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice Wilson, in this appeal and I agree with her disposition of the liability of Allis-Chalmers. In my view, the warranty clauses in the Allis-Chalmers contract effectively excluded liability for defective gearboxes after the warranty period expired. With respect, I disagree, however, with Wilson J.'s approach to the doctrine of fundamental breach. I am inclined to adopt the course charted by the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, and to treat fundamental breach as a matter of contract construction. I do not favour, as suggested by Wilson J., requiring the court to assess the reasonableness of enforcing the contract terms after the court has already determined the meaning of the contract based on ordinary principles of contract interpretation. In my view, the courts should not disturb the bargain the parties have struck, and I am inclined to replace the doctrine of fundamental breach with a rule that holds the parties to the

La jurisprudence de la Chambre des lords établit qu'il est possible d'écarter la responsabilité pour inexécution d'une condition fondamentale au moyen d'une clause d'exclusion rédigée adéquatement. Cependant, les avocats ont soutenu qu'il existe une règle d'interprétation selon laquelle les clauses d'exemption doivent être très clairement formulées si on veut qu'elles soient suffisantes pour écarter la responsabilité pour inexécution fondamentale. On a affirmé que l'arrêt *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718, confirme cette façon d'interpréter un contrat.

Quant à l'application de ces principes à l'espèce, Syncrude s'est demandée si Allis-Chalmers et elle-même ont voulu qu'Allis-Chalmers puisse fournir des boîtes d'engrenage si défectueuses qu'il a fallu les remplacer complètement ou, comme en l'espèce, les remettre complètement à neuf, après quinze mois d'utilisation, aux frais de Syncrude. Syncrude a répondu à cela par la négative.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement rédigés en l'espèce par ma collègue le juge Wilson et je suis d'accord avec sa façon de trancher la question de la responsabilité d'Allis-Chalmers. À mon avis, les clauses de garantie dans le contrat d'Allis-Chalmers ont vraiment eu pour effet d'écarter la responsabilité pour les boîtes d'engrenage défectueuses une fois expirée la période de garantie. Par contre, je ne partage pas la façon dont le juge Wilson aborde le principe de l'inexécution fondamentale. Je suis plutôt porté à suivre la voie tracée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, et à considérer l'inexécution fondamentale comme une question d'interprétation de contrat. Je ne suis pas en faveur d'exiger, comme le propose le juge Wilson, que la cour évalue s'il serait raisonnable de mettre à exécution les conditions du contrat après en avoir déjà établi le sens en fonction des principes ordinaires d'interprétation des contrats. À mon avis, les tribunaux ne doivent pas modifier la convention des parties et je suis porté à remplacer le principe de l'inexécution fondamentale par une règle qui oblige les parties à respecter les

terms of their agreement, provided the agreement is not unconscionable.

The doctrine of fundamental breach in the context of clauses excluding a party from contractual liability has been confusing at the best of times. Simply put, the doctrine has served to relieve parties from the effects of contractual terms, excluding liability for deficient performance where the effects of these terms have seemed particularly harsh. Lord Wilberforce acknowledged this in *Photo Production*, *supra*, at p. 843:

> 1. The doctrine of "fundamental breach" in spite of its imperfections and doubtful parentage has served a useful purpose. There was a large number of problems, productive of injustice, in which it was worse than unsatisfactory to leave exception clauses to operate.

In cases where extreme unfairness would result from the operation of an exclusion clause, a fundamental breach of contract was said to have occurred. The consequence of fundamental breach was that the party in breach was not entitled to rely on the contractual exclusion of liability but was required to pay damages for contract breach. In the doctrine's most common formulation, by Lord Denning in *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.), fundamental breach was said to be a rule of law that operated regardless of the intentions of the contracting parties. Thus, even if the parties excluded liability by clear and express language, they could still be liable for fundamental breach of contract. This rule of law was rapidly embraced by both English and Canadian courts.

A decade later in the *Suisse Atlantique* case, the House of Lords rejected the rule of law concept in favour of an approach based on the true construction of the contract. The Law Lords expressed the view that a court considering the concept of fundamental breach must determine whether the contract, properly interpreted, excluded liability for the fundamental breach. If the parties clearly intended an exclusion clause to apply in the event of fundamental breach, the party in breach would be exempted from liability.

conditions de leur contrat pourvu qu'il ne soit pas inique.

Au mieux, le principe de l'inexécution fondamentale dans le contexte des clauses qui soustraient une des parties à la responsabilité contractuelle a toujours été déroutant. Ce principe a tout simplement servi à soustraire des parties aux effets des conditions d'un contrat en écartant la responsabilité pour exécution fautive quand les effets de ces conditions paraissaient particulièrement durs. Lord Wilberforce reconnaît cela dans l'arrêt *Photo Production*, précité, à la p. 843:

> [TRADUCTION] 1. Le principe de «l'inexécution fondamentale» s'est révélé utile malgré ses imperfections et son origine douteuse. Il y a eu un grand nombre de problèmes, générateurs d'injustices, où il aurait été pire de laisser les clauses d'exception s'appliquer.

Dans des cas où il aurait résulté une injustice extrême de l'application d'une clause d'exclusion, on a conclu à l'existence d'une inexécution fondamentale du contrat. L'inexécution fondamentale faisait en sorte que la partie fautive ne pouvait se prévaloir de l'exclusion contractuelle de responsabilité et devait verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Selon la formulation la plus courante du principe, soit celle de lord Denning dans l'arrêt *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.), l'inexécution fondamentale est une règle de droit qui s'applique indépendamment de l'intention des parties contractantes. Donc, même si les parties ont clairement et expressément écarté la responsabilité, elles peuvent quand même être responsables d'inexécution fondamentale du contrat. Cette règle de droit a rapidement été acceptée par les tribunaux anglais et les tribunaux canadiens.

Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, la Chambre des lords a rejeté le concept de la règle de droit en faveur d'une méthode fondée sur l'interprétation juste du contrat. Les lords juges se sont dits d'avis qu'une cour appelée à se prononcer sur la notion d'inexécution fondamentale doit déterminer si le contrat, bien interprété, écarte la responsabilité pour inexécution fondamentale. Si les parties ont clairement voulu que la clause d'exclusion s'applique en cas d'inexécution fondamentale, la partie fautive est alors soustraite

In *B. G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678, this Court approved of the *Suisse Atlantique* formulation. The renunciation of the rule of law approach by the House of Lords and by this Court, however, had little effect on the practice of lower courts in England or in Canada. Lord Denning quickly resuscitated the rule of law doctrine in *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.)

Finally, in 1980, the House of Lords definitively rejected the rule of law approach to fundamental breach in *Photo Production*, *supra*. In that case, the plaintiff, Photo Production, had contracted with Securicor, a company in the business of supplying security services, to provide four nightly patrols of its factory. At issue was whether Securicor was liable for a fire deliberately set by one of its employees in the course of his duties at the Photo Production factory. The contract between the two parties contained the following limitation clause (at p. 840):

"1. Under no circumstances shall the company (Securicor) be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer; nor, in any event, shall the company be held responsible for (a) any loss suffered by the customer through burglary, theft, fire or any other cause, except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the company's employees acting within the course of their employment . . . ."

The limitation clause clearly excluded liability for fire with the exception of fires started by negligent acts. Securicor argued it could not be liable under the contract for the fire that occurred. Photo Production contended that Securicor was liable for the damage done to the factory under the doctrine of fundamental breach.

à toute responsabilité. Dans l'arrêt *B. G. Linton Construction Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 678, cette Cour a approuvé la formulation de l'arrêt *Suisse Atlantique*. La répudiation de la méthode de la règle de droit par la Chambre des lords et par cette Cour a toutefois eu peu d'effet sur la pratique des tribunaux d'instance inférieure en Angleterre et au Canada. Lord Denning a rapidement réinstauré le principe de la règle de droit dans l'arrêt *Harbutt's «Plasticine» Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.)

Enfin, en 1980 la Chambre des lords a rejeté définitivement la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit dans l'arrêt *Photo Production*, précité. Dans cette affaire, la demanderesse, Photo Production, avait conclu un contrat avec Securicor, une société qui fournissait des services de sécurité, pour qu'elle lui procure les services de quatre patrouilles de nuit à son usine. Ce qui était en cause était de savoir si Securicor était responsable d'un incendie allumé délibérément par l'un de ses employés dans l'exécution de ses fonctions à l'usine de Photo Production. Le contrat intervenu entre les deux parties comportait la clause limitative suivante (à la p. 840):

[TRADUCTION] «1. En aucun cas, la société (Securicor) ne sera responsable d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés, à moins que la société en tant qu'employeur n'ait pu prévoir et éviter cet acte ou cette omission en faisant preuve de diligence raisonnable. De plus et en tout état de cause, la société ne sera pas tenue pour responsable a) de toute perte subie par le client par suite d'un cambriolage, d'un vol ou d'un incendie ou pour quelque autre raison, sauf dans la mesure où cette perte sera imputable uniquement à la négligence dont les employés de la société auront fait preuve dans l'exercice de leurs fonctions . . .»

La clause limitative excluait clairement la responsabilité dans le cas d'incendie, sauf dans le cas d'un incendie attribuable à des actes de négligence. Securicor a soutenu qu'elle ne pouvait être tenue responsable en vertu du contrat pour l'incendie qui s'était produit. Photo Production a pour sa part soutenu que Securicor était responsable des dommages causés à l'usine par application du principe de l'inexécution fondamentale.

Lord Wilberforce rejected Photo Production's argument. He began by reviewing the fractured history of the doctrine of fundamental breach and then forcefully repudiated the rule of law concept. Lord Wilberforce reiterated the thoughts articulated in *Suisse Atlantique*, stating at pp. 842-43, he had no doubt as to,

> ... the main proposition that the question whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach, or a breach of a fundamental term, or indeed to any breach of contract, is a matter of construction of the contract.

The policy behind this approach is stated by Lord Wilberforce, at p. 843, as follows:

> At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made, rather than for facing them with a legal complex so uncertain as the doctrine of fundamental breach must be....
>
> At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than on analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Lord Wilberforce proceeded to examine the contract between Securicor and Photo Production to determine exactly what the parties had provided, at p. 846:

> As a preliminary, the nature of the contract has to be understood. Securicor undertook to provide a service of periodical visits for a very modest charge.... It would have no knowledge of the value of the plaintiffs' factory: that, and the efficacy of their fire precautions, would be known to the respondents. In these circumstances nobody could consider it unreasonable, that as between these two equal parties the risk assumed by Securicor should be a modest one, and that the respondents should carry the substantial risk of damage or destruction.
>
> The duty of Securicor was, as stated, to provide a service. There must be implied an obligation to use due care in selecting their patrolmen, to take care of the keys and, I would think, to operate the service with due and

Lord Wilberforce a rejeté l'argument de Photo Production. Il a commencé par examiner l'histoire fragmentée du principe de l'inexécution fondamentale pour ensuite répudier avec vigueur le concept de la règle de droit. Lord Wilberforce a repris les opinions exprimées dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, affirmant, aux pp. 842 et 843, qu'il n'avait aucun doute concernant:

> [TRADUCTION] ... la proposition principale selon laquelle la question de savoir si et dans quelle mesure une clause d'exclusion doit être appliquée à une inexécution fondamentale ou à l'inexécution d'une condition fondamentale ou même à n'importe quelle autre inexécution d'un contrat, est une question qui relève de l'interprétation du contrat.

Lord Wilberforce énonce, à la p. 843, le principe sur lequel repose ce point de vue:

> [TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l'inexécution, il y a toutes les raisons du monde de permettre aux parties d'évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles, plutôt que de les placer devant une notion juridique compliquée aussi incertaine que doit l'être le principe de l'inexécution fondamentale ...
>
> Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Lord Wilberforce examine ensuite, à la p. 846, le contrat intervenu entre Securicor et Photo Production pour déterminer exactement ce que les parties ont prévu:

> [TRADUCTION] D'abord, il faut comprendre la nature du contrat. Securicor s'est engagée à fournir un service de visites périodiques à un prix très modique [...] Elle ne connaissait pas la valeur de l'usine de la demanderesse: cela, de même que l'efficacité de ses mesures de prévention des incendies étaient connus de l'intimée. Dans ces circonstances, nul ne pouvait considérer déraisonnable qu'entre ces deux parties égales le risque assumé par Securicor soit minime et que l'intimée assume la majeure partie du risque de détérioration ou de destruction.
>
> Securicor avait l'obligation, comme je l'ai dit, de fournir un service. Il s'y greffait une obligation implicite de faire preuve de diligence raisonnable dans le choix de ses patrouilleurs, de prendre soin des clefs et, je crois,

proper regard to the safety and security of the premises. The breach of duty committed by Securicor lay in a failure to discharge this latter obligation. Alternatively it could be put upon a vicarious responsibility for the wrongful act .... This being the breach, does condition 1 apply? It is drafted in strong terms, "Under no circumstances" ... "any injurious act or default by any employee." These words have to be approached with the aid of the cardinal rules of construction that they must be read contra proferentem and that in order to escape from the consequences of one's own wrongdoing, or that of one's servant, clear words are necessary. I think that these words are clear. The respondents in facts [*sic*] relied upon them for an argument that since they exempted from negligence they must be taken as not exempting from the consequence of deliberate acts. But this is a perversion of the rule that if a clause can cover something other than negligence, it will not be applied to negligence. Whether, in addition to negligence, it covers other, e.g., deliberate, acts, remains a matter of construction requiring, of course, clear words. I am of the opinion that it does, and being free to construe and apply the clause, I must hold that liability is excluded. [Emphasis added.]

Lord Diplock alluded to the importance of negotiated risk allocation at p. 851:

My Lords, the reports are full of cases in which what would appear to be very strained constructions have been placed on exclusion clauses, mainly in what to-day would be called consumer contracts and contracts of adhesion .... In commercial contracts negotiated between business-men capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only even after due allowance has been made for the presumption in favour of the implied primary and secondary obligations.

In *Beaufort Realties*, *supra*, Ritchie J., delivering the judgment of this Court, stated, at p. 723:

Stated bluntly, the difference of opinion as to the true intent and meaning of their Lordships' judgment in the *Suisse Atlantique* case centered around the question of whether a rule of law exists to the effect that a fundad'exécuter le service en tenant dûment compte de la sécurité des lieux. La faute de Securicor consiste dans l'omission de remplir cette dernière obligation. Subsidiairement, elle pourrait être tenue responsable de l'acte préjudiciable de son préposé [...] Puisque c'était là la nature de l'inexécution, la première condition s'applique-t-elle? Elle est rédigée en termes non équivoques: «En aucun cas» [...] «d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés». On doit lire ces mots en fonction des règles cardinales d'interprétation qui veulent que des mots doivent s'interpréter contra proferentem et que pour échapper aux conséquences de son propre méfait ou de celui de son préposé, il faut des mots clairs. Je crois que ces mots sont clairs. L'intimée a en réalité invoqué ces mots pour soutenir que, puisqu'ils soustraient à la responsabilité pour les actes de négligence, ils ne doivent pas s'interpréter comme soustrayant à la responsabilité pour des actes délibérés. Cependant, c'est déformer la règle que de soutenir que si la clause peut viser autre chose que la négligence, elle ne s'appliquera pas à la négligence. La question de savoir si, outre les actes de négligence, elle vise d'autres actes, notamment les actes délibérés, est une question d'interprétation qui requiert, cela va sans dire, des termes clairs. J'estime qu'elle le fait et, étant libre d'interpréter et d'appliquer la clause, je dois conclure que la responsabilité est écartée. [Je souligne.]

Lord Diplock fait allusion à l'importance du partage des risques négocié par les parties, à la p. 851:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, les recueils d'arrêts fourmillent de cas où on a donné ce qui semblerait être des interprétations très forcées à des clauses d'exclusion, surtout dans ce qu'on appellerait aujourd'hui des contrats destinés aux consommateurs et des contrats d'adhésion [...] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguïté, même après avoir tenu compte dûment des présomptions d'existence d'obligations implicites premières et secondaires.

Dans l'arrêt *Beaufort Realties*, précité, le juge Ritchie affirme, dans les motifs qu'il a rédigés pour la Cour, à la p. 723:

En termes clairs, la divergence d'opinions quant à l'intention et au sens véritables de l'arrêt de leurs Seigneuries dans l'arrêt *Suisse Atlantique* tourne autour de la question de savoir s'il existe une règle de droit selon

mental breach going to the root of a contract eliminates once and for all the effect of all clauses exempting or excluding the party in breach from rights which it would otherwise have been entitled to exercise, or whether the true construction of the contract is the governing consideration in determining whether or not an exclusionary clause remains unaffected and enforceable notwithstanding the fundamental breach. The former view was espoused by Lord Denning and is illustrated by his judgment which he delivered on behalf of the Court of Appeal in the *Photo Production* case (*supra*) . . . .

and at p. 725:

It has been concurrently found by the learned trial judge and the Court of Appeal that article 6 of this contract constituted an exclusionary or exception clause and Madame Justice Wilson adopted the same considerations as those which governed the House of Lords in the *Photo* case in holding that the question of whether such a clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract. I concur in this approach to the case.

As Wilson J. notes in her reasons, Canadian courts have tended to pay lip service to contract construction but to apply the doctrine of fundamental breach as if it were a rule of law. While the motivation underlying the continuing use of fundamental breach as a rule of law may be laudatory, as a tool for relieving parties from the effects of unfair bargains, the doctrine of fundamental breach has spawned a host of difficulties; the most obvious is how to determine whether a particular breach is fundamental. From this very first step the doctrine of fundamental breach invites the parties to engage in games of characterization, each party emphasizing different aspects of the contract to show either that the breach that occurred went to the very root of the contract or that it did not. The difficulty of characterizing a breach as fundamental for the purposes of exclusion clauses is vividly illustrated by the differing views of the trial judge and the Court of Appeal in the present case.

The many shortcomings of the doctrine as a means of circumventing the effects of unfair con-

laquelle une violation fondamentale qui touche à la base d'un contrat annule une fois pour toute la portée de toutes les clauses qui retirent à la partie qui y contrevient des droits qu'elle aurait par ailleurs été autorisée à exercer, ou s'il faut s'en remettre à l'interprétation véritable du contrat afin de déterminer si une clause d'exclusion demeure valide et en vigueur malgré la violation fondamentale. Lord Denning a adopté la première façon de voir, expliquée d'ailleurs dans l'arrêt qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel dans *Photo Production* (précité) . . .

et à la p. 725:

Le savant juge de première instance et la Cour d'appel ont rendu des motifs concordants selon lesquels la clause 6 du contrat est une clause d'exception ou d'exclusion. Madame le juge Wilson a retenu les mêmes considérations que celles suivies par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo* en concluant que la question de savoir si une telle clause est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat. Je souscris à cette manière d'aborder le problème.

Comme le juge Wilson le souligne dans ses motifs de jugement, les tribunaux canadiens ont eu tendance à rendre hommage pour la forme à l'interprétation des contrats, mais à appliquer le principe de l'inexécution fondamentale comme s'il s'agissait d'une règle de droit. Quoique les motifs qui sous-tendent la perpétuation du recours à l'inexécution fondamentale comme règle de droit puissent être louables, comme moyen de soustraire les parties contractantes aux effets d'un marché inéquitable, le principe de l'inexécution fondamentale a engendré un grand nombre de difficultés, dont la plus évidente porte sur la manière de déterminer si une inexécution précise est fondamentale. Dès cette première étape, le principe de l'inexécution fondamentale incite les parties à s'adonner à des jeux de caractérisation, chaque partie soulignant divers aspects du contrat pour démontrer que l'inexécution touche à la base même du contrat ou qu'elle n'y touche pas. La difficulté de qualifier l'inexécution de fondamentale aux fins des clauses d'exclusion ressort clairement de la divergence d'opinions entre le juge de première instance et la Cour d'appel en l'espèce.

Le professeur Waddams explique brièvement (dans *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), aux

tracts are succinctly explained by Professor Waddams (*The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at pp. 352-53):

The doctrine of fundamental breach has, however, many serious deficiencies as a technique of controlling unfair agreements. The doctrine requires the court to identify the offending provision as an "exemption clause", then to consider the agreement apart from the exemption clause, to ask itself whether there would have been a breach of that part of the agreement and then to consider whether that breach was "fundamental". These inquiries are artificial and irrelevant to the real questions at issue. An exemption clause is not always unfair and there are many unfair provisions that are not exemption clauses. It is quite unsatisfactory to look at the agreement apart from the exemption clause, because the exemption clause is itself part of the agreement, and if fair and reasonable a perfectly legitimate part. Nor is there any reason to associate unfairness with breach or with fundamental breach . . . .

. . .

More serious is the danger that suppression of the true criterion leads, as elsewhere, to the striking down of agreements that are perfectly fair and reasonable.

Professor Waddams makes two crucially important points. One is that not all exclusion clauses are unreasonable. This fact is ignored by the rule of law approach to fundamental breach. In the commercial context, clauses limiting or excluding liability are negotiated as part of the general contract. As they do with all other contractual terms, the parties bargain for the consequences of deficient performance. In the usual situation, exclusion clauses will be reflected in the contract price. Professor Waddams' second point is that exclusion clauses are not the only contractual provisions which may lead to unfairness. There appears to be no sound reason for applying special rules in the case of clauses excluding liability than for other clauses producing harsh results.

pp. 352 et 353) les nombreux défauts de ce principe comme moyen d'écarter les effets de contrats inéquitables:

[TRADUCTION] Le principe de l'inexécution fondamentale a cependant de nombreux défauts graves comme technique de contrôle des conventions inéquitables. Il exige que le tribunal qualifie la disposition fautive de «clause d'exemption», qu'il analyse ensuite la convention indépendamment de la clause d'exemption, qu'il se demande s'il y aurait eu inexécution de cette partie de la convention et finalement qu'il détermine si l'inexécution est «fondamentale». Ces questions sont artificielles et sans rapport avec les véritables questions à trancher. Une clause d'exemption n'est pas toujours inéquitable et il y a de nombreuses dispositions inéquitables qui ne sont pas des clauses d'exemption. Il est très peu satisfaisant de considérer une convention indépendamment de la clause d'exemption parce que cette dernière fait elle-même partie intégrante de la convention et, si elle est juste et raisonnable, elle en constitue une partie parfaitement légitime. Il n'y a pas non plus de motif de lier l'inéquité à l'inexécution ou à l'inexécution fondamentale . . .

. . .

Il existe aussi le danger plus grave que la suppression du véritable critère conduise, comme dans d'autres domaines, à l'annulation de conventions parfaitement justes et raisonnables.

Le professeur Waddams fait observer deux choses extrêmement importantes. Il souligne d'abord que ce ne sont pas toutes les clauses d'exclusion de responsabilité qui sont déraisonnables. La façon d'aborder le principe de l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit ne tient pas compte de cette réalité. En matière commerciale, les clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité sont négociées dans le cadre de l'ensemble du contrat. Comme elles le font pour les autres conditions du contrat, les parties négocient les conséquences de l'inexécution insuffisante. Dans une situation normale, les clauses d'exclusion ont des répercussions sur le prix du contrat. Le professeur Waddams souligne ensuite que les clauses d'exclusion ne sont pas les seules stipulations contractuelles qui peuvent être sources d'inéquité. Il ne paraît pas y avoir de raison valable d'appliquer aux clauses d'exclusion de responsabilité des règles différentes de celles applicables aux autres clauses génératrices de résultats accablants.

In light of the unnecessary complexities the doctrine of fundamental breach has created, the resulting uncertainty in the law, and the unrefined nature of the doctrine as a tool for averting unfairness, I am much inclined to lay the doctrine of fundamental breach to rest, and where necessary and appropriate, to deal explicitly with unconscionability. In my view, there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from over-reaching by the strong, rather than relying on the artificial legal doctrine of "fundamental breach". There is little value in cloaking the inquiry behind a construct that takes on its own idiosyncratic traits, sometimes at odds with concerns of fairness. This is precisely what has happened with the doctrine of fundamental breach. It is preferable to interpret the terms of the contract, in an attempt to determine exactly what the parties agreed. If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains and, as Professor Waddams has argued, the doctrine of "fundamental breach" may best be understood as but one manifestation of a general underlying principle which explains judicial intervention in a variety of contractual settings. Explicitly addressing concerns of unconscionability and inequality of bargaining power allows the courts to focus expressly on the real grounds for refusing to give force to a contractual term said to have been agreed to by the parties.

I wish to add that, in my view, directly considering the issues of contract construction and unconscionability will often lead to the same result as would have been reached using the doctrine of fundamental breach, but with the advantage of clearly addressing the real issues at stake.

À cause de la complexité inutile engendrée par le principe de l'inexécution fondamentale, de l'incertitude en droit qu'elle produit et de la nature rudimentaire de ce principe comme moyen de prévenir l'inéquité, je suis fortement enclin à lui donner le coup de grâce et, au besoin, à recourir explicitement à la théorie de l'iniquité. À mon avis, il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l'exploitation des plus forts, plutôt que de s'en remettre au principe juridique artificiel de l'«inexécution fondamentale». Il est peu utile de masquer la question derrière une construction de l'esprit dotée de caractères propres qui parfois ne cadrent pas avec le souci d'équité. C'est précisément ce qui s'est produit avec le principe de l'inexécution fondamentale. Il est préférable d'interpréter les conditions du contrat dans le but de déterminer exactement ce que les parties ont convenu. Si d'après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d'inexécution qui s'est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques et, comme l'a fait valoir le professeur Waddams, la meilleure façon de saisir le principe de l'«inexécution fondamentale» consiste à le comparer à une manifestation d'un principe général sous-jacent qui justifie l'intervention des tribunaux dans divers contextes contractuels. Aborder explicitement la question de l'iniquité et de l'inégalité du pouvoir de négociation des parties permet aux tribunaux de se demander expressément pourquoi ils devraient refuser d'appliquer une condition contractuelle qui aurait reçu le consentement des parties.

J'ajouterais que je crois qu'en examinant directement les questions d'interprétation des contrats et d'iniquité, on arrivera souvent au même résultat que si on avait invoqué le principe de l'inexécution fondamentale, mais avec l'avantage d'aborder clairement les véritables questions en cause.

In rejecting the doctrine of fundamental breach and adopting an approach that binds the parties to the bargains they make, subject to unconscionability, I do not wish to be taken as expressing an opinion on the substantial failure of contract performance, sometimes described as fundamental breach, that will relieve a party from future obligations under the contract. The concept of fundamental breach in the context of refusal to enforce exclusion clauses and of substantial failure of performance have often been confused, even though the two are quite distinct. In *Suisse Atlantique*, Lord Wilberforce noted the importance of distinguishing the two uses of the term fundamental breach, at p. 431:

Même si je rejette le principe de l'inexécution fondamentale et j'adopte la position que les parties sont tenues de respecter les conventions qu'elles ont conclues, sauf s'il y a iniquité, je ne veux pas qu'on en conclue que je me prononce sur le défaut grave d'exécution d'un contrat, qu'on qualifie parfois d'inexécution fondamentale, qui a pour effet de soustraire une partie à toute obligation ultérieure découlant du contrat. On a souvent confondu les notions d'inexécution fondamentale dans le contexte du refus d'appliquer des clauses d'exclusion et d'inexécution fondamentale dans le contexte du défaut grave d'exécution, même si les deux notions sont complètement distinctes. Dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, lord Wilberforce souligne l'importance de distinguer ces deux utilisations de l'expression «inexécution fondamentale», à la p. 431:

Next for consideration is the argument based on "fundamental breach" or, which is presumably the same thing, a breach going "to the root of the contract." These expressions are used in the cases to denote two quite different things, namely, (i) a performance totally different from that which the contract contemplates, (ii) a breach of contract more serious than one which would entitle the other party merely to damages and which (at least) would entitle him to refuse performance or further performance under the contract

[TRADUCTION] Nous examinerons ensuite l'argument fondé sur l'«inexécution fondamentale» ou, ce qui est probablement la même chose, une inexécution qui touche à «la base du contrat». Ces expressions sont utilisées dans la jurisprudence pour désigner deux choses très différentes, soit (i) une exécution complètement différente de ce qui était envisagé au contrat, et (ii) une inexécution de contrat plus grave que celle qui ne permet à l'autre partie que de réclamer des dommages-intérêts et qui l'autorise (à tout le moins) à refuser cette exécution ou toute autre exécution du contrat.

Both of these situations have long been familiar in the English law of contract.... What is certain is that to use the expression without distinguishing to which of these, or to what other, situations it refers is to invite confusion.

Les deux cas sont connus depuis longtemps dans le droit anglais des contrats [...] Il est certain que se servir de l'expression sans préciser duquel de ces deux cas ou de quel autre cas on parle, peut porter à confusion.

The importance of the difference between these meanings lies in this, that they relate to two separate questions which may arise in relation to any contract.

L'importance de la distinction entre ces deux sens réside dans le fait qu'ils ont trait à deux questions différentes qui peuvent se poser au sujet de tout contrat.

I wish to be clear that my comments are restricted to the use of fundamental breach in the context of enforcing contractual exclusion clauses.

Je tiens à indiquer clairement que mes remarques visent uniquement le recours à l'inexécution fondamentale dans le contexte de l'application de clauses d'exclusion contractuelles.

Turning to the case at bar, I am of the view that Allis-Chalmers is not liable for the defective gearboxes. The warranty provision of the contract between Allis-Chalmers and Syncrude clearly limited the liability of Allis-Chalmers' to defects appearing within one year from the date of placing the equipment into service. The trial judge found

Pour revenir à la présente affaire, j'estime qu'Allis-Chalmers n'est pas responsable des boîtes d'engrenage défectueuses. La disposition portant garantie, contenue dans le contrat intervenu entre Allis-Chalmers et Syncrude limitait clairement la responsabilité d'Allis-Chalmers aux vices qui apparaîtraient au cours de l'année suivant la mise

that the defects in the gearboxes did not become apparent until after the warranty of Allis-Chalmers had expired. It is clear, therefore, that the warranty clause excluded liability for the defects that materialized, and subject to the existence of any unconscionability between the two parties there can be no liability on the part of Allis-Chalmers. I have no doubt that unconscionability is not an issue in this case. Both Allis-Chalmers and Syncrude are large and commercially sophisticated companies. Both parties knew or should have known what they were doing and what they had bargained for when they entered into the contract. There is no suggestion that Syncrude was pressured in any way to agree to terms to which it did not wish to assent. I am therefore of the view that the parties should be held to the terms of their bargain and that the warranty clause freed Allis-Chalmers from any liability for the defective gearboxes.

V

The Trust Agreement

In 1977, almost three years after it originally contracted with Hunter U.S. for gearboxes, Syncrude determined it required an additional 11 gearboxes. It was approached by individuals with whom it had previously dealt at Hunter U.S. who said they now represented the Canadian subsidiary of Hunter U.S., Hunter Machinery (Canada) Limited ("Hunter Canada"). In fact, Hunter Canada was incorporated independently by employees of Hunter U.S. and the President of Aco Sales and Engineering ("Aco"), a subcontractor used by Hunter U.S. It had no connection with Hunter U.S. All representations that Hunter Canada was in any way affiliated with Hunter U.S. amounted to fraudulent misrepresentations.

Unaware of the fraud being perpetrated by Hunter Canada, Syncrude contracted with Hunter Canada for the purchase of the 11 gearboxes in the fall of 1977. The gearboxes were to be of the same

en service du matériel. Le juge de première instance a conclu que le vice des boîtes d'engrenage n'est apparu qu'après l'expiration de la période de validité de la garantie d'Allis-Chalmers. Il est donc évident que la clause de garantie écartait la responsabilité pour les vices qui sont apparus et, à moins que l'entente des parties ne soit inique, il ne peut y avoir de responsabilité de la part d'Allis-Chalmers. Je n'ai aucun doute que l'iniquité n'est pas en cause en l'espèce. Allis-Chalmers et Syncrude sont d'importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Les deux parties savaient ou auraient dû savoir ce qu'elles faisaient et ce qu'elles avaient négocié au moment de conclure le contrat. On ne laisse pas entendre que Syncrude a été contrainte de quelque façon à consentir à des conditions qu'elle ne voulait pas accepter. J'estime donc que les parties devraient être tenues de respecter les conditions de l'entente qu'elles ont conclue et que la clause de garantie soustrait Allis-Chalmers à toute responsabilité pour les boîtes d'engrenage défectueuses.

V

Le contrat de fiducie

En 1977, près de trois ans après avoir conclu le premier contrat avec Hunter U.S. pour la fourniture de boîtes d'engrenage, Syncrude a décidé qu'elle aurait besoin de onze autres boîtes d'engrenage. Elle a été approchée par des personnes avec qui elle avait déjà fait des affaires chez Hunter U.S. et celles-ci ont affirmé qu'elles représentaient maintenant la filiale canadienne de Hunter U.S., savoir Hunter Machinery (Canada) Limited («Hunter Canada»). En réalité, Hunter Canada avait été constituée de façon indépendante par des employés de Hunter U.S. et par le président de Aco Sales and Engineering («Aco»), un sous-traitant de Hunter U.S. Cette société n'avait aucun lien avec Hunter U.S. Toutes les déclarations de Hunter Canada dans lesquelles elle se disait affiliée de quelque façon à Hunter U.S. étaient mensongères.

Ignorant la fraude commise par Hunter Canada, Syncrude lui a commandé par contrat onze boîtes d'engrenage à l'automne 1977. La conception de ces boîtes d'engrenage devait être la même que

design as the original 32 mining gearboxes. The only noteworthy feature of the contract was the warranty provision which was significantly broader than that normally negotiated by Hunter U.S. Unlike the Hunter U.S. warranty which was limited in time, the Hunter Canada warranty was unlimited in time.

Hunter Canada subcontracted with Aco for the manufacture of the gearboxes. After Aco had commenced work on the gearboxes but before Syncrude had made any payments to Hunter Canada under the contract, Hunter U.S. discovered Hunter Canada's deception. Hunter U.S. immediately alerted Syncrude and, on January 13, 1978, commenced a "passing-off" action against Hunter Canada and the individuals who owned Hunter Canada. Syncrude, in the meantime, had an urgent need for the additional gearboxes. The gearboxes were essential for its operation and Syncrude was very concerned that receipt of the gearboxes would be held up until judgment in the passing-off action. In January 1978, Syncrude secured a waiver from Hunter Canada of any right, title or interest arising from the contract, subject to the creation of a trust agreement acceptable to Hunter Canada.

On March 1, 1978, in an attempt to ensure prompt delivery of the gearboxes, Syncrude entered into two agreements. In the first agreement, Aco agreed to manufacture gearboxes for Syncrude at the price it would have received from Hunter Canada. Aco, it should be said, had already begun production of gearboxes under the Hunter Canada subcontract. The second agreement between Syncrude and one Donald E. Mann and Aco, appended as a schedule to the first, established a trust fund. All monies that would have been payable by Syncrude to Hunter Canada were to be paid into the trust fund and administered by Mann as trustee. Aco was to be paid the contract price out of the fund. The balance was to be dealt with as follows:

7. Following the payments made pursuant to clauses 5 and 9, the trustee shall hold the remainder of the trust

celle des trente-deux premières boîtes d'engrenage minières. La seule différence notable que comportait le contrat était la clause de garantie qui était beaucoup plus générale que celle normalement négociée par Hunter U.S. À la différence de la garantie de durée limitée promise par Hunter U.S., la garantie de Hunter Canada était de durée illimitée.

Hunter Canada a confié la fabrication des boîtes d'engrenage en sous-traitance à Aco. Après qu'Aco eut commencé à fabriquer les boîtes d'engrenage, mais avant que Syncrude n'ait versé à Hunter Canada quelque somme que ce soit en exécution du contrat, Hunter U.S. a découvert la supercherie de Hunter Canada. Hunter U.S. en a immédiatement avisé Syncrude et a intenté, le 13 janvier 1978, une action en «*passing-off*» contre Hunter Canada et ses propriétaires. Dans l'intervalle, Syncrude avait un besoin urgent de boîtes d'engrenage supplémentaires. Elles étaient absolument nécessaires à son exploitation et Syncrude craignait beaucoup que la livraison des boîtes d'engrenage soit retardée jusqu'au jugement sur l'action en *passing-off*. En janvier 1978, Syncrude a obtenu de Hunter Canada qu'elle renonce à tout droit, titre ou intérêt découlant du contrat, sous réserve de la conclusion d'un contrat de fiducie acceptable pour Hunter Canada.

Le 1er mars 1978, dans l'espoir d'obtenir une livraison rapide des boîtes d'engrenage, Syncrude a conclu deux contrats. Dans le premier contrat, Aco s'engageait à fabriquer les boîtes d'engrenage pour Syncrude au prix qu'elle aurait reçu de Hunter Canada. Il faut dire qu'Aco avait déjà commencé à fabriquer les boîtes d'engrenage conformément au contrat de sous-traitance intervenu avec Hunter Canada. Le second contrat conclu entre Syncrude, un dénommé Donald E. Mann et Aco, à titre d'annexe au premier contrat, établissait un fonds en fiducie. Toutes les sommes qui auraient été payables par Syncrude à Hunter Canada seraient versées dans un fonds en fiducie administré par Mann à titre de fiduciaire. Aco recevrait le paiement du prix fixé au contrat à même ce fonds. Le solde était soumis aux dispositions suivantes:

[TRADUCTION] 7. Une fois effectués les paiements prévus aux clauses 5 et 9, en attendant que soit déter-

funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada.

8. The trustee shall pay from the remainder of the trust fund at such time as the holder of a valid interest in the trust fund is determined pursuant to Clause 7, above, an amount or portion of the remainder of the trust fund which represents the value of such valid interest to the holder so identified, being an amount no more than the value of the interest Hunter Canada would have had under the purchase orders identified in Schedule "A" of the said Agreement less any payments made pursuant to Clauses 5 and 9 hereof; provided, however, the trustee shall refrain from making any such payment of the said remainder of the trust fund and trust income until the holder of the valid and lawful interest in the trust fund has undertaken, by agreement with Syncrude, to assume warranty and service obligations with respect to the Work under the said Agreement, as provided expressly or impliedly by the provisions of the purchase orders identified in Schedule "A" thereto, and until the trustee is notified by Syncrude of such agreement.

9. Reasonable legal expenses incurred by the trustee in the performance of his duties herein and remuneration to the trustee in accordance with the provisions of The Trustee Act shall be paid from the remainder of the trust funds following payments made pursuant to Clause 5.

10. In the event that Syncrude and the holder of the valid and lawful interest in the trust fund are unable to agree with respect to the warranty and service of Work in Schedule "A" of the said Agreement, the trustee shall pay the remainder of the trust fund, as determined by Clause 7 and Clause 8 of this Agreement, to Syncrude.

11. Upon satisfaction of the payments provided in Clauses 5, 7, 8 and 9 hereto, the trustee shall pay the balance of the remainder of the trust fund, if any, and trust income to Syncrude.

It will be noted that an amount representing the profit Hunter Canada would have made, less the administration costs of the trust fund, was to be

miné par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant.

8. Le fiduciaire paiera, à même le reliquat du fonds en fiducie, quand on aura déterminé qui possède un droit valide sur le fonds en fiducie conformément à la clause 7 ci-dessus, la partie du reliquat du fonds en fiducie correspondant à la valeur de ce droit valide au détenteur ainsi identifié, jusqu'à concurrence de la valeur du droit qu'aurait eu Hunter Canada en vertu des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, moins tous les paiements faits en application des clauses 5 et 9 des présentes; à la condition toutefois que le fiduciaire ne fasse pas de paiement à même ledit reliquat du fonds en fiducie et des revenus dudit fonds avant que le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie se soit engagé, d'un commun accord avec Syncrude, à assumer les obligations de garantie et d'entretien relatives aux travaux exécutés en vertu dudit contrat, tel que prévu expressément ou implicitement par les dispositions des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, et jusqu'à ce que le fiduciaire ait été informé par Syncrude de la conclusion de cette entente.

9. Les frais juridiques raisonnables engagés par le fiduciaire dans l'exercice des fonctions prévues aux présentes et sa rémunération touchée conformément à The Trustee Act seront payés à même le reliquat du fonds en fiducie suite aux paiements effectués conformément à la clause 5.

10. Si Syncrude et le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne peuvent s'entendre sur la garantie et l'entretien relatifs aux travaux mentionnés à l'annexe «A» des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reliquat du fonds en fiducie conformément aux clauses 7 et 8 des présentes.

11. Après avoir effectué les paiements prévus aux clauses 5, 7, 8 et 9 des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reste des fonds en fiducie, s'il en est, ainsi que le revenu en découlant.

Il y a lieu de souligner qu'un somme équivalente au bénéfice qu'aurait retiré Hunter Canada, moins les frais d'administration du fonds en fiducie, deve-

payable from the trust fund to the successful party in the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada, provided that party agreed to assume the Hunter Canada warranty and service obligations. By the express terms of the trust agreement, Syncrude was entitled to the interest (the trust income) on the principal of the trust. Both Hunter U.S. and Hunter Canada had knowledge of the two agreements mentioned. Neither was a party to the Aco agreement or to the trust agreement.

The full scope of the discussions between Hunter U.S. and Syncrude during this period is unclear. The trial judge found that Hunter U.S. was prepared to assume warranty and service obligations if Syncrude repudiated its obligations under the Hunter Canada contract and contracted directly with it. Syncrude disputes this finding and claims that the discussions were limited to the creation of the trust fund. In my view, whether or not Hunter U.S. offered to assume the Hunter Canada contract is immaterial to the outcome of this appeal because it is clear that by the time the two agreements were entered into, Hunter U.S. was no longer willing to assume the Hunter Canada warranty provisions. Hunter U.S. continued to maintain the position, in the present proceedings, that it was not bound by the terms of the trust agreement and not obliged to honour any warranty or service obligations as a condition of payment to it of the trust monies. Paragraph 25C(i) of the Further Amended Statement of Defence and Counterclaim of Hunter U.S. reads:

> Further and in any event this Defendant says the Plaintiff is a constructive trustee of the monies in the Trust Fund for this Defendant and this Defendant is not bound by the terms of the Trust Agreement and is not obliged to honour any warranty or service obligations as a condition of payment to it of the trust monies in view of all the circumstances of this case being those recited herein together with the fact the Plaintiff accepted certain warranty and service obligations from Aco and Hunter Canada in respect of the gearboxes and enforced or attempted to enforce the same against Aco and Hunter Canada.

nait payable à même le fonds en fiducie à la partie qui aurait gain de cause dans le litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada, pourvu que cette partie accepte d'assumer les obligations de Hunter Canada en matière de garantie et d'entretien. En vertu des conditions explicites du contrat de fiducie, Syncrude avait droit aux intérêts (le revenu découlant du fonds en fiducie) que le fonds produirait. Hunter U.S. et Hunter Canada connaissaient les deux ententes mentionnées. Ni l'une ni l'autre n'a pris part au contrat intervenu avec Aco ou au contrat de fiducie.

Toute l'étendue des pourparlers intervenus entre Hunter U.S. et Syncrude pendant cette période n'est pas claire. Le juge de première instance a conclu que Hunter U.S. était prête à assumer les obligations de garantie et d'entretien si Syncrude répudiait ses obligations aux termes du contrat signé avec Hunter Canada et contractait directement avec elle. Syncrude conteste cette conclusion et prétend que les pourparlers se sont limités à la création du fonds en fiducie. À mon avis, il est sans importance pour l'issue du présent pourvoi de déterminer si Hunter U.S. a offert d'endosser le contrat souscrit par Hunter Canada parce qu'il est manifeste qu'au moment où les deux accords ont été passés, Hunter U.S. n'était plus disposée à assumer les obligations de Hunter Canada en matière de garantie. Hunter U.S. a continué de soutenir, en l'espèce, qu'elle n'était pas liée par le contrat de fiducie et qu'elle n'était tenue d'honorer quelque obligation de garantie ou d'entretien que ce soit pour se faire payer les sommes détenues en fiducie. Le sous-alinéa 25C(i) de l'énoncé supplémentaire de nouvelle défense et demande reconventionnelle de Hunter U.S. se lit ainsi:

> [TRADUCTION] De plus et en tout état de cause, la défenderesse soutient que la demanderesse est fiduciaire par interprétation des sommes constituant le fonds en fiducie au profit de la défenderesse, que la défenderesse n'est pas liée par les conditions du contrat de fiducie et qu'elle n'est pas tenue d'honorer quelque obligation de garantie ou d'entretien que ce soit pour se faire payer les sommes détenues en fiducie, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire mentionnées ci-dessus et du fait que la demanderesse a accepté certaines obligations de garantie et d'entretien de la part d'Aco et de Hunter Canada au sujet des boîtes d'engrenage et a obtenu ou tenté d'obtenir l'exécution de ces obligations par Aco et Hunter Canada.

The trust fund now contains the profit Hunter Canada would have made, plus interest on the amount of this principal. Hunter U.S. claims it is entitled to all monies in the trust fund under the doctrine of constructive trust. This amount is significantly greater than the amount Hunter U.S. could have claimed under the express terms of the trust fund had Hunter U.S. complied with its terms.

Judgment was given in favour of Hunter U.S. in the passing-off action in December, 1978. Meredith J. held that as between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. was entitled to the trust fund. Syncrude was not, however, a party to that action. Also, it is important to note that the judgment provided that Hunter U.S.'s entitlement was conditional upon Hunter U.S. assuming warranty and service obligations, which it declined to assume.

The balance in the trust fund, when the trial began, was approximately $420,000. The gearboxes which were the subject of the Hunter Canada purchase orders underwent repair and rebuilding at a cost to Syncrude of $200,000, inclusive of prejudgment interest. That cost would have been covered by the warranty in the Hunter Canada purchase orders.

At trial, Gibbs J. rejected the claim of Hunter U.S. under the head of constructive trust. He said at pp. 81-82:

> In my opinion, the entitlement to the trust moneys is to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement. Hunter U.S. claimed entitlement under the doctrines of constructive trust and unjust enrichment, sometimes called restitutionary proprietory claims, but it cannot succeed on those grounds. The indicia are not present. Prior to the creation of the trust, there was not that nexus between the parties that is found in the reported cases on restitutionary proprietory claims. There was no fiduciary relationship between Syncrude and Hunter U.S.; there had not been a payment of money or delivery of property by Hunter U.S. to Syncrude under circumstances where it would be against conscience for Syncrude to retain it; Hunter U.S. was not a party with Syncrude to any agreement which gave Hunter U.S. a claim on Syncrude's funds. Hunter U.S.

Le fonds en fiducie comprend maintenant le bénéfice que Hunter Canada aurait réalisé, plus les intérêts produits par ce capital. Hunter U.S. soutient qu'elle a droit à la totalité de ce qui se trouve dans le fonds en fiducie en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Cette somme est beaucoup plus importante que celle que Hunter U.S. aurait pu exiger en vertu des conditions expresses du contrat de fiducie si elle en avait respecté les conditions.

L'action en *passing-off* a été tranchée en faveur de Hunter U.S. en décembre 1978. Le juge Meredith a statué que c'était Hunter U.S. et non pas Hunter Canada qui avait droit au fonds en fiducie. Toutefois, Syncrude n'était pas partie à cette action. Il est aussi important de souligner que le jugement prévoyait que le droit de Hunter U.S. était assujetti à la condition qu'elle assume les obligations de garantie et d'entretien, ce qu'elle a refusé de faire.

Au moment où le procès a commencé, le solde du fonds en fiducie était de 420 000 $ environ. Les boîtes d'engrenage visées par les bons de commande de Hunter Canada ont coûté 200 000 $ de réparation et de remise à neuf à Syncrude, ce qui inclut les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Ces frais auraient été couverts par la garantie stipulée dans les bons de commande de Hunter Canada.

Au procès, le juge Gibbs a rejeté la demande de Hunter U.S. fondée sur la fiducie par interprétation. Voici ce qu'il dit, aux pp. 81 et 82:

> [TRADUCTION] À mon avis, la question de savoir qui a droit aux sommes en fiducie doit être tranchée uniquement en fonction des stipulations du contrat de fiducie. Hunter U.S. prétend qu'elle a droit à ce fonds par application des principes de la fiducie par interprétation et de l'enrichissement sans cause, aussi parfois désignés sous le vocable de droits de restitution à titre de propriétaire, mais elle ne peut avoir gain de cause en vertu de ces moyens. Il n'y a aucun indice en ce sens. Avant la création de la fiducie, il n'existait pas de lien entre les parties comme celui qu'on trouve dans les décisions portant sur les droits de restitution à titre de propriétaire. Il n'y avait aucune relation fiduciaire entre Syncrude et Hunter U.S.; Hunter U.S. n'avait payé à Syncrude aucune somme d'argent ni ne lui avait livré aucun bien dans des circonstances où il serait injuste que

had, and established, a claim against Hunter Canada. If Syncrude had paid the purchase price to Hunter Canada, on the authorities, Hunter U.S. could have recovered the profit element from Hunter Canada because of the fiduciary duty owed to Hunter U.S. by those of its employees who were the owners of Hunter Canada. In my opinion however, in the absence of the trust agreement, Hunter U.S. would have no claim against Syncrude. It had not contracted with Syncrude, nor had it provided any of those things for which profit stands as compensation, such as risk capital, skilled and knowledgeable staff, supervision, overhead, and like matters. None of its plant or personnel had been used. I am satisfied that if Hunter U.S. has an entitlement, it must be found within the four corners of the trust agreement.

Syncrude les garde; il n'existait entre Syncrude et Hunter U.S. aucun contrat en vertu duquel cette dernière pourrait faire valoir un droit sur les fonds de Syncrude. Hunter U.S. avait établi qu'elle avait un recours contre Hunter Canada. D'après la jurisprudence, si Syncrude avait payé le prix d'achat à Hunter Canada, Hunter U.S. aurait pu recouvrer auprès de Hunter Canada l'élément des profits, et ce, en raison de l'obligation de fiduciaire qu'avaient envers Hunter U.S. ceux de ses employés qui étaient les propriétaires de Hunter Canada. À mon avis, cependant, en l'absence du contrat de fiducie, Hunter U.S. ne pourrait faire valoir aucune réclamation contre Syncrude. Elle n'avait pas passé de contrat avec celle-ci ni n'avait fourni aucune des choses, telles que le capital de risque, un personnel compétent et bien renseigné, la supervision, les frais généraux, et ainsi de suite, pour lesquelles le profit constitue la rétribution. On ne s'était servi ni de ses installations ni de son personnel. Je suis convaincu que si Hunter U.S. a un droit quelconque, il faut le trouver dans le texte même du contrat de fiducie.

It will be observed from the foregoing passage that the trial judge was of the opinion that entitlement to the trust monies had to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement. In his view, none of the indicia of restitutionary proprietary claims was present. He awarded Syncrude the trust income and awarded the principal of the trust to Hunter U.S. on the condition that it assume the warranty obligations of Hunter Canada before October 1, 1984. That date, by order of Gibbs J., dated September 17, 1984, was later extended to the date which is two months after final judgment in appeal has been handed down.

Le passage qui précède nous permet de constater que le juge de première instance estimait que tout droit au fonds en fiducie devait être déterminé uniquement en fonction des termes du contrat de fiducie. À son avis, rien ne laissait croire à l'existence d'un droit de restitution à titre de propriétaire. Il a accordé les revenus du fonds en fiducie à Syncrude et le capital à Hunter U.S. à la condition qu'elle assume, avant le 1er octobre 1984, les obligations de garantie de Hunter Canada. Par une ordonnance en date du 17 septembre 1984, le juge Gibbs a reporté cette date à deux mois après le prononcé du jugement final en appel.

The Court of Appeal reversed the decision of the trial judge. The court held that the issue fell to be determined by reference to the judgment of this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. Anderson J.A. was of the opinion that the criteria necessary to establish a successful claim for unjust enrichment, namely, (1) an enrichment of the defendant, (2) a corresponding deprivation of the plaintiff, and (3) the absence of a juristic reason for the enrichment, were satisfied.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance. La cour a statué que l'affaire devait être jugée conformément à l'arrêt de cette Cour *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834. Le juge Anderson de la Cour d'appel s'est dit d'avis que les conditions nécessaires pour pouvoir établir l'enrichissement sans cause étaient remplies, savoir (1) un enrichissement du défendeur, (2) un appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement.

The Court of Appeal held that if Syncrude were to keep the trust income, Syncrude would be enriched. This enrichment would come at the

La Cour d'appel a statué que, si Syncrude devait garder les revenus découlant du fonds en fiducie, elle s'enrichirait. Cet enrichissement se ferait au

expense of Hunter U.S., which would have earned the profit on the construction of the 11 gearboxes but for the fraud of Hunter Canada. Syncrude's actions in establishing the trust fund were interpreted by the appeal court as evidence of an acknowledgement by Syncrude that Hunter U.S. was entitled to the fund. The court was of the view that there was a sufficient causal nexus between the enrichment and the deprivation in the fact that Hunter Canada had performed all its contractual obligations with the exception of its service and warranty obligations. By offering to assume the warranty obligations of the Hunter Canada contract, Hunter U.S. satisfied the necessary causal connection. Finally, the Court of Appeal could find no juristic reason to justify Syncrude's enrichment. In the result, the court allowed the appeal of Hunter U.S. and held that Hunter U.S. was entitled to the whole of the trust fund and the income therefrom, except that Syncrude was entitled to deduct the sum of $200,000, being the agreed repair costs for which Hunter U.S. was responsible. It was held also that Syncrude be entitled to the income on the sum of $200,000 from the date of trial.

détriment de Hunter U.S. qui aurait touché le bénéfice lié à la fabrication des onze boîtes d'engrenage, n'eût été la fraude de Hunter Canada. Les gestes posés par Syncrude en établissant le fonds en fiducie ont été perçus par la Cour d'appel comme la preuve que Syncrude reconnaissait que Hunter U.S. avait droit à l'argent. La cour a jugé qu'il existait un lien de causalité suffisant entre l'enrichissement et l'appauvrissement du fait que Hunter Canada avait exécuté toutes ses obligations contractuelles, sauf celles qui avaient trait à la garantie et à l'entretien. En offrant d'assumer les obligations de garantie contenues dans le contrat de Hunter Canada, Hunter U.S. a satisfait à l'exigence d'un lien de causalité. Enfin, la Cour d'appel n'a pu trouver aucun motif juridique justifiant l'enrichissement de Syncrude. En définitive, la cour a accueilli l'appel interjeté par Hunter U.S. et elle a statué que cette dernière avait droit à la totalité du fonds en fiducie et des revenus en découlant, sauf la somme de 200 000 $ que Syncrude pouvait déduire et qui représentait le coût convenu des réparations dont Hunter U.S. était responsable. Elle a aussi conclu que Syncrude avait droit aux revenus de la somme de 200 000 $ depuis la date du procès.

With respect, I am unable to agree with the view of the Court of Appeal and the view of my colleague, Wilson J., that the monies in the trust fund established by Syncrude should be awarded to Hunter U.S. I can conceive of no basis in law or in equity for awarding the trust fund to Hunter U.S. Hunter U.S. is not entitled to those monies under the terms of the trust agreement. Hunter U.S. has not satisfied any of the three criteria mentioned in *Pettkus v. Becker*, *supra*. In my view, there was no unjust enrichment and therefore no possibility of a constructive trust arising in this case. I would therefore allow the cross-appeal and declare that Syncrude is entitled to the principal of the trust fund and the interest accrued thereon.

En toute déférence, je ne puis être d'accord avec la Cour d'appel et ma collègue le juge Wilson pour dire que les sommes détenues dans le fonds en fiducie créé par Syncrude doivent être accordées à Hunter U.S. Je ne puis voir aucun motif de droit ou d'*equity* qui justifie l'attribution des fonds en fiducie à Hunter U.S. Cette dernière n'a pas droit à ces sommes en vertu du contrat de fiducie. Hunter U.S. n'a rempli aucune des trois conditions établies dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité. À mon avis, il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause et il n'y a donc aucune possibilité de fiducie par interprétation en l'espèce. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de statuer que Syncrude a droit au capital du fonds en fiducie et aux intérêts qu'il a produits.

If a restitutionary remedy is not available, Hunter U.S. is left trying to make a claim under a document the express terms of which deny recovery by Hunter U.S. Hunter U.S. provided nothing whatsoever to Syncrude in connection with the 11

S'il n'y a pas lieu à un redressement fondé sur la restitution, Hunter U.S. en est réduite à tenter d'adresser une demande en vertu d'un document dont les termes explicites la privent de tout recouvrement. Hunter U.S. n'a rien fourni à Syncrude

gearboxes. Nor did Hunter Canada. All the work was done by Aco. The drawings were supplied by Syncrude. Counsel for Hunter U.S. lays emphasis on the fact that Hunter U.S. provided the design drawings to Aco under a pledge of confidentiality. That may be true but it overlooks the provision in the original contract between Syncrude and Hunter U.S. which required Hunter U.S. to provide Syncrude with such drawings, free of any such pledge. No restriction was placed on the use of these drawings by Syncrude. The design drawings were already in Syncrude's possession in 1977 and were provided to Aco by Syncrude. Hunter U.S. does not allege any breach of copyright on the part of anyone. Anderson J.A. refers to drawings "stolen from Hunter". No drawings were stolen by Syncrude.

The constructive trust has existed for over two hundred years as an equitable remedy for certain forms of unjust enrichment. In its earliest form, the constructive trust was used to provide a remedy to claimants alleging that others had made profits at their expense. Where the claimant could show the existence of a fiduciary relationship between the claimant and the person taking advantage of the claimant, the courts were receptive (see Waters, *The Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 378-82). Equity would not countenance the abuse of the trust and confidence inherent in a fiduciary relationship and imposed trust obligations on those who profited from abusing their position of loyalty. The doctrine was gradually extended to apply to situations where other persons who were not in a fiduciary relationship with the claimant acted in concert with the fiduciary or knew of the fiduciary obligations. Until the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, the constructive trust was viewed largely in terms of the law of trusts, hence the need for the existence of a fiduciary relationship. In *Pettkus v. Becker*, the Court moved to an approach more in line with restitutionary principles by explicitly recognizing constructive trust as one of the remedies for unjust enrichment. In finding unjust enrichment the Court, as I have said, invoked three criteria: namely (1) an enrichment, (2) a corresponding

relativement aux onze boîtes d'engrenage, non plus que Hunter Canada. Tout le travail a été fait par Aco. Syncrude a fourni les dessins. L'avocat de Hunter U.S. insiste sur le fait que Hunter U.S. a fourni les dessins de conception à Aco sous promesse de les garder secrets. Cette affirmation est peut-être vraie, mais elle fait abstraction de la disposition du contrat initial intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. qui exigeait que cette dernière fournisse ces dessins à Syncrude, sans aucune promesse de cette nature. Aucune restriction n'a été imposée à l'usage que Syncrude pourrait faire de ces dessins. Syncrude avait déjà les dessins de conception en sa possession en 1977 et c'est elle qui les a fournis à Aco. Hunter U.S. n'a allégué aucune violation de droit d'auteur par qui que ce soit. Le juge Anderson a parlé des dessins [TRADUCTION] «subtilisés à Hunter». Syncrude n'a subtilisé aucun dessin.

La fiducie par interprétation existe depuis plus de deux cents ans à titre de redressement en *equity* contre certaines formes d'enrichissement sans cause. À l'origine, la fiducie par interprétation servait de redressement à quiconque soutenait que quelqu'un d'autre s'était enrichi à ses dépens. Quand le requérant pouvait prouver l'existence d'une relation fiduciaire entre lui et la personne qui avait profité de lui, les tribunaux se montraient réceptifs (voir Waters, *The Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), aux pp. 378 à 382). L'*equity* n'admettait pas que l'on abuse de la confiance inhérente à une relation fiduciaire et imposait la création d'une fiducie à ceux qui profitaient du fait d'avoir abusé de leurs devoirs de loyauté. Ce principe a été progressivement élargi de manière à s'appliquer au cas de personnes qui, n'étant pas parties à une relation fiduciaire avec le requérant, avaient agi conjointement avec le fiduciaire ou connaissaient l'existence des obligations de fiduciaire. Jusqu'à l'arrêt de cette Cour *Pettkus c. Becker*, la fiducie par interprétation était perçue surtout sous l'angle du droit des fiducies, d'où la nécessité d'une relation fiduciaire. Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, cette Cour a choisi d'adopter un point de vue plus conforme aux principes de restitution en reconnaissant explicitement que la fiducie par interprétation constitue l'un des redressements contre l'enrichissement sans cause. En

deprivation, and (3) absence of any juristic reason for the enrichment. The Court then found that in the circumstances of the case a constructive trust was the appropriate remedy to redress the unjust enrichment.

In determining whether a restitutionary remedy may be available in this case, an understanding of the legal positions of the three parties, Hunter U.S., Hunter Canada and Syncrude is of paramount importance. In my view, an analysis of the facts and of legal positions of all three parties reveals why a restitutionary remedy is not available to Hunter U.S.

I note that this appeal presents a unusually complex fact situation. Three parties are involved, rather than the two one usually finds when a constructive trust is advanced. Of the three parties, there is only one wrongdoer. Two of the parties, Syncrude and Hunter U.S., are completely innocent actors. As between the two innocent parties, only one will be entitled to the money in dispute. In my view, the complexities can best be minimized by examining separately the legal relationship between the wrongdoer and each of the innocent parties. Once the legal positions of Hunter U.S. and Syncrude are determined *vis-à-vis* Hunter Canada, the relationship between Hunter U.S. and Syncrude can be meaningfully examined.

There is no doubt that as between Hunter U.S., a company defrauded by disloyal employees, and Hunter Canada, Hunter U.S. would have been able to claim any profits made by Hunter Canada under the traditional doctrine of constructive trust. Hunter Canada was founded by trusted employees of Hunter U.S., persons who clearly stood in a fiduciary relationship to Hunter U.S. Equity will not permit a fiduciary to profit at the expense of its principal. The *Pettkus v. Becker* test for unjust enrichment would also be satisfied. Hunter Canada would be enriched to the amount of the profit it would have received under its contract with Syncrude. The enrichment would be at the

concluant qu'il y avait enrichissement sans cause, la Cour a, comme je l'ai dit, invoqué trois critères, savoir (1) un enrichissement, (2) un appauvrissement correspondant et (3) l'absence de tout motif juridique justifiant cet enrichissement. La Cour a ensuite conclu que, dans les circonstances, la fiducie par interprétation était le redressement approprié pour remédier à l'enrichissement sans cause.

Pour déterminer s'il y a lieu à redressement fondé sur la restitution en l'espèce, il est très important de saisir la position en droit des trois parties que sont Hunter U.S., Hunter Canada et Syncrude. À mon avis, l'analyse des faits et de la position en droit des trois parties révèle pourquoi Hunter U.S. n'a pas droit à un redressement fondé sur la restitution.

Je souligne que le présent pourvoi présente une situation de fait exceptionnellement complexe. Trois parties sont en cause au lieu des deux qu'on trouve ordinairement lorsqu'une fiducie par interprétation est invoquée. Des trois parties, il n'y en a qu'une qui soit fautive. Les deux autres parties, Hunter U.S. et Syncrude sont tout à fait innocentes. Des deux parties innocentes, une seule aura droit aux sommes en litige. À mon avis, la complexité de la situation peut mieux être réduite si l'on examine séparément les liens juridiques existant entre chacune des parties innocentes et la partie fautive. Une fois qu'on aura déterminé la position en droit de Hunter U.S. et de Syncrude vis-à-vis de Hunter Canada, il sera possible d'examiner utilement les rapports entre Hunter U.S. et Syncrude.

Il n'y a pas de doute qu'entre Hunter U.S., qui a été fraudée par des employés déloyaux, et Hunter Canada, la première aurait pu revendiquer tous les profits réalisés par Hunter Canada en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Hunter Canada a été constituée par des employés auxquels Hunter U.S. avait fait confiance et qui avaient manifestement des obligations de fiduciaire envers Hunter U.S. L'*equity* ne permet pas à un fiduciaire de s'enrichir aux dépens de son mandant. La triple condition énoncée dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* pour qu'il y ait enrichissement sans cause serait également remplie. Hunter Canada serait enrichie du montant des bénéfices qu'elle aurait

expense of Hunter U.S. There would be no juristic reason to justify the enrichment. As between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. clearly has the better claim to money accruing to Hunter Canada.

An entirely different situation exists between Hunter Canada and Syncrude. The relations between Hunter Canada and Syncrude are regulated by contract. Syncrude can only be said to owe money to Hunter Canada on the basis of the agreement for gearboxes negotiated in 1977. Syncrude was induced to enter into that contract on the strength of Hunter Canada's fraudulent misrepresentations. It is a basic principle of contract law that where a party had entered into a contract, having been misled by a fraudulent misrepresentation, the contract is voidable at the instance of the innocent party (see Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 308). Once Syncrude discovered Hunter Canada's deception, it was entitled to elect to continue with the contract or to treat the contract at an end. Syncrude could not be compelled to continue with a contract it had been led to assume on fraudulent premises. As between Syncrude and Hunter Canada, Syncrude has a stronger claim to the money payable under the contract by virtue of its ability to elect to end the contract and retain the money it would have expended.

What then, is the situation between Hunter U.S. and Syncrude? In my view, Syncrude is entitled to retain the money it would have paid under the Hunter Canada contract. The only connection between Hunter U.S. and Syncrude is Hunter Canada. Hunter U.S.'s claim to the entire trust fund arises only as a result of Hunter Canada's actions. As against Syncrude, Hunter U.S. has no higher claim than does Hunter Canada. While the actions of Hunter Canada are, on the one hand, essential to found Hunter U.S.'s claim of unjust enrichment, the need to rely on the conduct of Hunter Canada is fatal to this claim.

touchés en vertu de son contrat avec Syncrude. Cet enrichissement aurait lieu aux dépens de Hunter U.S. Il n'y aurait aucun motif juridique justifiant cet enrichissement. Si on compare Hunter U.S. et Hunter Canada, Hunter U.S. est manifestement plus fondée à réclamer les sommes dues à Hunter Canada.

La situation qui prévaut entre Hunter Canada et Syncrude est tout à fait différente. Les rapports entre Hunter Canada et Syncrude sont régis par un contrat. Syncrude ne peut devoir quelque chose à Hunter Canada qu'en vertu du contrat négocié en 1977 pour la fourniture de boîtes d'engrenage. Syncrude a été amenée à conclure ce contrat à cause des déclarations mensongères de Hunter Canada. Selon un des principes fondamentaux du droit des contrats, lorsqu'une partie a été amenée à conclure un contrat par des déclarations mensongères, ce contrat est annulable à la demande de la partie innocente (voir Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), à la p. 308). Après avoir découvert la supercherie de Hunter Canada, Syncrude avait le choix de continuer de respecter le contrat ou d'y mettre fin. Syncrude ne pouvait être forcée de continuer de respecter un contrat qu'elle avait été amenée à conclure en se fondant sur des déclarations mensongères. Entre Syncrude et Hunter Canada, Syncrude a un droit plus clair aux sommes payables en vertu du contrat à cause de sa capacité de mettre fin au contrat et de conserver l'argent qu'elle aurait dépensé.

Qu'en est-il alors de la situation entre Hunter U.S. et Syncrude? À mon avis, Syncrude a le droit de conserver les sommes qu'elle aurait versées en vertu du contrat conclu avec Hunter Canada. Le seul lien qui existe entre Hunter U.S. et Syncrude est Hunter Canada. La réclamation par Hunter U.S. de la totalité du fonds en fiducie découle uniquement des actes de Hunter Canada. Par rapport à Syncrude, Hunter U.S. n'a pas plus de droits que Hunter Canada. Bien que les actes de Hunter Canada soient, d'une part, essentiels pour justifier l'argument de Hunter U.S. portant qu'il y aurait enrichissement sans cause, la nécessité d'invoquer la conduite de Hunter Canada est fatale à cet argument.

Hunter Canada's entitlement *vis-à-vis* Syncrude arose purely as a result of contractual obligation. Under ordinary principles of contract law, Syncrude could not be compelled to remain a party to the Hunter Canada contract. Even before the fraud of Hunter Canada was brought to light, it was open to Syncrude to breach the contract with Hunter Canada and to face an action for damages. In light of Hunter Canada's fraudulent misrepresentation to Syncrude, Syncrude was entitled to rescind the contract on the basis of fraud. Syncrude's actions in January through March 1978 essentially amounted to exercising its option to rescind. Rather than involve itself in the competing claims of Hunter Canada and Hunter U.S., Syncrude chose to extricate itself from the Hunter Canada contract as it was properly entitled to do. Syncrude's primary concern was the timely production of gearboxes. Syncrude sought to terminate its contract with Hunter Canada and requested Hunter Canada's approval of this course of action. Hunter Canada agreed to renounce its rights under the contract subject to the creation of a trust fund. Long before the legal resolution of the dispute between Hunter U.S. and Hunter Canada, the contract between Hunter Canada and Syncrude had come to an end as had any entitlement of Hunter Canada under the contract.

Les droits qu'a Hunter Canada vis-à-vis de Syncrude découlent purement d'une obligation contractuelle. Selon les règles ordinaires du droit des contrats, Syncrude ne pouvait être forcée à demeurer partie au contrat de Hunter Canada. Même avant la découverte de la supercherie de Hunter Canada, il était loisible à Syncrude de rompre le contrat conclu avec Hunter Canada et de s'exposer à une poursuite en dommages-intérêts. Compte tenu des déclarations mensongères que Hunter Canada lui avait faites, Syncrude avait le droit de résilier le contrat pour cause de fraude. Les actes que Syncrude a accomplis de janvier à mars 1978 revenaient essentiellement à exercer le choix qu'elle avait de résilier le contrat. Plutôt que de s'immiscer dans le litige opposant Hunter Canada et Hunter U.S., Syncrude a choisi de se dégager du contrat conclu avec Hunter Canada, comme elle pouvait légitimement le faire. Syncrude était surtout intéressée à ce que les boîtes d'engrenage soient fabriquées sans tarder. Syncrude a voulu résilier le contrat conclu avec Hunter Canada et elle lui a demandé de consentir à cette résiliation. Hunter Canada a convenu de renoncer à ses droits en vertu du contrat à la condition qu'un fonds en fiducie soit établi. Bien avant la fin du litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada, le contrat conclu entre Hunter Canada et Syncrude avait pris fin comme tous les droits qu'il procurait à Hunter Canada.

The result of Syncrude's decision to terminate the Hunter Canada contract and Hunter Canada's acceptance of the termination is that Hunter Canada is no longer entitled to any payment under the contract. In my view, this precludes any claim by Hunter U.S. as I have indicated. The claim of Hunter U.S. is predicated upon Hunter Canada's contractual entitlement. If Hunter Canada has no entitlement, Hunter U.S. has no entitlement. Hunter U.S. can be in no better position *vis-à-vis* Syncrude than that Hunter Canada occupies *vis-à-vis* Syncrude. Finding unjust enrichment in favour of Hunter U.S. on monies held by Syncrude would be to found an entitlement deriving from a contractual entitlement of Hunter Canada that is no longer in existence.

La décision de Syncrude de résilier le contrat conclu avec Hunter Canada et l'acceptation par cette dernière de la résiliation font en sorte que Hunter Canada n'a plus droit à aucun paiement en vertu de ce contrat. À mon avis, comme je l'ai déjà indiqué, cela a pour effet d'enlever tout recours à Hunter U.S. L'action de Hunter U.S. est fondée sur les droits contractuels de Hunter Canada. Si Hunter Canada n'a aucun droit, Hunter U.S. n'en a pas non plus. Hunter U.S. ne peut être mieux placée que Hunter Canada vis-à-vis de Syncrude. Conclure à l'existence d'un enrichissement sans cause en faveur de Hunter U.S. relativement aux sommes détenues par Syncrude reviendrait à conclure à l'existence d'un droit découlant d'un droit contractuel de Hunter Canada qui n'existe plus.

Clause 8 of the trust agreement expressly provided that the trustee should refrain from making any payment out of the said trust fund and trust income "until the holder of the valid and lawful interest in the trust fund had undertaken, by agreement with Syncrude, to assume warranty and service obligations with respect to the work under the said Agreement, as provided expressly or impliedly by the provisions of the purchase orders identified in Schedule "A" thereto, and until the trustee is notified by Syncrude of such agreement."

Hunter U.S. at no time gave any such undertaking. Hunter U.S. refused to become a party to the trust agreement. In its pleading in the present proceedings it claimed all the monies in the trust fund but denied any obligation to honour any warranty or service obligations as a condition of payment. In the Court of Appeal judgment the following passage appears at p. 385:

> I agree with counsel for Syncrude that Hunter would not be entitled to any profit if Hunter had refused to assume the obligations of Hunter Canada under the 1977 agreement. A court of equity would not assist Hunter in such a case. Moreover, there would not be a true "corresponding deprivation" or "causal connection".

In the circumstances, it is not, however, open to Syncrude to contend that Hunter did not assume the service and warranty obligations contained in the 1977 agreement. Hunter offered to ratify or adopt the 1977 agreement made between Hunter Canada and Syncrude. Hunter offered to contract directly with Syncrude and to assume the service and warranty obligations contained in the 1977 agreement. Syncrude, prior to the discovery of the fraud, believed that Hunter Canada was the subsidiary of Hunter and, therefore, the offer made by Hunter to deal with Syncrude directly was exactly the contract Syncrude wanted in the first place. Syncrude, however, for reasons of its own and solely for its own benefit, refused to enter into any agreement with Hunter. Instead, it contracted with Aco, using Hunter's designs, and unilaterally attempted to impose onerous and additional obligations on Hunter.

La clause 8 du contrat de fiducie prévoit expressément que le fiduciaire doit s'abstenir de faire quelque paiement que ce soit à même le fonds en fiducie et les revenus dudit fonds «avant que le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne se soit engagé, d'un commun accord avec Syncrude, à assumer les obligations de garantie et d'entretien relatives aux travaux exécutés en vertu dudit contrat, tel que prévu expressément ou implicitement par les dispositions des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, et jusqu'à ce que le fiduciaire ait été informé par Syncrude de la conclusion de cette entente».

Hunter U.S. n'a jamais souscrit un tel engagement. Elle a refusé de devenir partie au contrat de fiducie. Dans ses conclusions en l'espèce, elle a demandé la totalité des fonds détenus en fiducie tout en déclarant qu'elle n'était pas tenue d'honorer quelque obligation que ce soit en matière de garantie ou d'entretien comme condition de paiement. On trouve ce qui suit à la p. 385 des motifs de jugement de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Je suis d'accord avec l'avocat de Syncrude pour dire que Hunter n'aurait droit à aucun profit si elle avait refusé d'assumer les obligations qui incombaient à Hunter Canada en vertu du contrat de 1977. Une cour d'*equity* ne viendrait pas au secours de Hunter dans ce cas. De plus, il n'y aurait pas de véritable «appauvrissement correspondant» ni de véritable «lien de causalité».

Dans les circonstances, il n'est cependant pas loisible à Syncrude de soutenir que Hunter n'a pas assumé les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Hunter a offert de ratifier ou d'adopter le contrat de 1977 intervenu entre Hunter Canada et Syncrude. Hunter a offert de contracter directement avec Syncrude et d'assumer les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Syncrude, avant de découvrir la fraude, croyait que Hunter Canada était la filiale de Hunter et, en conséquence, l'offre faite à Syncrude par Hunter de traiter directement avec elle était exactement l'entente que Syncrude avait voulue en premier lieu. Pour des raisons qui lui sont propres et pour son seul bénéfice, Syncrude a cependant refusé de conclure un contrat avec Hunter. Elle a plutôt contracté avec Aco, en utilisant les dessins de Hunter, et a tenté d'imposer unilatéralement à Hunter des obligations supplémentaires onéreuses.

Counsel for Syncrude strongly contests the finding that Hunter U.S. offered to assume the obligations of Hunter Canada. The evidence on this point is far from satisfactory. Hunter U.S. advanced no evidence on the point at trial other than a brief passage from an examination for discovery, which reads:

> Q. And there is this allegation:
>
> "At the time the plaintiff entered into the 1978 agreement, this defendant offered to assume all warranty and service obligations provided the plaintiff"
>
> that's Syncrude,
>
> "entered into contracts directly with this defendant",
>
> that's Hunter Engineering, and that is true as well, isn't it?
>
> A. Yes.

This is the best evidence Hunter U.S. can produce. There is no letter or other document evidencing such offer. No one testified, on behalf of Hunter U.S., in affirmation of the offer. Be that as it may, Hunter U.S. declined to be a party to the trust agreement or to the 1978 agreement and has since consistently denied any warranty obligations. Equally, if such an offer were made, I cannot understand why, in light of the circumstances prevailing at the time, Syncrude was under any obligation to accept such an offer.

At the time Syncrude rescinded the Hunter Canada contract, Syncrude was free to procure the gearboxes any way it pleased. If a company unrelated to either Hunter Canada or Hunter U.S. offered to supply the gearboxes on more advantageous terms, Hunter U.S. could not have prevented Syncrude from contracting with that other company. Viewing Hunter U.S.'s offer as a sufficient connection between Syncrude and Hunter U.S. to found a restitutionary remedy in Hunter U.S.'s favour is tantamount to compelling it to contract with Hunter U.S.

It is no answer to say that at some time in the negotiations Hunter U.S. agreed to assume the

L'avocat de Syncrude conteste vigoureusement la conclusion que Hunter U.S. a offert d'assumer les obligations souscrites par Hunter Canada. La preuve à cet égard est loin d'être satisfaisante. En première instance, Hunter U.S. n'a pas fourni d'élément de preuve à ce sujet, si ce n'est le court extrait suivant de l'interrogatoire préalable:

> [TRADUCTION]
>
> Q. Puis il y a l'allégation suivante:
>
> «À l'époque où la demanderesse a conclu le contrat de 1978, la défenderesse a offert d'assumer toutes les obligations de garantie et d'entretien pourvu que la demanderesse»,
>
> c.-à-d. Syncrude,
>
> «contracte directement avec la présente défenderesse»,
>
> c.-à-d. Hunter Engineering, et cela est également exact, n'est-ce pas?
>
> R. Oui.

C'est le meilleur élément de preuve que Hunter U.S. peut présenter. Il n'y a pas de lettre ni d'autre document attestant cette offre. Personne n'a confirmé cette offre en témoignant pour le compte de Hunter U.S. De toute façon, Hunter U.S. a refusé d'être partie au contrat de fiducie ou au contrat de 1978 et elle a depuis constamment nié l'existence de quelque obligation que ce soit en matière de garantie. De même, si une telle offre avait été faite et je ne puis voir pourquoi, compte tenu des circonstances de l'époque, Syncrude aurait été tenue de l'accepter.

Après avoir résilié le contrat conclu avec Hunter Canada, Syncrude était libre de se procurer les boîtes d'engrenage auprès de qui elle voulait. Si une autre société, n'ayant aucun lien avec Hunter Canada ou Hunter U.S., avait offert de fournir les boîtes d'engrenage à des conditions plus avantageuses, Hunter U.S. n'aurait pas pu empêcher Syncrude de passer un contrat avec cette autre société. Considérer que l'offre de Hunter U.S. constitue un lien suffisant entre Syncrude et Hunter U.S. pour justifier cette dernière à bénéficier d'un redressement fondé sur la restitution revient à forcer Syncrude à contracter avec Hunter U.S.

Il ne sert à rien d'affirmer qu'à un moment donné pendant les négociations, Hunter U.S. a

service and warranty obligations contained in the 1977 Agreement. Opinions and attitudes frequently change in negotiations and it is clear that Hunter U.S. changed. It refused to sign the 1977 agreement or the trust agreement when the time came. Even after the trial judge awarded Hunter U.S. the trust fund under the terms of the trust agreement on the condition that Hunter U.S. accept the warranty provision within a certain period of time, Hunter U.S. did not assume the Hunter Canada warranty. The monies paid into the trust fund can only be viewed as having been originally owed to Hunter Canada to pay for services that Syncrude had purchased from it. If Hunter U.S. is to receive those monies, then it should also be found that it would have been liable in so far as any of those services were not provided. Yet it is difficult to see what Hunter U.S. might be liable for. An important "service" which Syncrude purchased from Hunter Canada was the extended warranty which Hunter Canada offered. Hunter U.S. did not take up their warranty and, therefore, could not have been held liable under it. Thus, it would be unfair to award it monies intended to compensate the party which had agreed to assume the risks inherent in the warranty. In my view, it is no longer open to Hunter U.S. to claim under the express trust agreement.

In imposing a constructive trust in the circumstances of this case, the Court of Appeal carried the decision in the *Pettkus* case beyond the breaking point. Apart perhaps from an element of sympathy which one might have because of the attempt by its dishonest employees to cheat Hunter U.S., I can find nothing which would entitle Hunter U.S. to the funds set aside by Syncrude pursuant to an agreement with Hunter Canada in an attempt to extricate itself from an extremely difficult and potentially costly situation created by Hunter's employees or former employees. In my view, if Hunter U.S.'s claim prevailed, (i) Hunter U.S. would be enriched, (ii) with a corresponding deprivation of Syncrude, (iii) and for no juristic reason that I am able to detect.

convenu d'assumer les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Les opinions et les attitudes changent fréquemment au cours de négociations et il est clair qu'il y a eu revirement de la part de Hunter U.S. Elle a refusé de signer le contrat de 1977 ou le contrat de fiducie, quand le moment fut venu de le faire. Même après que le juge de première instance lui eut accordé le fonds créé par le contrat de fiducie à la condition qu'elle souscrive à la disposition portant garantie à l'intérieur d'un certain délai, Hunter U.S. n'a pas assumé la garantie de Hunter Canada. On ne peut assigner d'autre destination aux sommes versées au fonds en fiducie que celle de payer à Hunter Canada les services que Syncrude s'était procurés auprès d'elle. Si Hunter U.S. doit toucher ces sommes, il faut aussi conclure qu'elle doit être tenue responsable des services qui non pas été fournis. Pourtant, il est difficile de voir ce dont Hunter U.S. pourrait être tenue responsable. La garantie prolongée que Hunter Canada avait offerte constituait l'un des «services» importants que Syncrude avait acquis de cette société. Hunter U.S. n'a pas souscrit à cette garantie et, par conséquent, elle ne peut être tenue responsable en vertu de celle-ci. Il serait donc injuste de lui accorder des sommes destinées à indemniser la partie qui avait convenu d'assumer les risques liés à la garantie. À mon avis, il n'est plus possible à Hunter U.S. d'invoquer la convention de fiducie expresse.

En imposant une fiducie par interprétation en l'espèce, la Cour d'appel a poussé au-delà du point de rupture la décision rendue dans l'affaire *Pettkus*. À l'exception peut-être de la sympathie que l'on pourrait avoir pour Hunter U.S. en raison de la tentative d'escroquerie dont elle a été victime de la part d'employés malhonnêtes, je ne vois rien qui permette à Hunter U.S. de toucher les sommes que Syncrude a mises de côté, conformément à un accord avec Hunter Canada, dans le but de s'extirper d'une situation extrêmement difficile et potentiellement coûteuse créée par des employés ou d'anciens employés de Hunter. À mon avis, si l'on faisait droit à la demande de Hunter U.S., (i) celle-ci se trouverait enrichie, (ii) Syncrude se trouverait appauvrie d'autant (iii) sans que je puisse trouver aucun motif juridique justifiant cela.

The impact of a finding of constructive trust, as *per* the Court of Appeal, as compared with a finding of entitlement under the terms of the express trust is not minimal. Clause 9 of the trust agreement provides that reasonable legal expenses incurred by the trustee in the performance of his duties and remuneration to the trustee are to be paid from the trust funds. If all of the trust funds are payable to Hunter U.S. under a constructive trust, to whom does the trustee look for payment of his remuneration and the legal expenses he has incurred?

I disagree with the interpretation the Court of Appeal and Wilson J. have placed on Syncrude's decision to establish the trust fund. I do not see the creation of the trust as an admission on the part of Syncrude that either Hunter U.S, or Hunter Canada was entitled to the profit under the Hunter Canada contract. Upon suspecting fraud, Syncrude was entitled to rescind the Hunter Canada contract. Until Syncrude was completely convinced that Hunter Canada was fraudulent, rescission entailed a certain amount of risk. Had the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada been resolved in Hunter Canada's favour, Syncrude would have been vulnerable to an action for breach of contract by Hunter Canada. It could protect itself against a lawsuit by requesting Hunter Canada's approval of its decision to consider the contract at an end. In my view, it was not strictly necessary for Syncrude to secure Hunter Canada's acceptance of its termination of the contract. Nor was it necessary for Syncrude to establish a trust fund. Syncrude's decision to create a trust fund, motivated no doubt by an abundance of caution, should not make it worse off than it would have been had it simply rescinded the contract. There was no onus on Syncrude to secure the approval of Hunter U.S. who was not even a party to the contract, to the terms of the trust fund.

The Court of Appeal said at p. 384:

The trust balance represents the profit Hunter would have earned by designing the 11 gearboxes but for the

Les conséquences d'une conclusion de la Cour d'appel à l'existence d'une fiducie par interprétation, plutôt qu'à l'existence d'un droit fondé sur la fiducie expresse ne sont pas insignifiantes. La clause 9 du contrat de fiducie précise que les frais juridiques raisonnables engagés par le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions et sa rémunération seront payés à même le fonds en fiducie. Si la totalité du fonds en fiducie est payable à Hunter U.S. en vertu d'une fiducie par interprétation, à qui le fiduciaire devra-t-il s'adresser pour obtenir le paiement de sa rémunération et des frais juridiques qu'il a engagés?

Je ne suis pas d'accord avec l'interprétation que la Cour d'appel et le juge Wilson ont donnée à la décision de Syncrude de créer le fonds en fiducie. Je ne perçois pas la création de la fiducie comme une reconnaissance par Syncrude que l'un ou l'autre de Hunter U.S. ou de Hunter Canada avait droit aux bénéfices réalisés en vertu du contrat conclu avec Hunter Canada. Si elle soupçonnait l'existence d'une fraude, Syncrude pouvait résilier le contrat de Hunter Canada. À moins que Syncrude ne fut parfaitement convaincue que Hunter Canada était coupable de fraude, la résiliation comportait certains risques. Si le litige qui opposait Hunter U.S. et Hunter Canada avait été tranché en faveur de Hunter Canada, cette dernière aurait pu intenter contre Syncrude une action en inexécution de contrat. Syncrude pouvait se prémunir contre une action en justice en demandant à Hunter Canada de consentir à la résiliation du contrat. À mon avis, elle n'était pas absolument tenue d'obtenir l'acceptation par Hunter Canada de la résiliation du contrat. Elle n'était pas non plus tenue de créer un fonds en fiducie. La décision de Syncrude de créer un fonds en fiducie, qui procède certainement d'un surcroît de précautions, ne devrait pas rendre sa situation plus précaire que si elle s'était contenté de résilier le contrat. Il n'y avait aucune obligation pour Syncrude d'obtenir l'acquiescement de Hunter U.S., qui n'était même pas partie au contrat, aux conditions du contrat de fiducie.

La Cour d'appel dit ceci à la p. 384:

[TRADUCTION] Le reliquat du fonds en fiducie équivaut au bénéfice que Hunter aurait réalisé grâce à la concep-

fraud of Hunter Canada. The judgment of Meredith J. establishes that these funds are rightfully the property of Hunter. So much is acknowledged by Syncrude in the trust agreement. It follows that the trust income is also the property of Hunter.

I do not understand how it can be said that the trust balance represented the profit Hunter U.S. would have earned by designing the 11 gearboxes. Hunter U.S. earned its profit on the gearbox design when Syncrude paid Hunter U.S. for 32 mining gearboxes and for the design under the 1975 contract. The judgment of Meredith J. said nothing with respect to Syncrude's entitlement to the funds held in trust as Syncrude was not a party to that action.

Wilson J. makes the point that Syncrude was ready to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S. and that Syncrude cannot now argue that it had no need of Hunter U.S. Reliance is placed on clause 7 of the trust agreement. At the time of the agreement Syncrude appears to have been prepared to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S., but upon terms to which Hunter U.S. did not agree. Syncrude had no need of Hunter U.S. The facts bear that out. Syncrude's act of establishing a trust fund was not an admission that the trust monies belonged to either Hunter U.S. or Hunter Canada, but, at most, an indication that it was willing to pay the contract price if it received its negotiated warranties. Even if Hunter U.S. did make an offer to assume the warranties prior to the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada, Syncrude was not then, as I have indicated, in a position to have accepted.

I am therefore of the view that Hunter U.S.'s claim to the monies in the trust fund under constructive trust fails. I am also of the view that Hunter U.S. is not entitled to claim under the express terms of the trust agreement. To qualify under the trust agreement, Hunter U.S. would have had to agree to the terms of the trust agreement. It did not do so. The most important of these

tion des 11 boîtes d'engrenage, n'eût été la fraude de Hunter Canada. Dans sa décision, le juge Meredith attribue à bon droit la propriété de ces sommes à Hunter. Syncrude a reconnu cela dans le contrat de fiducie. Il s'ensuit que les revenus du fonds en fiducie appartiennent aussi à Hunter.

Je ne vois pas comment on peut affirmer que le reliquat du fonds en fiducie représente le bénéfice que Hunter U.S. aurait réalisé grâce à la conception des onze boîtes d'engrenage. Hunter U.S. a réalisé son bénéfice sur la conception des boîtes d'engrenage quand Syncrude lui a payé les trente-deux boîtes d'engrenage minières qu'elle avait conçues en vertu du contrat de 1975. La décision du juge Meredith ne dit rien sur les droits que Syncrude peut avoir sur le fonds en fiducie puisque Syncrude n'était pas partie à ce litige.

Le juge Wilson souligne que Syncrude était prête à payer la part de l'entrepreneur principal à Hunter U.S. et qu'elle ne peut maintenant soutenir qu'elle n'avait pas besoin de Hunter U.S. La clause 7 du contrat de fiducie est invoquée. À l'époque où le contrat de fiducie a été conclu, Syncrude semblait prête à payer la part de l'entrepreneur principal à Hunter U.S., mais à des conditions auxquelles cette dernière n'a pas souscrit. Syncrude n'avait pas besoin des services de Hunter U.S., les faits l'indiquent. La création du fonds en fiducie par Syncrude ne constituait pas une reconnaissance que les sommes détenues en fiducie appartenaient soit à Hunter U.S. soit à Hunter Canada, mais traduisait, tout au plus, la volonté de Syncrude de payer le prix convenu au contrat si elle obtenait les garanties qu'elles avaient négociées. Même si Hunter U.S. avait offert d'assumer les garanties avant la naissance du litige l'opposant à Hunter Canada, Syncrude n'aurait pas alors été en mesure d'accepter cette offre, comme je l'ai déjà indiqué.

Je suis donc d'avis que le moyen fondé sur la fiducie par interprétation que Hunter U.S. a invoqué pour revendiquer les sommes détenues en fiducie, doit échouer. J'estime également que Hunter U.S. n'a aucun recours en vertu des conditions explicites du contrat de fiducie. Pour avoir des droits en vertu du contrat de fiducie, Hunter U.S. aurait dû souscrire aux conditions de ce contrat.

terms was the agreement to assume the Hunter Canada warranty provisions.

Clause 10 of the trust agreement made provision for the precise situation which developed. It provides:

> 10. In the event that Syncrude and the holder of the valid and lawful interest in the trust fund are unable to agree with respect to the warranty and service of Work in Schedule "A" of the said Agreement, the trustee shall pay the remainder of the trust fund, as determined by Clause 7 and Clause 8 of this Agreement, to Syncrude. [Emphasis added.]

The trial judge, at p. 82, gave Hunter U.S. until October 1984, later extended, to assume the warranty and service obligations:

> That valid and lawful interest [the interest of Hunter U.S. in the trust fund] does not crystallize into an entitlement or right to be paid until the condition precedent of assumption of the Hunter Canada warranty and service obligations by agreement with Syncrude has been met. The trust income accruing prior to the date upon which the condition precedent is met belongs to Syncrude under cl. 11 of the trust agreement.

In my view, with respect, the judge erred in allowing Hunter U.S. to become entitled to the trust monies by assuming the warranty obligation after judgment without incurring liability for warranty claims prior to its assumption of the warranties. The purpose of the trust fund was to ensure someone would promptly assume the warranties. Once Hunter U.S. elected not to do this, giving it another chance potentially requires the trustee to hold the fund in perpetuity. The trial judge erred by arbitrarily imposing a later date than that which would have entitled Hunter U.S. to the trust fund.

I am of the view that the judgment of the Court of Appeal of British Columbia be set aside. The

Elle ne l'a pas fait. La plus importante des conditions de cette convention était l'acceptation d'assumer les dispositions de la garantie souscrite par Hunter Canada.

La clause 10 du contrat de fiducie envisageait exactement la situation qui s'est produite. Il est ainsi conçu:

> 10. Si Syncrude et le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne peuvent s'entendre sur la garantie et l'entretien relatifs aux travaux mentionnés à l'annexe «A» des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reliquat du fonds en fiducie conformément aux clauses 7 et 8 des présentes. [Je souligne.]

À la page 82, le juge de première instance a accordé à Hunter U.S. jusqu'en octobre 1984 pour assumer les obligations de garantie et d'entretien, puis il a par la suite prorogé ce délai:

> [TRADUCTION] Ce droit valide et légitime [le droit de Hunter U.S. sur le fonds en fiducie] ne se cristallise pas en un droit de n'être payé qu'après la réalisation de la condition préalable que constitue la prise en charge par Hunter Canada des obligations de garantie et d'entretien prévues dans le contrat intervenu avec Syncrude. Les revenus produits par le fonds en fiducie avant la date de réalisation de la condition préalable appartiennent à Syncrude en vertu de la clause 11 du contrat de fiducie.

J'estime, en toute déférence, que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à Hunter U.S. d'acquérir des droits sur le fonds en fiducie en assumant l'obligation de garantie après le prononcé du jugement, sans encourir de responsabilité à l'égard des réclamations fondées sur cette garantie qui avaient été faites avant sa prise en charge des garanties. Le fonds en fiducie avait pour objet d'assurer que quelqu'un endosserait rapidement les garanties. Devant le choix de Hunter U.S. de ne pas le faire, lui donner une autre chance peut avoir pour effet d'obliger le fiduciaire à détenir le fonds indéfiniment. Le juge de première instance a commis une erreur en imposant de façon arbitraire une date postérieure à celle qui aurait permis à Hunter U.S. d'acquérir des droits sur le fonds en fiducie.

Je suis d'avis d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, d'accueillir le

cross-appeal of Syncrude should be allowed with costs here and below. The appeal of Hunter U.S. should fail and must be dismissed with costs. The appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited should be allowed with costs here and below, payable by Syncrude.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I agree with Wilson J. that the appeal of "Hunter U.S." against the finding of liability for a design fault should be dismissed and I agree, as well, that the appeal of "Allis-Chalmers" should succeed. I agree with Wilson J. that any breach of the contract by Allis-Chalmers was not fundamental and in any event, even if the breach was properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty. In my view, it is therefore unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case.

As to the issue concerning the trust fund, I agree with the Chief Justice that the cross-appeal, claiming ownership of the trust fund, by "Syncrude", should be allowed with costs here and below, and I agree with his reasons for reaching this conclusion. In the result, then, I would dispose of the appeal as would the Chief Justice.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting in cross-appeal)—This appeal and cross-appeal raise a variety of issues relating to the interpretation of engineering contracts. They also require the Court to consider the effect of exclusionary clauses in the context of implied statutory warranties and in the context of fundamental breach. The viability of the doctrine of fundamental breach is itself in issue as is also the applicability of the law of constructive trust to the facts of this case.

pourvoi incident de Syncrude avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure, de rejeter le pourvoi de Hunter U.S. avec dépens. Le pourvoi contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited est accueilli avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure payables par Syncrude.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi formé par «Hunter U.S.» contre la conclusion de responsabilité pour vice de conception et je suis aussi d'avis d'accueillir le pourvoi d'«Allis-Chalmers». Je suis également d'accord avec le juge Wilson pour dire que toute inexécution du contrat par Allis-Chalmers n'était pas fondamentale et que, de toute façon, même si l'on avait pu qualifier l'inexécution de fondamentale, les conditions de la garantie contractuelle auraient écarté la responsabilité d'Allis-Chalmers. J'estime donc qu'il est inutile de s'arrêter davantage à la notion d'inexécution fondamentale en l'espèce.

Pour ce qui est du fonds en fiducie, je partage l'avis du Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, le pourvoi incident de «Syncrude» dans lequel elle revendique la propriété du fonds en fiducie, et je souscris au raisonnement qu'il a adopté pour arriver à cette conclusion. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi comme l'a fait le Juge en chef.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente dans le pourvoi incident)—Le pourvoi et le pourvoi incident soulèvent diverses questions se rapportant à l'interprétation de contrats techniques. De plus, ils exigent de la Cour qu'elle étudie l'effet de clauses d'exclusion dans le contexte de garanties légales implicites et dans celui de l'inexécution fondamentale. Sont en cause la viabilité même du principe de l'inexécution fondamentale ainsi que l'applicabilité de la règle de la fiducie par interprétation aux faits de la présente affaire.

1. The Facts

The disputes between these parties arise out of three contracts for the supply of gearboxes for the Alberta tarsands industry. In the first contract, made on January 29, 1975, Syncrude Canada Ltd. (Syncrude), through its agent Canadian Bechtel, ordered 32 "mining gearboxes" from the Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) These gearboxes were intended to drive conveyor belts which move sand to Syncrude's extraction plant at Fort McMurray where the oil is separated out. The responsibility of each of the contracting parties for the various design features of the gearboxes is one of the matters in dispute before the Court and I will deal below with these aspects of the contract. The 32 mining gearboxes were manufactured by a subcontractor (Aco Sales and Engineering), delivered to Syncrude between January 1977 and February 1978, and entered service on July 4, 1978.

The second contract was made on July 29, 1975, between Syncrude and Stephens-Adamson Ltd., a division of Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers). It was for the supply of a $4.1M extraction conveyor system which included 4 "extraction gearboxes" to drive the machinery which separates the oil from the sand. Although supplied under the contract with Allis-Chalmers they were built according to the same design as the mining gearboxes supplied by Hunter U.S. and like them were fabricated by the subcontractor Aco. The extraction gearboxes entered service on November 24, 1977.

The third contract was made between Syncrude and Aco on March 1, 1978. It arose out of some unusual circumstances. Between August and December 1977, Syncrude issued purchase orders to Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter Canada) for an additional 11 mining gearboxes built to the same design as the 32 purchased from

1. Les faits

Les différends entre les parties tirent leur origine de trois contrats de fourniture de boîtes d'engrenage destinées à être utilisées dans l'exploitation des sables bitumineux de l'Alberta. Dans le premier contrat, passé le 29 janvier 1975, Syncrude Canada Ltée (Syncrude), par l'intermédiaire de sa mandataire Canadian Bechtel, a commandé à Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) trente-deux [TRADUCTION] «boîtes d'engrenage minières». Ces boîtes d'engrenage devaient servir à actionner des convoyeurs à courroie qui transportent le sable à l'usine d'extraction de Syncrude à Fort McMurray où le pétrole est séparé du sable. La responsabilité de chacune des parties contractantes à l'égard des différentes caractéristiques techniques des boîtes d'engrenage est l'une des questions en litige devant cette Cour et je traiterai plus loin de ces aspects du contrat. Les trente-deux boîtes d'engrenage minières ont été fabriquées par un sous-traitant (Aco Sales and Engineering). Livrées à Syncrude entre janvier 1977 et février 1978, elles ont été mises en service le 4 juillet 1978.

Le deuxième contrat est intervenu le 29 juillet 1975 entre Syncrude et Stephens-Adamson Ltd., une division d'Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers). Il portait sur la fourniture d'un système de convoyeurs d'extraction d'une valeur de 4,1 millions de dollars. Ce système comportait quatre [TRADUCTION] «boîtes d'engrenage d'extraction» devant servir à actionner la machinerie qui sépare le pétrole d'avec le sable. Quoique fournies en exécution du contrat avec Allis-Chalmers, elles ont été construites selon le même modèle que les boîtes d'engrenage minières fournies par Hunter U.S. et, comme celles-ci, elles ont été fabriquées par le sous-traitant Aco. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été mises en service le 24 novembre 1977.

Le troisième contrat a été conclu par Syncrude et Aco le 1er mars 1978. Il résulte de circonstances inhabituelles. En effet, entre août et décembre 1977, Syncrude a commandé à Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter Canada) onze autres boîtes d'engrenage minières construites selon le même modèle que les trente-deux achetées à Hunter U.S.

Hunter U.S. Hunter Canada was a Canadian-incorporated company established by employees of Hunter U.S. without the latter's knowledge. It held itself out to Syncrude as the Canadian arm of Hunter U.S. and not until January 1978 did Hunter U.S. discover the deception. It initiated a "passing-off" action against Hunter Canada in the British Columbia courts, notified Syncrude, and offered to assume the Hunter Canada contract. Syncrude, however, opted not to prejudge the result of the litigation by agreeing to let Hunter U.S. step into the contractual shoes of Hunter Canada and, instead of accepting this offer, it contracted directly with the subcontractor Aco for supply of the 11 gearboxes which were the subject of the Hunter Canada contract at an identical price to that which Aco would have received from Hunter Canada. These 11 gearboxes were delivered and progressively put into service between May and December 1978.

Then, in March 1978, Syncrude unilaterally established a trust fund into which it paid the money due under the Hunter Canada contracts. Hunter Canada waived all rights under these contracts but Hunter U.S. refused to become a party to Syncrude's trust agreement. That agreement provided, *inter alia*, that the trustee would pay to Aco its price for the gearboxes when they were completed. The rest of the money in the fund was to be dealt with as follows:

> 7. The trustee shall hold the remainder of the trust funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada.

Clause 8 of the fund made any such payment contingent upon an assumption by Hunter U.S. or Hunter Canada of the warranty and service obligations contained in Syncrude's 1977 agreements with the latter. Clause 9 provided for the payment of the trustee's expenses out of the fund. Clause 10

Hunter Canada était une société canadienne constituée par des employés de Hunter U.S. à l'insu de celle-ci. Elle s'est présentée à Syncrude comme l'aile canadienne de Hunter U.S. et ce n'est qu'en janvier 1978 que Hunter U.S. a découvert la supercherie. Elle a alors intenté contre Hunter Canada une action en «*passing-off*» devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, en a avisé Syncrude et a offert de prendre en charge le contrat de Hunter Canada. Syncrude a toutefois décidé de ne pas préjuger du litige en acceptant de laisser Hunter U.S. se substituer à Hunter Canada et, au lieu d'accepter cette offre, elle a conclu directement avec le sous-traitant Aco un contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage visées par le contrat de Hunter Canada, à un prix identique à celui que Aco aurait reçu de Hunter Canada. Ces onze boîtes d'engrenage ont été livrées et ont été progressivement mises en service entre mai et décembre 1978.

Puis, en mars 1978, Syncrude a unilatéralement établi un fonds en fiducie dans lequel elle a versé l'argent dû aux termes des contrats de Hunter Canada. Cette dernière a renoncé à tous les droits que lui conféraient ces contrats, mais Hunter U.S. a refusé de devenir partie au contrat de fiducie de Syncrude. Ce contrat prévoyait notamment que le fiduciaire verserait à Aco le prix des boîtes d'engrenage dès qu'elles seraient complétées. Pour ce qui est des fonds restants, le contrat prévoyait:

> [TRADUCTION] 7. En attendant que soit déterminé par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant.

Aux termes de la clause 8 du contrat de fiducie, le paiement prévu ci-dessus était soumis à la condition que Hunter U.S. ou Hunter Canada prenne en charge les obligations de garantie et d'entretien énoncées dans les contrats intervenus en 1977 entre Syncrude et Hunter Canada. La clause 9

stated that if the winner of the Hunter U.S./Hunter Canada litigation did not assume the service and warranty obligations mentioned in clause 8, the money would go to Syncrude. Clause 11 specified that any money remaining after payment to Aco and satisfaction of the requirements of clauses 7-9, including any trust income, would be paid to Syncrude.

In December 1978, Meredith J. of the British Columbia Supreme Court gave judgment to Hunter U.S. (*Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, Vancouver Registry C780211, December 28, 1978, unreported). The judgment included a declaration that as between Hunter U.S. and Hunter Canada the former was entitled to the money referred to in clause 7 of the trust agreement. The trust fund remained in place, however, because the parties could not agree on warranty and service terms. Hunter U.S. wanted the same terms as in its other contract with Syncrude. The latter insisted on the more extensive guarantees contained in its contract with Hunter Canada and specifically mentioned in the trust agreement. I pause here to note that this dispute arose before the defects in the gearboxes discussed below were discovered.

In September 1979 defects were discovered in the extraction gearboxes. These gearboxes were made up of gears, shafts and bearings housed within a steel casing. Each box contained a number of smaller gears and one large one, the bull gear, some 6 1/2 feet in diameter. The bull gear attaches to the drive shaft by two steel plates, one on each side of the rim. It was found that the welds joining these side plates and the rim had cracked under the strain because the welding was not continuous all the way around the rim. The extraction gearboxes were progressively taken out

prévoyait le paiement des dépenses du fiduciaire à même le fonds. La clause 10 portait que dans l'hypothèse où la partie qui obtiendrait gain de cause dans le litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada ne prendrait pas en charge les obligations d'entretien et de garantie mentionnées à la clause 8, les fonds iraient à Syncrude. La clause 11 prévoyait que toute somme restante après avoir payé Aco et après avoir satisfait aux exigences des clauses 7 à 9, y compris tout revenu découlant de la fiducie, seraient versés à Syncrude.

En décembre 1978, le juge Meredith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué en faveur de Hunter U.S. (*Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, nº de greffe de Vancouver C780211, décision inédite en date du 28 décembre 1978). Le jugement comprenait une déclaration portant que c'était Hunter U.S. et non pas Hunter Canada qui avait droit aux fonds mentionnés à la clause 7 du contrat de fiducie. Le fonds en fiducie a toutefois subsisté parce que les parties n'ont pu s'entendre sur les conditions de garantie et d'entretien. Hunter U.S. voulait que les conditions soient les mêmes que celles énoncées dans son autre contrat avec Syncrude. Cette dernière insistait cependant pour obtenir les garanties plus larges contenues dans son contrat avec Hunter Canada et mentionnées expressément dans le contrat de fiducie. Je souligne ici entre parenthèses que ce différend a pris naissance avant que ne soient décelées les défectuosités des boîtes d'engrenage dont il est question ci-dessous.

En septembre 1979, on a découvert des défectuosités dans les boîtes d'engrenage d'extraction. Ces boîtes d'engrenage se composent de pignons, d'arbres et de paliers enfermés dans un carter en acier. Chaque boîte contient un certain nombre de pignons plus petits et un gros, la couronne principale qui a six pieds et demi de diamètre. La couronne principale est retenue à l'arbre d'entraînement par deux plaques en acier situées de chaque côté. On a constaté que les soudures réunissant ces flasques au rebord de la couronne s'étaient fissurées sous l'effet des contraintes, en raison de l'absence de soudure continue tout autour de la couronne. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été progressivement mises hors

of service and repaired, primarily by putting in a continuous weld. This apparently solved the problem.

On examination in October 1979 the same problem was discovered with the smaller (5½ feet in diameter) bull gears in the mining gearboxes. All 47 gearboxes were progressively taken out of service and repaired. Total repair expenses, not including interest, amounted to $750,000 for the mining gearboxes and $400,000 for the extraction gearboxes. Neither Hunter U.S. nor Allis-Chalmers considered themselves responsible for these repair expenses on the grounds that their contractual warranties had expired. Syncrude commenced proceedings in the British Columbia courts.

2. The Judgments Below

(a) *British Columbia Supreme Court*

In a judgment delivered in July 1984 and reported at (1984), 27 B.L.R. 59, the trial judge, Gibbs J., dealt first with the question of design responsibility. This was a threshold issue since Hunter U.S. had argued before him that Canadian Bechtel, Syncrude's agent, provided the design on the basis of which Hunter U.S. built the gearboxes. The trial judge found, however, that while Bechtel had provided specifications which gave "detailed operating criteria", these specifications did "not extend to design details". Design was Hunter U.S.'s responsibility and the trial judge's review of the evidence convinced him that the failure of the gearboxes was due to design default.

Having established the *prima facie* responsibility of both Hunter U.S. and Allis-Chalmers, Gibbs J. considered the effect of the warranty clauses in the sales agreements. Both contained the following clause:

service et réparées, principalement au moyen d'une soudure continue. Cela a apparemment réglé le problème.

Il s'est dégagé d'une vérification effectuée en octobre 1979 que les couronnes principales plus petites (5½ pieds de diamètre) des boîtes d'engrenage minières étaient atteintes du même problème. Les quarante-sept boîtes d'engrenage ont toutes été progressivement mises hors service et réparées. Les coûts de réparation, sans compter les intérêts, ont totalisé 750 000 $ pour les boîtes d'engrenage minières et 400 000 $ pour les boîtes d'engrenage d'extraction. Ni Hunter U.S. ni Allis-Chalmers ne se considéraient comme responsables de ces coûts de réparation étant donné que les garanties contenues dans leurs contrats avaient expiré. Syncrude a intenté des poursuites devant les tribunaux de la Colombie-Britannique.

2. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

a) *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Dans une décision rendue en juillet 1984 et publiée à (1984), 27 B.L.R. 59, le juge Gibbs de première instance, s'est penché d'abord sur la question de savoir qui était responsable de la conception. C'était là une question préliminaire puisque Hunter U.S. avait fait valoir devant lui que Canadian Bechtel, la mandataire de Syncrude, avait fourni le modèle dont Hunter U.S. s'était servi pour fabriquer les boîtes d'engrenage. Le juge de première instance a toutefois conclu que Bechtel avait fourni le cahier des charges qui énonçait [TRADUCTION] «des critères détaillés en ce qui concerne le fonctionnement», mais que ce cahier des charges [TRADUCTION] «ne contenait pas de détails relatifs à la conception». Or, la conception était de la responsabilité de Hunter U.S. et l'examen qu'il a fait de la preuve a convaincu le juge de première instance que le bris des boîtes d'engrenage était dû à un vice de conception.

Ayant conclu que Hunter U.S. et Allis-Chalmers étaient responsables à première vue, le juge Gibbs a examiné l'effet des clauses de garantie figurant dans les contrats de vente. L'un et l'autre contrat contenait la clause suivante:

8. WARRANTIES—GUARANTEES: Seller warrants that the goods shall be free from defects in design, material, workmanship, and title, and shall conform in all respects to the terms of this purchase order, and shall be of the best quality, if no quality is specified. If it appears within one year from the date of placing the equipment into service for the purpose for which it was purchased, that the equipment, or any part thereof, does not conform to these warranties and Buyer so notifies Seller within a reasonable time after its discovery, Seller shall thereupon promptly correct such nonconformity at its sole expense. The conditions of any subsequent tests shall be mutually agreed upon and Seller shall be notified of and may be represented at all tests that may be made. Except as otherwise provided in this purchase order, Seller's liability hereunder shall extend to all damages proximately caused by the breach of any of the foregoing warranties or guarantees, but such liability shall in no event include loss of profit or loss of use.

Both warranties were modified by the purchase orders so that they expired either 24 months after delivery or 12 months after the gearboxes entered service, whichever occurred first. Gibbs J. found that the time limit in the warranties excused both companies from liability under them.

This did not, however, dispose of the issue of liability because the general conditions of each agreement also provided that:

13. APPLICABLE LAW—DEFINITIONS: The definition of terms used, interpretation of this agreement and the rights of all parties hereunder shall be construed under and governed by the Laws of the Province of Ontario.

The Ontario *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421, s. 15, provides a statutory warranty of fitness:

15. Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the quality of fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

[TRADUCTION] 8. GARANTIES: Le vendeur garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception, de matériau, de fabrication et de titre et qu'elles seront à tous les égards conformes aux conditions stipulées au présent bon de commande et, si aucune mention n'est faite de la qualité, elles seront de la meilleure qualité. S'il appert, dans l'année qui suit la date de sa mise en service aux fins pour lesquelles il a été acquis, que l'équipement ou une partie de l'équipement n'est pas conforme aux présentes garanties et que l'acheteur en avise le vendeur dans un délai raisonnable après que la non-conformité a été constatée, le vendeur est alors tenu de corriger sans tarder et à ses propres frais cette situation. Les modalités de toute vérification subséquente feront l'objet d'une entente mutuelle et le vendeur sera avisé de toute vérification qui pourra s'effectuer et il pourra être représenté lors de cette vérification. Sauf disposition contraire du présent bon de commande, le vendeur est responsable de tous les dommages causés directement par la violation des garanties susmentionnées, mais il n'est nullement responsable du manque à gagner, ni des pertes résultant de la mise hors service.

Les deux garanties ont été modifiées par les bons de commande, de sorte qu'elles expireraient 24 mois après la livraison ou 12 mois après la mise en service des boîtes d'engrenage, selon la première échéance. D'après le juge Gibbs, l'expiration du délai imparti dans les garanties avait pour effet d'exempter l'une et l'autre société de toute responsabilité en vertu de celles-ci.

Cela ne tranchait cependant pas la question de la responsabilité parce que les conditions générales de chaque contrat prévoyaient en outre:

[TRADUCTION] 13. RÈGLES DE DROIT APPLICABLES—DÉFINITIONS: Pour la définition des termes employés dans le présent contrat, pour l'interprétation de celui-ci et pour la détermination des droits de toutes les parties au présent contrat, il faut se reporter aux lois de la province de l'Ontario.

La *Sale of Goods Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15, énonce une garantie d'adaptation des objets vendus à l'usage auquel ils sont destinés:

[TRADUCTION] **15.** Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite relative à la qualité des objets fournis en vertu d'un contrat de vente ni à leur adaptation à un usage particulier, sauf dans les cas suivants:

1. Where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description that it is in the course of the seller's business to supply (whether he is the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods will be reasonably fit for such purpose, but in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose.

. . .

4. An express warranty or condition does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent therewith.

Gibbs J. found that this statutory warranty was not excluded by the contractual warranty. It was therefore applicable to the Hunter U.S. contracts. In deciding whether Hunter U.S. had breached the statutory warranty he applied the following test from Fridman, *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979), at pp. 203-4:

The implied condition set out in section 15(1) applies, except where the proviso to that subsection operates, "where the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply (whether he be the manufacturer or not)" and "where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment." Three factors are therefore relevant: (i) the course of the seller's business: (ii) knowledge on the part of the seller of the purpose of the goods: (iii) reliance on the seller's skill or judgment. Only if a contract of sale satisfies these requirements will it be possible to imply into it the condition of fitness of the goods that is contained in this subsection.

Gibbs J. found that all three aspects of the test were met. The gearboxes "were goods which it was in the course of the business of Hunter U.S. to supply" and Hunter U.S. "knew the purpose for which the gearboxes were required". The third aspect of the test:

1. Il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé vendu sous son appellation brevetée ou sous une autre appellation commerciale.

. . .

4. Une garantie ou condition expresse n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles.

Le juge Gibbs est arrivé à la conclusion que la garantie contractuelle ne venait pas exclure cette garantie légale. Cette dernière était donc applicable aux contrats signés par Hunter U.S. En décidant si Hunter U.S. avait violé la garantie légale, le juge Gibbs a appliqué le critère suivant formulé par Fridman dans *Sale of Goods in Canada* (2e éd. 1979), aux pp. 203 et 204:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'exception y prévue, la condition implicite énoncée au par. 15(1) s'applique «lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant», et lorsque «l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur [l'usage particulier], en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci». Il y a donc trois facteurs pertinents: (i) le cours du commerce du vendeur; (ii) la connaissance que doit avoir le vendeur de l'usage auquel les objets sont destinés; (iii) le fait que l'acheteur s'en remet à la compétence ou au jugement du vendeur. Ce n'est que dans la mesure où un contrat de vente satisfait à ces exigences qu'il sera possible de le considérer comme contenant la condition implicite, figurant dans le paragraphe susmentionné, quant à l'adaptation des objets à un usage particulier.

Le juge Gibbs a estimé qu'on avait satisfait au critère sous chacun de ses trois aspects. En effet, les boîtes d'engrenage [TRADUCTION] «étaient des objets que Hunter U.S. fournissait dans le cours de son commerce» et Hunter U.S. [TRADUCTION] «connaissait l'usage particulier des boîtes d'engrenage». Pour ce qui est du troisième aspect du critère, il:

... is satisfied by the express provision in the Canadian Bechtel specifications, incorporated by reference into the Hunter U.S. purchase order that: "Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility". I understand those words to convey, in plain and simple language, that Syncrude, through Canadian Bechtel, was relying upon the skill and judgment of Hunter U.S. in matters of gearbox design. It is evident from the ... [evidence] that they held themselves out as being possessed of the requisite skill and judgment. [p. 72.]

This finding applied only to the contracts between Syncrude and Hunter U.S. The Allis-Chalmers purchase order, in addition to modifying the sales agreement in the same way as that of Hunter U.S., also contained this more extensive change:

The final sentence of Paragraph 8 is hereby deleted. In its place shall be, "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the Seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied."

Gibbs J. considered this sufficient to exclude the statutory warranty in the Allis-Chalmers contract.

The trial judge then turned his attention to Syncrude's claim that Allis-Chalmers had nevertheless committed a fundamental breach of contract so as to negate the exclusion clause. He rejected the argument for two reasons. First, he held at p. 77 that Syncrude had fully and freely accepted the exclusion clause:

With respect to the clause excluding statutory or other warranties or conditions, it is significant to me that liability was not completely excluded. Liability still existed under warranty cl. 8 of the general conditions, limited only in time to the twelve or twenty-four month period. Warranty cl. 8 was put forward by Syncrude. Presumably it provided the protection Syncrude wanted .... Syncrude freely accepted the time limitations; there is no evidence that they were under any disadvantage or disability in the negotiating of them. There is no reason why they should not be held to their bargain, including

[TRADUCTION] ... est respecté par la disposition expresse du cahier des charges de Canadian Bechtel, qui a été intégrée par renvoi dans le bon de commande de Hunter U.S. et qui porte: «Il incombe uniquement au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur.» Selon moi, il ressort de ces mots clairs et simples que Syncrude, par l'intermédiaire de Canadian Bechtel, s'en remettait à la compétence et au jugement de Hunter U.S. sur le plan de la conception de boîtes d'engrenage. Il ressort manifestement [...] [de la preuve] que celle-ci s'est présentée comme possédant la compétence et le jugement voulus. [p. 72.]

Cette conclusion ne s'appliquait qu'aux contrats intervenus entre Syncrude et Hunter U.S. Le bon de commande d'Allis-Chalmers, qui est venu modifier le contrat de vente de la même manière que celui de Hunter U.S., contenait en outre cette modification plus importante:

[TRADUCTION] La dernière phrase de la clause 8 est supprimée et remplacée par ce qui suit: «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.»

Le juge Gibbs a considéré que cela était suffisant pour soustraire le contrat d'Allis-Chalmers à l'application de la garantie légale.

Le juge de première instance s'est arrêté ensuite à l'assertion de Syncrude qu'Allis-Chalmers s'était néanmoins rendue coupable d'inexécution fondamentale du contrat, de sorte que la clause d'exclusion ne pouvait s'appliquer. Il a rejeté cet argument pour deux motifs. En premier lieu, il a conclu, à la p. 77, que Syncrude avait adhéré pleinement et librement à la clause d'exclusion:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la clause écartant les garanties ou conditions légales ou autres, il est significatif, selon moi, que la responsabilité n'a pas été entièrement exclue. En effet, il y avait encore responsabilité en vertu de la clause 8 des conditions générales, et cette responsabilité n'était soumise qu'à une limite de temps de douze ou de vingt-quatre mois. C'est Syncrude qui a proposé la clause 8 portant garantie. On peut donc présumer qu'elle offrait la protection que recherchait Syncrude [...] Syncrude a librement accepté les limites de temps et on n'a produit aucun élément de preuve établissant qu'elle était de quelque manière désavantagée en négociant ces limites. Il n'y a aucune raison pour laquelle elle ne devrait pas être tenue de respecter son

that part which effectively excludes the implied condition of s. 15(1) of the Ontario Sale of Goods Act.

Second, he did not consider that the problems with the gearboxes amounted to a fundamental breach (pp. 77-78):

> As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price .... On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for from Stephens-Adamson. It has not convinced me that there was fundamental breach.

The final issue dealt with at trial concerned the trust fund unilaterally set up by Syncrude pending the outcome of the Hunter U.S./Hunter Canada litigation. When Hunter U.S. initiated its passing-off action it offered to assume the entire Hunter Canada contract with Syncrude, including this warranty:

> SELLER expressly warrants that the goods covered by this order are of merchantable quality, and satisfactory and safe for the use of the PURCHASER. Acceptance of the order shall constitute an agreement upon SELLER'S part to indemnify and hold the PURCHASER harmless from liability, loss, damage and expense, incurred or sustained by PURCHASER by reason of the failure of the goods to conform to such warranties.

As noted above, Syncrude opted instead to set up the trust fund, including the provision that acceptance of the Hunter Canada warranty was a precondition to receiving payment from it. After Hunter U.S. was successful in its action against

contrat, y compris la partie ayant pour effet d'exclure la condition implicite du par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario.

En deuxième lieu, le juge de première instance a estimé que les problèmes éprouvés avec les boîtes d'engrenage ne représentaient pas une inexécution fondamentale (aux pp. 77 et 78):

> [TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat initial [...] Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié avec Stephens-Adamson. La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

La dernière question abordée en première instance concernait le fonds en fiducie constitué unilatéralement par Syncrude en attendant l'issue du litige entre Hunter U.S. et Hunter Canada. Quand Hunter U.S. a engagé son action en *passing-off*, elle a offert d'endosser complètement le contrat passé entre Hunter Canada et Syncrude, y compris la garantie suivante:

> [TRADUCTION] Le VENDEUR garantit expressément que les marchandises visées par la présente commande sont de qualité marchande, qu'elles sont propres à l'usage auquel l'ACHETEUR les destine et qu'elles peuvent en toute sécurité être utilisées à cette fin. L'acceptation de la commande constitue un engagement de la part du VENDEUR d'indemniser l'ACHETEUR de toute perte ou tout dommage subis et de toute dépense engagée par l'ACHETEUR du fait que les marchandises se révèlent non conformes à ces garanties et de dégager l'ACHETEUR de toute responsabilité dans une telle éventualité.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, Syncrude a choisi plutôt d'établir le fonds en fiducie en prévoyant notamment que l'obtention d'un paiement à même le fonds était conditionnée à l'acceptation de la garantie de Hunter Canada. Après que Hunter

Hunter Canada it was no longer prepared to assume the full warranty, preferring to substitute the same guarantees as were contained in its other contract with Syncrude, and claimed ownership of the fund on that basis.

By the time this matter came to trial the trust fund held $420,000. The cost of repairs to the 11 mining gearboxes, for which Hunter U.S. had been found liable, was $200,000 inclusive of pre-judgment interest. Gibbs J. held that Syncrude should receive the income from the original fund and that Hunter U.S. was entitled to the principal of $242,229 but only if it met the conditions, particularly the warranty obligation, of the Hunter Canada contract. Hunter U.S. was given approximately two months to do so, failing which Syncrude would be entitled to keep all the money. Gibbs J. rejected an argument by Hunter U.S. that it was entitled to the entire fund "under the doctrines of constructive trust or unjust enrichment". He said at p. 81:

> In my opinion, the entitlement to the trust moneys is to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement .... There was no fiduciary relationship between Syncrude and Hunter U.S.; there had not been a payment of money or delivery of property by Hunter U.S. to Syncrude under circumstances where it would be against conscience for Syncrude to retain it; Hunter U.S. was not a party with Syncrude to any agreement which gave Hunter U.S. a claim on Syncrude's funds. Hunter U.S. had, and established, a claim against Hunter Canada. If Syncrude had paid the purchase price to Hunter Canada, on the authorities, Hunter U.S. could have recovered the profit element from Hunter Canada because of the fiduciary duty owed to Hunter U.S. by those of its employees who were the owners of Hunter Canada. In my opinion however, in the absence of the trust agreement, Hunter U.S. would have no claim against Syncrude. It had not contracted with Syncrude, nor had it provided any of those things for which profit stands as compensation, such as risk

U.S. eut obtenu gain de cause dans son action contre Hunter Canada, elle n'était plus disposée à assumer la garantie au complet, préférant y substituer les mêmes garanties que celles figurant dans son autre contrat avec Syncrude, et c'est dans ces conditions qu'elle a revendiqué la propriété du fonds.

Au moment où le procès a commencé, le fonds en fiducie contenait 420 000 $. Le coût des réparations effectuées sur les onze boîtes d'engrenage minières, que Hunter U.S. avait été condamnée à faire, était de 200 000 $ y compris les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Le juge Gibbs a statué que Syncrude devait toucher le revenu provenant du fonds initial et que Hunter U.S. avait droit au capital de 242 229 $, mais seulement si elle remplissait les conditions, notamment l'obligation découlant de la garantie, énoncées dans le contrat de Hunter Canada. On a alloué à Hunter U.S. un délai d'environ deux mois pour ce faire, à défaut de quoi Syncrude pourrait garder tout l'argent. Le juge Gibbs a rejeté un argument soulevé par Hunter U.S. selon lequel le fonds lui revenait en totalité [TRADUCTION] «suivant les principes de la fiducie par interprétation ou de l'enrichissement sans cause». Voici ce qu'il dit, à la p. 81:

> [TRADUCTION] À mon avis, la question de savoir qui a droit aux sommes en fiducie doit être tranchée uniquement en fonction des stipulations du contrat de fiducie [...] Il n'y avait aucune relation fiduciaire entre Syncrude et Hunter U.S.; Hunter U.S. n'avait payé à Syncrude aucune somme d'argent ni ne lui avait livré aucun bien dans des circonstances où il serait injuste que Syncrude les garde; il n'existait entre Syncrude et Hunter U.S. aucun contrat en vertu duquel cette dernière pourrait faire valoir un droit sur les fonds de Syncrude. Hunter U.S. avait établi qu'elle avait un recours contre Hunter Canada. D'après la jurisprudence, si Syncrude avait payé le prix d'achat à Hunter Canada, Hunter U.S. aurait pu recouvrer auprès de Hunter Canada l'élément des profits, et ce, en raison de l'obligation de fiduciaire qu'avaient envers Hunter U.S. ceux de ses employés qui étaient les propriétaires de Hunter Canada. À mon avis, cependant, en l'absence du contrat de fiducie, Hunter U.S. ne pourrait faire valoir aucune réclamation contre Syncrude. Elle n'avait pas passé de contrat avec celle-ci ni n'avait fourni aucune des choses, telles que le capital de risque, un personnel compétent et bien renseigné, la supervision, les frais

capital, skilled and knowledgeable staff, supervision, overhead, and like matters. None of its plant or personnel had been used.

The final judgment in favour of Syncrude was for $750,000 plus pre-judgment interest plus whatever sum it eventually kept from the trust fund.

(b) *British Columbia Court of Appeal*

Syncrude appealed the finding of no fundamental breach by Allis-Chalmers and Hunter U.S. cross-appealed the other findings by Gibbs J. The Court of Appeal (Carrothers, Aikins and Anderson JJ.A.), in a judgment reported at (1985), 68 B.C.L.R. 367, rejected Hunter U.S.'s appeal on its liability under the statutory warranty primarily by adopting the reasoning of the trial judge. Anderson J.A., for the court, in dealing with Hunter U.S.'s argument that it was not responsible for the design faults, added this comment at p. 377:

> ... the reasons for judgment of the learned trial judge were based on a comprehensive consideration of the evidence. He heard all the witnesses and examined all of the documentary evidence and it is difficult, if not impossible, for this court to substitute its judgment for that of the trial judge by fragmentary reference to the evidence and the contract documents, as counsel for Hunter would have us do. Palpable and overriding error cannot be demonstrated in that way.

The Court of Appeal did, however, allow Hunter U.S.'s appeal on the ownership of the income from the trust fund. Anderson J.A. said at p. 382:

> In my opinion, this issue falls to be determined by reference to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Pettkus v. Becker* .... In that case, Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, set forth the criteria necessary to establish a successful claim for unjust enrichment as being:
>
> (1) An enrichment of the defendant;
>
> (2) A corresponding deprivation of the plaintiff;

généraux, et ainsi de suite, pour lesquelles le profit constitue la rétribution. On ne s'était servi ni de ses installations ni de son personnel.

Dans le jugement définitif rendu en sa faveur, Syncrude s'est vu accorder 750 000 $ plus les intérêts courus jusqu'au moment du jugement ainsi que la partie du fonds en fiducie qu'elle finirait par garder.

b) *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

Syncrude a interjeté appel contre la conclusion qu'Allis-Chalmers n'était pas coupable d'inexécution fondamentale et Hunter U.S. a interjeté un appel incident contre les autres conclusions du juge Gibbs. Dans un arrêt publié à (1985), 68 B.C.L.R. 367, la Cour d'appel (les juges Carrothers, Aikins et Anderson) a rejeté l'appel interjeté par Hunter U.S. sur la question de sa responsabilité en vertu de la garantie légale, principalement en adoptant le raisonnement du juge de première instance. En se penchant sur l'argument de Hunter U.S. portant qu'elle n'était pas responsable des vices de conception, le juge Anderson, s'exprimant au nom de la cour, ajoute l'observation suivante, à la p. 377:

> [TRADUCTION] ... le juge de première instance a fondé ses motifs de jugement sur une étude approfondie de la preuve. Il a entendu tous les témoins et a examiné l'ensemble de la preuve documentaire. Il est donc difficile, voire impossible, pour cette cour de substituer son propre jugement à celui du juge de première instance en se reportant d'une manière fragmentaire à la preuve et aux documents constatant le contrat, comme l'avocat de Hunter voudrait que nous le fassions. Ce n'est pas ainsi qu'on peut démontrer l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel de Hunter U.S. relativement à la question de la propriété du revenu produit par le fonds en fiducie. Le juge Anderson affirme ceci, à la p. 382:

> [TRADUCTION] À mon avis, cette question doit être tranchée en fonction de l'arrêt *Pettkus c. Becker* de la Cour suprême du Canada [...] Dans cette affaire, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a énoncé les conditions à remplir pour pouvoir établir l'enrichissement sans cause:
>
> (1) un enrichissement du défendeur;
>
> (2) un appauvrissement correspondant du demandeur;

(3) The absence of a juristic reason for the enrichment.

He then held that, were Syncrude to retain the trust income, it would be unjustly enriched and Hunter U.S. correspondingly deprived of income from profit rightfully theirs but for the fraud of Hunter Canada. No juristic reasons justified the enrichment of Syncrude. Provided Hunter U.S. adopted the warranty obligations in the Hunter Canada contract it was entitled to the fund after trustee's expenses minus the sum required to repair the 11 gearboxes, i.e., $200,000.

The Court of Appeal also allowed Syncrude's appeal against Allis-Chalmers on the question of fundamental breach. Anderson J.A. found that the warranty exclusion clause, although broad, was not broad enough " 'to destroy the foundation of the contract and its business efficacy by eliminating the . . . essential undertaking' of Allis-Chalmers to provide gearboxes capable of meeting the requirements of the extraction process" (p. 392). He then went on to note:

> There is, however, another compelling reason for holding that the warranty clause was not intended to exclude claims for "fundamental breach". The contract between Syncrude and Allis-Chalmers included a "Limitation of Liability" clause, reading as follows:
>
> Paragraph 14—Limitation of Liability
>
> Notwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions neither the Seller nor the Buyer shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, *fundamental* or otherwise or from any tortious act or omissions of their respective employees (sic) or agents and in no event shall the liability of the Seller exceed the unit price of the defective product or of the product subject to late delivery. (The italics are mine.)

(3) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement.

Le juge Anderson a ensuite conclu que, si Syncrude devait garder le revenu provenant du fonds en fiducie, elle serait injustement enrichie et Hunter U.S. subirait un appauvrissement correspondant du fait d'avoir été privée du revenu produit par des profits qui auraient légitimement été les siens n'eût été la fraude de Hunter Canada. Il n'y avait aucun motif juridique qui justifiait l'enrichissement de Syncrude. À la condition d'accepter les obligations en matière de garantie contenues dans le contrat de Hunter Canada, Hunter U.S. avait droit aux fonds restant après paiement des frais du fiduciaire, moins la somme requise pour réparer les onze boîtes d'engrenage, c.-à-d. 200 000 $.

La Cour d'appel a également accueilli l'appel interjeté par Syncrude contre Allis-Chalmers sur la question de l'inexécution fondamentale. Le juge Anderson a conclu que la clause d'exclusion figurant dans la garantie avait une portée qui, quoique générale, n'était pas assez générale [TRADUCTION] «pour détruire le fondement du contrat et pour le rendre inopérant par la suppression de [. . .] l'engagement essentiel» d'Allis-Chalmers de fournir des boîtes d'engrenage susceptibles de répondre aux exigences du processus d'extraction» (p. 392). Il a ensuite fait remarquer:

> [TRADUCTION] Il existe toutefois une autre raison impérieuse de conclure que la clause de garantie n'était pas destinée à exclure les réclamations pour «inexécution fondamentale». Le contrat entre Syncrude et Allis-Chalmers comprenait une clause de «Limitation de responsabilité», dont voici le texte :
>
> Paragraphe 14—Limitation de responsabilité
>
> Nonobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni le vendeur ni l'acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, *fondamentale* ou autre, du présent contrat, ou résultant d'un acte ou d'une omission délictuels de la part de leurs employés ou de leurs mandataires respectifs et en aucun cas la responsabilité du vendeur ne dépassera le prix unitaire du produit défectueux ou du produit non livré dans les délais prévus. (Les italiques sont de moi.)

It will be seen that this clause clearly stipulates that Allis-Chalmers shall not be liable "for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, *fundamental* or otherwise". It follows that if claims for "fundamental breach" were excluded by the terms of the warranty clause, it would not have been necessary to make specific provision for the exclusion of liability in cases where the "fundamental" breach resulted in a "loss of use" claim. In other words, when the parties intended to exclude liability for "fundamental breach", they said so in clear and express terms.

Having found that liability for fundamental breach was not excluded, Anderson J.A. held Allis-Chalmers liable on that ground. The cost of repairs was 86% of the purchase price and the bull gear failed after less than two years' service when it should have lasted for ten. Accordingly, "Allis-Chalmers was in 'fundamental breach' because Syncrude was deprived of substantially the whole benefit of the contract".

The Court of Appeal's judgment thus gave Syncrude the $750,000 it had won at trial plus $400,000 for repairs to the extraction gearboxes. Interest on both these sums brought the total to $1.535M.

4. The Issues Before This Court

Both Hunter U.S. and Allis-Chalmers appealed to this Court and there is also a cross-appeal by Syncrude concerning the Court of Appeal's award of the trust fund to Hunter U.S. Four separate grounds of appeal were argued. I will deal with them in the following order:

(i) the liability of Hunter U.S. for the design faults which caused the gearboxes to fail;

(ii) the liability of Hunter U.S. under the statutory warranty in the *Sale of Goods Act*;

On se rend compte que cette clause prévoit clairement qu'Allis-Chalmers n'est pas tenue de payer des «dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, *fondamentale* ou autre du présent contrat». Il s'ensuit que, si la clause de garantie avait exclu les réclamations pour «inexécution fondamentale», il n'aurait pas été nécessaire de prévoir expressément la non-responsabilité dans le cas où l'inexécution «fondamentale» a donné lieu à une action pour «perte d'usage». En d'autres termes, quand les parties ont voulu exclure la responsabilité pour «inexécution fondamentale», elles l'ont fait d'une manière claire et explicite.

Ayant conclu que la responsabilité pour inexécution fondamentale n'était pas exclue, le juge Anderson a déclaré Allis-Chalmers responsable pour cause d'inexécution fondamentale. Le coût des réparations s'est élevé à 86 pour 100 du prix d'achat et la couronne principale s'est révélée défectueuse après moins de deux ans d'usage, alors qu'elle aurait dû durer dix ans. Par conséquent, [TRADUCTION] «Allis-Chalmers était coupable d'«inexécution fondamentale» parce que Syncrude a été privée de la quasi-totalité du bénéfice du contrat».

La Cour d'appel a donc accordé à Syncrude les 750 000 $ qu'elle avait obtenus en première instance, plus 400 000 $ pour les réparations effectuées sur les boîtes d'engrenage d'extraction. Avec les intérêts sur ces sommes, le montant total attribué était de 1,535 million de dollars.

4. Les questions en litige devant cette Cour

Hunter U.S. et Allis-Chalmers se sont toutes les deux pourvues devant cette Cour. De plus, un pourvoi incident a été formé par Syncrude relativement à la décision de la Cour d'appel d'accorder le fonds en fiducie à Hunter U.S. Quatre moyens distincts ont été soulevés. Je les aborderai dans l'ordre suivant:

(i) la responsabilité de Hunter U.S. pour les vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage;

(ii) la responsabilité de Hunter U.S. en vertu de la garantie prescrite dans la *Sale of Goods Act*;

(iii) the liability of Allis-Chalmers under the doctrine of fundamental breach;

(iv) the ownership of the trust fund.

(i) *Responsibility for Design Faults*

In argument before this Court, Mr. Giles, counsel for Hunter U.S., devoted much of his time to this aspect of the appeal. He sought to persuade us that Hunter U.S. had merely designed the gears according to the specifications laid down by Canadian Bechtel, Syncrude's agent. Accordingly, if the specifications were inadequate for the task to be performed, the fault was that of Syncrude and not Hunter U.S. Hunter U.S. could only be to blame if its design failed to meet those specifications. Since Syncrude led no evidence to show that Hunter U.S.'s design failed to comply with Bechtel's specifications, the verdict of the trial judge was unreasonable.

As noted in my review of the judgments below, this argument was considered and rejected both by the trial judge and the British Columbia Court of Appeal. I do not believe that Mr. Giles' position finds any support in the terms of the contract between the parties. I would accordingly adopt the findings of the courts below on this issue. I will, however, add some observations of my own. In the purchase order of January 29, 1975, Hunter U.S.'s task is stated to be to "furnish all labour and material for the design, fabrication and delivery of the following equipment in accordance with specification 9776-3T-14 in your possession". The use of the word "design" in addition to "fabrication" indicates a creative role for Hunter U.S. going well beyond the mere construction of a gearbox from specifications prepared for Syncrude by Canadian Bechtel. The willingness of Hunter U.S. to take on such a role is further evidenced by its tender to Syncrude of February 20, 1974, which contains *inter alia* the following statements:

(iii) la responsabilité d'Allis-Chalmers en vertu du principe de l'inexécution fondamentale;

(iv) la propriété du fonds en fiducie.

(i) *La responsabilité pour les vices de conception*

Au cours de son argumentation devant cette Cour, Me Giles, l'avocat de Hunter U.S., a consacré beaucoup de son temps à cet aspect du pourvoi. Il a tenté de nous convaincre que Hunter U.S. avait simplement conçu les engrenages selon le cahier des charges établi par Canadian Bechtel, la mandataire de Syncrude. Par conséquent, si le cahier des charges n'était pas adapté aux travaux à accomplir, c'était la faute à Syncrude et non pas à Hunter U.S. Cette dernière ne pouvait être blâmée que si le modèle qu'elle avait conçu ne respectait pas ce cahier des charges. Vu que Syncrude n'a produit aucun élément de preuve démontrant que le modèle conçu par Hunter U.S. n'était pas conforme au cahier des charges de Bechtel, la décision du juge de première instance était déraisonnable.

Comme je l'ai fait remarquer dans mon examen des jugements des tribunaux d'instance inférieure, cet argument a été étudié et rejeté tant par le juge de première instance que par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je ne crois pas que la position de Me Giles puisse le moindrement s'appuyer sur les conditions du contrat intervenu entre les parties. J'adopte en conséquence les conclusions des tribunaux d'instance inférieure sur cette question. Je me permets toutefois d'ajouter certaines observations personnelles. Selon le bon de commande du 29 janvier 1975, la tâche de Hunter U.S. consiste à [TRADUCTION] «fournir toute la main-d'œuvre et tous les matériaux nécessaires pour la conception, la fabrication et la livraison de l'équipement suivant en conformité avec le cahier des charges 9776-3T-14 que vous avez en votre possession». Or, l'emploi du mot «conception» en plus du mot «fabrication» indique que Hunter U.S. devait jouer un rôle de création qui dépassait largement la simple fabrication d'une boîte d'engrenage à partir d'un cahier des charges établi pour Syncrude par Canadian Bechtel. La volonté de Hunter U.S. d'assumer un tel rôle se dégage en outre de la soumission en date du 20 février 1974 qu'elle a présentée à Syncrude, laquelle soumission contient notamment les déclarations suivantes:

This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

This drive group has been designed for installation and operation in the remote areas and hostile environment normal to the mining industry. The units are designed for a high degree of reliability based on design arts developed in similar installations . . . .

This specification has been prepared to qualify HUNTER ENGINEERING COMPANY, INC., as a competent and experienced manufacturer of specialized gear drive equipment.

Hunter drives are designed for specific applications, incorporating those features required to minimize operational and environmental hazards having an adverse effect on the performance of the unit. Our market effort is directed towards those unique applications which challenge our designers' ingenuity. Hunter has the engineering, manufacturing and financial resources to supply the complete drive package designed to reliably power any defined processing function. [Emphasis added.]

Perhaps more significantly, the specifications referred to in the purchase order are, in layman's language, specifications about what the gearboxes were required to do, not specifications of how they were to be built. Section 1.11 of those specifications states that "correct and adequate design is the seller's sole responsibility". Sections 4 and 5 provide information about site elevation, climatic conditions, and expected hours of operation of the gears. Section 7 warns the seller of the need for materials able to withstand the extreme climate of the tarsands region. Other sections, particularly s. 10, lay out further details of what the gearboxes were required to do and make reference to how to achieve this. Some of these references are very general, for example, s. 10.1.1:

[TRADUCTION] Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Ce mécanisme d'entraînement a été conçu en vue d'être installé et utilisé dans les régions éloignées et dans l'environnement hostile où s'exercent normalement les activités de l'industrie minière. Les unités en question sont conçues selon des techniques mises au point dans des installations similaires, de manière à assurer une grande fiabilité . . .

Le présent cahier des charges a été préparé afin que HUNTER ENGINEERING COMPANY INC. soit reconnue comme une fabricante compétente et expérimentée de trains d'engrenage destinés à des usages spéciaux.

Les mécanismes d'entraînement de Hunter sont conçus en vue d'usages précis et sont dotés des caractéristiques nécessaires pour réduire au minimum les risques pour le bon fonctionnement de chaque unité présentés par les conditions d'utilisation et par l'environnement. Nous nous efforçons de mettre sur le marché des produits destinés à des usages uniques qui font appel à toute l'ingéniosité de nos concepteurs. Hunter dispose des moyens techniques, des moyens de production et des ressources financières nécessaires pour fournir un ensemble complet d'entraînement conçu pour répondre d'une manière fiable à un usage déterminé. [Je souligne.]

Fait peut-être encore plus révélateur, le cahier des charges mentionné dans le bon de commande porte, pour le dire en termes simples, sur ce à quoi devaient servir les boîtes d'engrenage et non pas sur la façon de les fabriquer. La clause 1.11 du cahier des charges précise qu'[TRADUCTION] «il est de la responsabilité exclusive du vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et exempte d'erreur». Les clauses 4 et 5 fournissent des renseignements sur l'altitude de l'emplacement, sur les conditions climatiques et sur les heures d'utilisation prévues des engrenages. À la clause 7, on prévient le vendeur de la nécessité de matériaux pouvant résister aux rigueurs du climat de la région des sables bitumineux. D'autres clauses, notamment la clause 10, donnent des précisions sur l'usage auquel sont destinées les boîtes d'engrenage et traitent de la manière dont elles pourront être ainsi utilisées. Certaines de ces mentions sont très générales comme, par exemple, la clause 10.1.1:

10.1.1 All components shall be of heavy duty design as required for the specified operating conditions.

Some of the references are more specific. For example, in 10.2.6, dealing with "Housings", it states:

Housings shall be made from steel, stress relieved after welding in accordance with 8.2.2 . . . .

Generous inspection openings with bolted and gasketed doors complete with lifting handles shall be provided in the housing cover, to allow for inspection of high speed, intermediate and low speed gearing without removal of major housing sections. In addition, the upper half of the housing shall be removable to allow for removal and replacement of gearing . . . .

Housings shall be provided with oil level indicators at each point in the housing where oil level is critical to successful reducer performance.

I include these extracts merely to illustrate the kinds of general requirements—operating conditions, operating load and hours, desired features—that are put forward in the specifications. Nowhere is there any instruction to Hunter U.S. about what thickness of steel should be used for the gear housings or about how the assembly was to be put together. There may be aspects of this contract where the dividing line between the responsibilities of the parties is unclear but I do not think that this is one of them. I do not believe there is any need to delve further into the details of the contract and Syncrude's specifications. The extracts that I have summarized and quoted demonstrate the different roles played by the parties. Syncrude's specifications are a recitation of what the gearboxes should be able to achieve and general guidelines as to how this should be done. Hunter U.S. took on the task of deciding specific design details. The thickness of the steel plates and the way in which the gear housing was to be welded together were both within Hunter U.S.'s purview. It was these design decisions that proved

[TRADUCTION]
10.1.1 Toutes les composantes doivent être de construction robuste de manière à satisfaire aux exigences posées par les conditions d'utilisation spécifiées.

a D'autres mentions sont plus précises. Par exemple, la clause 10.2.6., portant sur les [TRADUCTION] «carters», se lit ainsi:

[TRADUCTION] Les carters doivent être en acier, ayant *b* été soumis à un recuit de détente après le soudage, conformément à la clause 8.2.2 . . .

Pour permettre l'inspection des engrenages à grande vitesse, des engrenages à vitesse intermédiaire et des engrenages à faible vitesse sans qu'il soit nécessaire *c* d'enlever des parties importantes du carter, celui-ci doit être pourvu de larges regards d'inspection couverts par des plaques boulonnées et munies de joints d'étanchéité et aussi de poignées. De plus, la moitié supérieure du carter doit pouvoir s'enlever afin de permettre de sortir *d* et de remplacer les engrenages . . .

Les carters doivent être munis d'indicateurs de niveau d'huile à chaque endroit où le niveau de l'huile est crucial pour le bon fonctionnement des réducteurs.

e Si je reproduis ces extraits, c'est simplement pour illustrer les genres d'exigences générales—les conditions d'utilisation, la charge et les heures d'utilisation, les caractéristiques souhaitées—énoncées dans le cahier des charges. Aucune directive *f* n'est donnée à Hunter U.S. concernant l'épaisseur d'acier à utiliser pour les carters d'engrenage ni concernant l'assemblage des composantes. Il se peut que sous certains aspects la ligne de démarcation entre les responsabilités des parties à ce con*g* trat soit incertaine, mais je ne crois pas que ce soit le cas de l'aspect dont il est présentement question. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'entrer davantage dans le détail du contrat et du cahier des *h* charges de Syncrude. Les extraits que j'ai résumés et que j'ai cités révèlent les différents rôles joués par les parties. Le cahier des charges de Syncrude énonce ce que les boîtes d'engrenage devraient pouvoir faire et contient des indications générales *i* quant à la manière dont cela devrait se faire. Hunter U.S. a pris sur elle de décider des détails précis de la conception. L'épaisseur des plaques d'acier ainsi que la façon dont les composantes du carter d'engrenage devaient être soudées ensemble *j* étaient des questions qui relevaient toutes les deux de la compétence de Hunter U.S. Ce sont ces décisions en matière de conception qui se sont

to be wrong. Hunter U.S.'s appeal on this issue must accordingly fail.

(ii) *The Statutory Warranty*

Although Hunter U.S. was liable for the design fault that caused the gearboxes to fail, the failure was discovered after the contractual warranty period had expired. For Syncrude to succeed, therefore, it must find an alternative route to establishing Hunter U.S.'s liability. Two issues are of concern here. The first is whether either or both of the exclusionary clauses in the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts are sufficient to preclude the application of the statutory warranty. If not, then a second issue arises as to whether the gearboxes were "reasonably fit" for their purpose.

I would answer these questions in the same way as Gibbs J. and the British Columbia Court of Appeal. Section 15(4) of the *Sale of Goods Act* provides that an express warranty "does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent therewith". Hunter U.S. argues that it may invoke s. 15(4) because the specific limitation period in its express warranty serves to exclude any other warranty which would extend beyond that period. This argument runs counter to two long-established and related principles in the law of contract: 1) that an exclusion clause should be strictly construed against the party seeking to invoke it and 2) that clear and unambiguous language is required to oust an implied statutory warranty: see *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394 (H.L.); *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201 (H.C.); *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352 (C.A.); Fridman, *Sale of Goods in Canada* (3rd ed. 1986), at p. 282. I would adopt the following statement of the law by Eberle J. of the Ontario Supreme Court in *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417, at p. 430:

révélées erronées. À cet égard, le pourvoi de Hunter U.S. doit donc échouer.

(ii) *La garantie légale*

Quoique Hunter U.S. ait été responsable du vice de conception à l'origine de la défectuosité des boîtes d'engrenage, cette défectuosité n'a été découverte qu'après l'expiration de la garantie contractuelle. Donc, si elle ne veut pas se voir débouter, Syncrude doit trouver une autre façon d'établir la responsabilité de Hunter U.S. À ce propos, deux questions se posent. La première est de savoir si l'une ou l'autre ou les deux clauses d'exclusion figurant dans les contrats de Hunter U.S. et d'Allis-Chalmers suffisent pour rendre inapplicable la garantie légale. Dans l'hypothèse d'une réponse négative, la seconde question est de savoir si les boîtes d'engrenage étaient «raisonnablement adaptées» à l'usage auquel elles étaient destinées.

Je répondrais à ces questions de la même manière que l'ont fait le juge Gibbs et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le paragraphe 15(4) de la *Sale of Goods Act* dispose qu'une garantie expresse [TRADUCTION] «n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles». Hunter U.S. fait valoir qu'elle peut invoquer le par. 15(4) parce que le délai précis fixé dans sa garantie expresse vient exclure toute autre garantie de plus longue durée. Or, il s'agit là d'un argument qui va à l'encontre de deux principes bien établis et connexes du droit des contrats, savoir: 1) une clause d'exclusion doit recevoir une interprétation stricte à l'encontre de la partie qui cherche à l'invoquer et 2) une garantie légale implicite ne peut être écartée que par des termes clairs et nets: voir *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394 (H.L.); *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201 (H.C.); *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352 (C.A.); Fridman, *Sale of Goods in Canada* (3e éd. 1986), à la p. 282. J'adopte la formulation suivante du principe de droit applicable qu'a faite le juge Eberle de la Cour suprême de l'Ontario dans la décision *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417, à la p. 430:

... although a vendor may exclude conditions implied by the *Sale of Goods Act*, he must use explicit language, in the absence of which the court will not be prepared to find that the conditions have been excluded.

In the present case there is clearly no explicit exclusion of the implied warranty contained in the Hunter U.S. contract. I find it equally clear that the revision to the Allis-Chalmers agreement did explicitly and unambiguously oust the statutory warranty by stating: "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied" (my emphasis). The explicit reference to the statutory warranty is crucial here and in my view serves to prevent the application of s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* to the Allis-Chalmers contract.

This finding on the Hunter U.S. warranty requires a consideration of whether the gearboxes were, in the words of s. 15(1) of the Act, "reasonably fit" for the purpose for which they were supplied. I think this issue can be disposed of very shortly. It is abundantly clear that Syncrude informed Hunter U.S. of the purpose for which the gearboxes were required, that Syncrude relied on Hunter U.S.'s expertise, and that the gears were "goods ... which it is in the course of the seller's business to supply". It is equally clear that the gears were not reasonably fit for their purpose. The trial judge found as facts that:

(a) the gears would normally be expected to work for ten years before needing extensive overhauling;

(b) the gears needed to be replaced after only 15 months or so, despite never being put to more than 60 per cent of their intended workload;

(c) the cost of repairing the extraction gearboxes was $400,000 compared to the original price of $464,300.

[TRADUCTION] ... bien qu'un vendeur puisse exclure les conditions implicites de la *Sale of Goods Act*, il doit le faire de manière explicite, sans quoi la cour ne sera pas disposée à conclure que ces conditions ont été écartées.

En l'espèce, il n'y a manifestement pas d'exclusion explicite de la garantie implicite que comporte le contrat de Hunter U.S. Je considère qu'il est tout aussi évident que la modification apportée au contrat d'Allis-Chalmers a explicitement et d'une manière non équivoque exclu la garantie légale, lorsqu'on a précisé: [TRADUCTION] «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre» (je souligne). La mention explicite de la garantie légale est cruciale ici et, à mon avis, vient empêcher que le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* ne s'applique au contrat d'Allis-Chalmers.

Cette conclusion concernant la garantie de Hunter U.S. nous oblige à examiner si les boîtes d'engrenage étaient, pour reprendre l'expression du par. 15(1) de la Loi, «raisonnablement adaptées» à l'usage pour lequel elles ont été fournies. Je crois que cette question peut être résolue très brièvement. Il est tout à fait clair que Syncrude a informé Hunter U.S. de l'usage pour lequel les boîtes d'engrenage étaient requises, que Syncrude s'est fiée à la compétence de Hunter U.S. et que les engrenages étaient des «objets [...] que le vendeur fournit dans le cours de son commerce». De même, il ne fait pas de doute que les engrenages n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. En effet, le juge de première instance a constaté:

a) qu'on pouvait normalement s'attendre à ce que les engrenages fonctionnent pendant dix ans avant de nécessiter une révision majeure;

b) les engrenages ont dû être remplacés après seulement une quinzaine de mois d'utilisation, quoiqu'on ne les ait jamais fait fonctionner à plus de 60 pour 100 du rendement qu'ils étaient destinés à fournir;

c) le coût de la réparation des boîtes d'engrenage d'extraction s'élevait à 400 000 $ alors que leur prix initial était de 464 300 $.

Gibbs J.'s conclusion was that in such circumstances the gears could not be considered reasonably fit for their purpose. The Court of Appeal endorsed that finding and I would unequivocally affirm it also. The defects in design were crucial. The cracking was not something that would be expected to happen in the normal lifetime of the gearboxes. I would conclude therefore that Hunter U.S. is liable for the cost of repairs to the mining gearboxes.

(iii) *Fundamental Breach*

Fundamental breach has been the subject of many judicial definitions. It has been described as "a breach going to the root of the contract" (*Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (H.L.), *per* Lord Reid at p. 399) and as one which results "in performance totally different from what the parties had in contemplation" (*R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15 (Ont. C.A.), *per* Arnup J.A. at p. 20). In *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517 (N.S.C.A.), MacKeigan C.J.N.S. gave nine different definitions from leading Canadian and United Kingdom cases. The definitional uncertainty that has pervaded this area of the law is further illustrated by Fridman, *Law of Contract in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 531, and the cases cited therein.

The formulation that I prefer is that given by Lord Diplock in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), at p. 849. A fundamental breach occurs "Where the event resulting from the failure by one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract" (emphasis added). This is a restrictive definition and rightly so, I believe. As Lord Diplock points out, the usual remedy for breach of a "primary" contractual obligation (the thing bargained for) is

Le juge Gibbs est arrivé à la conclusion que, dans ces circonstances, les engrenages ne pouvaient être considérés comme raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. La Cour d'appel a fait sienne cette conclusion et j'affirme sans équivoque qu'elle doit être maintenue. Les vices de conception étaient cruciaux. On ne se serait pas attendu que les fissures se produisent au cours de la vie utile normale des boîtes d'engrenage. Je conclus en conséquence que Hunter U.S. doit assumer le coût des réparations effectuées sur les boîtes d'engrenage minières.

(iii) *L'inexécution fondamentale*

L'inexécution fondamentale a fait l'objet de maintes définitions dans la jurisprudence. Elle a été décrite comme [TRADUCTION] «une violation qui touche à la base du contrat» (*Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (H.L.), lord Reid, à la p. 399) et comme une violation qui entraîne [TRADUCTION] «une exécution complètement différente de ce qu'avaient envisagé les parties» (*R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15 (C.A. Ont.), le juge Arnup, à la p. 20). Dans l'arrêt *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517 (C.A.N.-É.), le juge en chef MacKeigan donne neuf définitions différentes tirées d'arrêts de principe canadiens et britanniques. On trouve d'autres illustrations de l'incertitude définitionnelle qui caractérise ce domaine du droit dans Fridman, *Law of Contract in Canada* (2e éd. 1986), à la p. 531, et dans la jurisprudence y citée.

La formulation que je préfère est celle donnée par lord Diplock dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), à la p. 849. Il y a inexécution fondamentale [TRADUCTION] «Lorsque l'événement qui résulte de l'omission d'une partie de s'acquitter d'une obligation première a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat» (je souligne). Cette définition est restrictive, et ce, à juste titre selon moi. Comme le fait observer lord Diplock, le redressement normal dans le cas d'un manquement à une obligation

a concomitant "secondary" obligation to pay damages. The other primary obligations of both parties yet unperformed remain in place. Fundamental breach represents an exception to this rule for it gives to the innocent party an additional remedy, an election to "put an end to all primary obligations of both parties remaining unperformed" (p. 849). It seems to me that this exceptional remedy should be available only in circumstances where the foundation of the contract has been undermined, where the very thing bargained for has not been provided.

I do not think the present case involves a fundamental breach. The trial judge had this to say on the question at pp. 77-78:

> As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price. No doubt the bull gear is an important component of the gearbox but no more important than the engine in an automobile and in the *Gafco Ent.* case the failure of the engine was not a sufficiently fundamental breach to lead the Court to set aside the contract of sale. On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for from Stephens-Adamson. It has not convinced me that there was fundamental breach.

The Court of Appeal, in overturning this finding, seems to have been influenced by two factors: that the repair cost was 85 per cent of the original contract price and that the gear which should have lasted ten years failed after less than two. I will deal with each of these factors in turn.

contractuelle «première» (l'objet du contrat) consiste en une obligation «secondaire» concomitante de verser des dommages-intérêts. Les autres obligations premières, dont les deux parties contractantes ne se sont pas encore acquittées, subsistent. Le principe de l'inexécution fondamentale représente une exception à cette règle puisqu'il accorde à la partie innocente un redressement supplémentaire, en ce sens qu'elle peut choisir de [TRADUCTION] «mettre fin à toutes les obligations premières encore inexécutées des deux parties» (p. 849). Il me semble qu'on ne devrait pouvoir obtenir ce redressement exceptionnel que dans des circonstances où le fondement même du contrat a été miné, c'est-à-dire lorsque l'objet même du contrat n'a pas été réalisé.

Je ne crois pas qu'il y ait en l'espèce une inexécution fondamentale. Voici ce qu'a dit le juge de première instance à ce propos, aux pp. 77 et 78:

> [TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat initial. Sans aucun doute, la couronne principale constitue un élément important de la boîte d'engrenage, mais son importance ne dépasse pas celle du moteur d'une automobile et, dans l'affaire *Gafco Ent.*, le bris du moteur ne représentait pas une inexécution suffisamment fondamentale pour amener la cour à annuler le contrat de vente. Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié avec Stephens-Adamson. La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

La décision de la Cour d'appel d'écarter cette conclusion semble avoir été motivée par deux facteurs: le coût des réparations s'élevait à 85 pour 100 du prix d'achat initial stipulé par le contrat et l'engrenage qui aurait dû durer dix ans a cédé après moins de deux ans d'utilisation. J'aborderai tour à tour chacun de ces facteurs.

There is an obvious conflict between the judgments below over the relationship between the size of the contract and the cost of repairs. The Court of Appeal treated the contract for the gearboxes as a discrete transaction in coming to its conclusion. The trial judge, however, was influenced by the fact that the overall contract with Allis-Chalmers was for 14 conveyor systems, only 4 of which contained extraction gearboxes. The total cost of these systems was in excess of $4M. It seems to me that the trial judge was right to take this into account. If he was, then Allis-Chalmers breached only one aspect of its contract with Syncrude, one "primary obligation". Although the gears were obviously an important component of the conveyor system, their inferior performance did not have the effect of depriving Syncrude of "substantially the whole benefit of the contract" to use Lord Diplock's phrase. The cost of repair was only a small part of the total cost.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont manifestement contradictoires sur la question du rapport entre l'importance du contrat et le coût des réparations. Pour arriver à sa conclusion, la Cour d'appel a considéré le contrat portant sur les boîtes d'engrenage comme une opération distincte. Le juge de première instance a toutefois été influencé par le fait que le contrat global avec Allis-Chalmers prévoyait la fourniture de quatorze systèmes de convoyeurs, dont quatre seulement comportaient des boîtes d'engrenage d'extraction. Le coût total de ces systèmes s'élevait à plus de 4 millions de dollars. Il me semble que c'est à bon droit que le juge de première instance a tenu compte de cela. Or, si c'est le cas, Allis-Chalmers n'a violé que sous un seul aspect son contrat avec Syncrude; elle n'a manqué qu'à une «obligation première». De toute évidence, les engrenages constituaient un élément important du système de convoyeurs, mais leur mauvais fonctionnement n'a pas eu pour effet de priver Syncrude de la «quasi-totalité du bénéfice» du contrat, pour reprendre l'expression de lord Diplock. Le coût des réparations ne représentait qu'une petite partie du coût total.

Syncrude bargained for and received bull gears. Clearly, they were not very good gears. They were not reasonably fit for the purposes they were intended to serve. But they did work for a period of time and were repairable. There are numerous cases in which serious but repairable defects in machinery of various kinds have been found not to amount to fundamental breach. In *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262 (C.A.), a case relied on by Gibbs J. in this case, the purchaser bought a second-hand car for $12,000 which immediately required some $4,000 worth of engine repairs. Harradence J.A. held that the defects "do not amount to a breach going to the root of the contract. They are repairable, albeit at some expense" (p. 267). Similarly, in *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.), a transmission failure shortly

Syncrude a conclu un contrat pour la fourniture de couronnes principales et c'est ce qu'elle a reçu. Il est clair que ce n'étaient pas de très bons engrenages. Ils n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. Ils ont néanmoins fonctionné pendant un certain temps et étaient réparables. Il existe de nombreuses décisions où on a jugé que des vices graves mais réparables dans différentes machines ne constituaient pas une inexécution fondamentale. Dans l'affaire *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262 (C.A.), sur laquelle s'est fondé le juge Gibbs en l'espèce, l'acheteur avait acquis, pour la somme de 12 000 $, une voiture d'occasion dont le moteur a immédiatement nécessité des réparations coûtant environ 4 000 $. Le juge Harradence de la Cour d'appel a décidé que les vices [TRADUCTION] «ne constituent pas une violation touchant à la base du contrat. Ils sont réparables, quoique moyennant un certain coût» (p. 267). De même, dans l'arrêt *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.), le bris d'une transmission survenu peu après l'expiration d'une garantie de trente jours

after the expiration of a 30-day warranty on a used car was found not to be a fundamental breach. Hughes C.J.N.B. said at p. 711:

> In my view the car which the defendant sold the plaintiff was not essentially different in character from what the parties should have had in contemplation. Although the car was in poorer condition than either party probably knew, I do not think the defects amounted to "such a congeries of defects as to destroy the workable character of the machine" and consequently the plaintiff's claim for a declaration that there has been a fundamental breach entitling him to rescission if [*sic*] the contract fails.

In *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275 (N.S.S.C.A.D.), another case involving a faulty but repairable car, Pace J.A. said, at p. 279, that "the doctrine of fundamental breach was never intended to be applied to situations where the parties have received substantially what they had bargained for".

In the present case the Court of Appeal relied on its own prior judgment in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (B.C.C.A.), which it said was "very similar" to this one (p. 390). *Beldessi*, however, involved a log skidding machine which, despite numerous repairs, never worked properly. It was therefore similar to *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, in which a printing press could not be made to function adequately. It seems to me that the present case is more akin to those cited above where the purchaser got a poor, but nonetheless repairable, version of what it contracted for. I do not think that in these circumstances it can be said that the breach undermined the entire contractual setting or that it went to the very root of the contract. It was not, in other words, fundamental. I would therefore allow the appeal by Allis-Chalmers on this issue.

relative à une voiture d'occasion a été jugé ne pas constituer une inexécution fondamentale. Le juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick a dit, à la p. 711:

> [TRADUCTION] À mon avis, la voiture que la défenderesse a vendue au demandeur ne présentait aucune différence essentielle d'avec ce que les parties auraient dû avoir dans l'idée. Bien que l'état de la voiture ait été moins bon que l'une et l'autre partie ne le pensait probablement, je ne crois pas que les vices constituaient «une accumulation de vices de nature à rendre impossible le bon fonctionnement de la machine». Par conséquent, l'action du demandeur visant à faire déclarer qu'il y a eu inexécution fondamentale lui donnant droit à la résiliation du contrat est rejetée.

Dans *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275 (C.S.N.-É.D.A.), une autre affaire concernant une voiture défectueuse mais réparable, le juge Pace a dit, à la p. 279, que [TRADUCTION] «le principe de l'inexécution fondamentale n'a jamais été conçu pour s'appliquer à des situations où les parties ont reçu essentiellement ce qu'elles avaient négocié dans le contrat».

En l'espèce, la Cour d'appel s'est fondée sur l'un de ses propres arrêts antérieurs, *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (C.A.C.-B.), qu'elle a décrit comme [TRADUCTION] «très semblable» à la présente affaire (p. 390). Dans l'affaire *Beldessi*, cependant, il s'agissait d'une débusqueuse qui, malgré de nombreuses réparations, n'avait jamais bien fonctionné. C'était donc un cas qui se rapprochait de l'affaire *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, précitée, où on n'avait pas réussi à faire fonctionner adéquatement une presse à imprimer. Il me semble que la présente instance s'apparente davantage aux affaires susmentionnées où l'acheteur avait obtenu une version de mauvaise qualité, mais néanmoins réparable, de l'objet stipulé dans le contrat. Je ne crois pas que, dans ces circonstances, on puisse affirmer que l'inexécution a miné le contrat au complet ou qu'elle touchait à la base même du contrat. En d'autres termes, il ne s'agissait pas d'une inexécution fondamentale. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par Allis-Chalmers sur cette question.

However, if I am wrong in this and the breach by Allis-Chalmers is properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would, in my view, be excluded by the terms of the contractual warranty.

Prior to 1980, in both the United Kingdom and in Canada, there were two competing views of the consequences of fundamental breach. One held that there was a rule of law that a fundamental breach brought a contract to an end, thereby preventing the contract breaker from relying on any clause exempting liability. This view was most closely identified with Lord Denning in the English Court of Appeal: see *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.); *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.) The other view was that exemption clauses should be construed by the same rules of contract interpretation whether a fundamental breach had occurred or not. Whether or not liability was excluded was to be decided simply on the construction of the contract: see *Suisse Atlantique*, *supra*; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.); *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*.

In England the issue was unequivocally resolved by the House of Lords in favour of the construction approach in the *Photo Production* case. The defendants, Securicor, had contracted to provide security services for the plaintiff's factory. One of the security guards deliberately set a fire which destroyed the building. When sued, Securicor pleaded the following exemption clause:

"1. Under no circumstances shall the company [Securicor] be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer; nor, in any event, shall the company be held responsible for: (a) Any loss suffered by the customer through burglary, theft, fire or any other cause, except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the

Si toutefois j'avais tort sur ce point et que l'inexécution d'Allis-Chalmers pouvait légitimement être qualifiée de fondamentale, sa responsabilité serait, à mon avis, exclue par les termes de la garantie contractuelle.

Avant 1980, aussi bien au Royaume-Uni qu'au Canada, il y avait deux perceptions opposées des conséquences de l'inexécution fondamentale. Selon un point de vue, il existait une règle de droit selon laquelle l'inexécution fondamentale mettait fin à un contrat, ce qui venait empêcher la partie coupable de l'inexécution d'invoquer une clause de non-responsabilité. Celui qui a été le plus associé à ce point de vue a été lord Denning de la Cour d'appel d'Angleterre: voir *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.); *Harbutt's «Plasticine» Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.) Suivant l'autre point de vue, les clauses d'exemption devaient s'interpréter en fonction des mêmes règles d'interprétation des contrats, peu importe qu'il y ait eu ou non inexécution fondamentale. Quant à savoir si la responsabilité était exclue, c'était là une question à trancher simplement par l'interprétation du contrat: voir les arrêts *Suisse Atlantique*, précité; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (C.A.C.-B.), et *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, précité.

En Angleterre, la question a été résolue d'une manière non équivoque par la Chambre des lords qui, dans l'arrêt *Photo Production*, s'est prononcée en faveur de la méthode de l'interprétation. La défenderesse, Securicor, s'était engagée par contrat à fournir des services de sécurité pour l'usine de la demanderesse. L'un des gardiens y a délibérément mis le feu et l'édifice a été détruit. Poursuivie en justice, Securicor a soulevé la clause d'exemption suivante:

[TRADUCTION] «1. En aucun cas, la société [Securicor] ne sera responsable d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés, à moins que la société en tant qu'employeur n'ait pu prévoir et éviter cet acte ou cette omission en faisant preuve de diligence raisonnable. De plus et en tout état de cause, la société ne sera pas tenue responsable a) de toute perte subie par le client par suite d'un cambriolage, d'un vol ou d'un incendie ou pour quelque autre raison, sauf dans la

company's employees acting within the course of their employment . . . ."

Lord Wilberforce, on behalf of all the other Law Lords, stated succinctly at pp. 842-43:

> . . . the question whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach, or a breach of a fundamental term, or indeed to any breach of contract, is a matter of construction of the contract.

Lord Wilberforce gave three reasons in support of this conclusion. Firstly, the rule of law approach was based on faulty reasoning. He said at p. 844:

> I have, indeed, been unable to understand how the doctrine can be reconciled with the well accepted principle of law, stated by the highest modern authority, that when in the context of a breach of contract one speaks of "termination," what is meant is no more than that the innocent party or, in some cases, both parties, are excused from further performance. Damages, in such cases, are then claimed under the contract, so what reason in principle can there be for disregarding what the contract itself says about damages—whether it "liquidates" them, or limits them, or excludes them?

Secondly, the courts should allow the parties to make their own bargain. The courts' role should be limited to upholding that bargain (p. 843):

> At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made, rather than for facing them with a legal complex so uncertain as the doctrine of fundamental breach must be. What, for example, would have been the position of the respondents' factory if instead of being destroyed it had been damaged, slightly or moderately or severely? At what point does the doctrine (with what logical justification I have not understood) decide, ex post facto, that the breach was (factually) fundamental before going on to ask whether legally it is to be regarded as fundamental? How is the date of "termination" to be fixed? Is it the date of the incident causing the damage, or the date of the innocent party's election,

mesure où cette perte sera imputable uniquement à la négligence dont les employés de la société auront fait preuve dans l'exercice de leurs fonctions . . .»

Lord Wilberforce, s'exprimant au nom des autres lords juges, dit succinctement, aux pp. 842 et 843:

> [TRADUCTION] . . . la question de savoir si et dans quelle mesure une clause d'exclusion doit être appliquée à une inexécution fondamentale ou à l'inexécution d'une condition fondamentale ou même à n'importe quelle autre inexécution d'un contrat, est une question qui relève de l'interprétation du contrat.

Lord Wilberforce a donné trois raisons à l'appui de cette conclusion. Premièrement, la méthode de la règle de droit reposait sur un mauvais raisonnement. Voici ce qu'il affirme, à la p. 844:

> [TRADUCTION] En fait, je n'ai pu comprendre comment ce principe peut être concilié avec le principe de droit communément admis, posé dans une jurisprudence moderne qui jouit du plus grand crédit, suivant lequel quand on parle de «résiliation» dans le contexte de l'inexécution d'un contrat, cela signifie simplement que la partie innocente ou, dans certains cas, les deux parties, sont dispensées de toute autre exécution. En pareil cas, les dommages-intérêts sont réclamés en vertu du contrat. Cela étant, pour quelle raison de principe peut-on faire abstraction de ce que dit le contrat lui-même concernant les dommages-intérêts, qu'il en fixe le montant, les limite ou les exclue?

Deuxièmement, les tribunaux doivent permettre aux parties de conclure leur propre contrat. Le rôle des tribunaux doit se limiter à faire respecter ce contrat (p. 843):

> [TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l'inexécution, il y a toutes les raisons du monde de permettre aux parties d'évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles, plutôt que de les placer devant une notion juridique compliquée aussi incertaine que doit l'être le principe de l'inexécution fondamentale. Quelle aurait été par exemple la situation de l'usine de l'intimée si, au lieu d'avoir été détruite, elle avait été endommagée légèrement, moyennement ou gravement? À quel moment précis ce principe permet-il (je n'ai pu comprendre par quelle justification logique) de décider, *ex post facto*, que l'inexécution a été (dans les faits) fondamentale, avant de passer à la question de savoir si du point de vue juridique cette inexécution doit être considérée comme fondamentale? Comment la date de la

or some other date? All these difficulties arise from the doctrine and are left unsolved by it.

At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than upon analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Lord Diplock in his concurring reasons stressed that parties of equal bargaining power should be allowed to make their own bargains. He said at p. 851:

In commercial contracts negotiated between businessmen capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only . . . .

Thirdly, Lord Wilberforce, while recognizing that fundamental breach "has served a useful purpose" in the area of consumer and standard form contracts, found that legislation in the form of the *Unfair Contract Terms Act 1977* (U.K.), 1977, c. 50, had taken the place of judicial intervention in that area. He noted at p. 843 that the Act "applies to consumer contracts and those based on standard terms and enables exception clauses to be applied with regard to what is just and reasonable". For the future, the courts did not need to lay down rules to cover such situations and should refrain from doing so in other circumstances (p. 843):

It is significant that Parliament refrained from legislating over the whole field of contract. After this Act, in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said, and this seems to have been Parliament's intention, for leaving the parties free to apportion

«résiliation» doit-elle être fixée? S'agit-il de la date de l'événement qui a causé le dommage, de la date à laquelle la partie innocente fait son choix ou d'une autre date? Toutes ces difficultés découlent du principe de l'inexécution fondamentale qui ne leur apporte aucune solution.

Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Lord Diplock, dans ses motifs concordants, souligne qu'il devrait être permis à des parties qui ont négocié à armes égales de conclure leur propre contrat. Il dit, à la p. 851:

[TRADUCTION] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguïté . . .

Troisièmement, tout en reconnaissant que l'inexécution fondamentale [TRADUCTION] «s'est révélée utile» dans le domaine des contrats destinés aux consommateurs et des contrats d'adhésion, lord Wilberforce a conclu qu'une loi sous la forme de l'*Unfair Contract Terms Act 1977* (R.-U.), 1977, chap. 50, était venue supplanter les tribunaux dans ce domaine. Il a fait observer, à la p. 843, que cette loi [TRADUCTION] «s'applique aux contrats destinés aux consommateurs et à ceux fondés sur des conditions types et permet d'appliquer des clauses d'exception dans la détermination de ce qui est juste et raisonnable». Désormais, les tribunaux n'auraient donc pas à établir des règles applicables à de telles situations et ils devraient se garder de le faire dans d'autres circonstances (p. 843):

[TRADUCTION] Il est significatif que le Parlement s'est abstenu de légiférer relativement à tous les aspects du domaine des contrats. Suite à l'adoption de cette loi, en matière commerciale généralement, lorsque les parties traitent d'égal à égal et que les risques sont normalement assumés par un assureur, non seulement la nécessité d'une intervention judiciaire n'est pas démontrée, mais encore il y a toutes les raisons du monde, et telle

the risks as they think fit and for respecting their decisions.

Lord Wilberforce concluded that the exemption clause in the case, even interpreted *contra proferentem*, was sufficiently clear to exclude liability.

The construction approach to exclusionary clauses in the face of a fundamental breach affirmed in *Photo Production* was adopted by this Court as the law in Canada in *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718. The Court did not, however, reject the concept of fundamental breach. The respondent entered into a construction contract with Beaufort in which it agreed to waive all liens for work and materials provided in the event of a failure to make payments. Such a failure took place and Justice Ritchie had no difficulty in concluding that the failure constituted a fundamental breach. He adopted Lord Wilberforce's construction approach to the exclusion clause and stated at p. 725 "that the question of whether such a clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract".

As Professor Waddams noted (see (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189) shortly after this Court's decision in *Beaufort Realties*:

> ... the Supreme Court of Canada followed the House of Lords in holding that there is no rule of law preventing the operation of exclusionary clauses in cases of fundamental breach of contract. The effect of such clauses is now said to depend in each case on the true construction of the contract.

Thus, the law in Canada on this point appears to be settled. Some uncertainty, however, does remain primarily with regard to the application of the construction approach. Some decisions of our courts clearly follow the construction approach in both theory and practice. In *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161 (C.A.), for example, Weatherston J.A. noted that as "the courts of this prov-

semble avoir été l'intention du législateur, d'accorder aux parties toute latitude de répartir les risques comme bon leur semble, et de respecter leur décision à cet égard.

Lord Wilberforce a conclu que la clause d'exemption dans cette affaire, même interprétée *contra proferentem*, était suffisamment claire pour écarter la responsabilité.

La méthode énoncée dans l'arrêt *Photo Production*, consistant à interpréter les clauses d'exclusion chaque fois qu'il y a inexécution fondamentale, a été adoptée par cette Cour comme la règle applicable au Canada dans l'arrêt *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718. La Cour n'a cependant pas rejeté le concept de l'inexécution fondamentale. L'intimée avait passé avec Beaufort un contrat de construction dans lequel elle avait convenu, en cas de non-paiement, de renoncer à tous les privilèges pour les travaux exécutés et les matériaux fournis. Or, il y a eu défaut de paiement et le juge Ritchie a conclu sans difficulté que ce défaut constituait une inexécution fondamentale. Il a adopté à l'égard de la clause d'exclusion la méthode de l'interprétation proposée par lord Wilberforce et a dit, à la p. 725, «que la question de savoir si une telle clause est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat».

Comme l'a fait observer le professeur Waddams (voir (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189) peu après que cette Cour eut rendu l'arrêt *Beaufort Realties*:

> [TRADUCTION] ... la Cour suprême du Canada a suivi la Chambre des lords en statuant qu'aucune règle de droit ne vient empêcher l'application de clauses d'exclusion dans des cas d'inexécution fondamentale d'un contrat. On dit maintenant que l'effet d'une telle clause dépend dans chaque cas de l'interprétation juste du contrat.

Sur ce point, le droit canadien paraît donc arrêté. Il subsiste toutefois de l'incertitude principalement en ce qui concerne l'application de la méthode de l'interprétation. De toute évidence, certaines décisions de nos tribunaux suivent aussi bien en théorie qu'en pratique la méthode de l'interprétation. Dans l'arrêt *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161 (C.A.), par exemple, le juge

ince adopted the doctrine from the English courts, I think we should now follow their lead in rejecting it as a rule of law" (p. 168). Even when the exclusion clause in issue was "strictly construed" Weatherston J.A. recognized at p. 168 that "it would be too strained a construction of the disclaimer clause to say that it applies only to representations that are not negligent. I think that effect must be given to it . . . ." He went on to hold that the exclusion clause in that case was sufficient to cover any breach of contract.

Commentators seem to be in agreement, however, that the courts, while paying lip service to the construction approach, have continued to apply a modified "rule of law" doctrine in some cases. Professor Fridman in *Law of Contract in Canada* has suggested at p. 558 that:

> Under the guise of "construction", some courts appear to be utilizing something very much akin to the "rule of law" doctrine. What Canadian courts may be doing is to apply a concept of "fair and reasonable" construction in relation to the survival of the exclusion clause after a fundamental breach, and the application of such a clause where the breach in question involves not just a negligent performance of the contract, but the complete failure of the party obliged to fulfil the contract in any way whatsoever.

Professor Ogilvie, in a review of Canadian cases decided shortly after *Photo Production*, including *Beaufort Realties* itself, argues that the rule of law approach "has been replaced by a substantive test of reasonableness which bestows on the courts at least as much judicial discretion to intervene in contractual relationships as fundamental breach ever did": see Ogilvie, "The Reception of *Photo Production Ltd.* v. *Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*" (1982), 27 *McGill L.J.* 424, at p. 441.

Weatherston a souligné que, puisque [TRADUCTION] «les tribunaux de cette province ont emprunté le principe de l'inexécution fondamentale aux tribunaux anglais, je crois que nous devons maintenant suivre leur exemple et le rejeter en tant que règle de droit» (p. 168). Le juge Weatherston a reconnu, à la p. 168, que, même quand la clause d'exclusion en question était [TRADUCTION] «interprétée strictement», «ce serait vraiment aller trop loin que d'interpréter la clause d'exclusion de manière qu'elle ne vise que les déclarations qui ne sont pas faites par négligence. Je crois qu'il faut appliquer cette clause . . .» Il a ajouté que la clause d'exclusion dans cette affaire était suffisante pour s'appliquer à n'importe quelle inexécution de contrat.

Les commentateurs semblent toutefois s'entendre pour dire que les tribunaux, tout en rendant hommage pour la forme à la méthode de l'interprétation, ont continué à appliquer dans certains cas une version modifiée du principe de la «règle de droit». Le professeur Fridman, dans *Law of Contract in Canada*, laisse entendre à la p. 558:

> [TRADUCTION] Sous le couvert de «l'interprétation», certains tribunaux paraissent se servir de quelque chose qui s'apparente beaucoup au principe de la «règle de droit». Il se peut que les tribunaux canadiens aient en fait recours à un concept d'interprétation «juste et raisonnable» en ce qui concerne le maintien de la clause d'exclusion à la suite d'une inexécution fondamentale et en ce qui concerne l'application d'une telle clause lorsque l'inexécution en question comporte non pas simplement une exécution fautive du contrat mais aussi un manquement total de la part de la partie obligée d'exécuter le contrat de quelque manière que ce soit.

Le professeur Ogilvie, passant en revue les décisions canadiennes, y compris l'arrêt *Beaufort Realties* lui-même, rendues peu après l'arrêt *Photo Production*, soutient que la méthode de la règle de droit [TRADUCTION] «a été remplacée par un critère fondamental de caractère raisonnable, lequel investit les tribunaux d'un pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans les relations contractuelles qui est au moins tout aussi grand que le pouvoir discrétionnaire dont ils ont pu jouir en vertu du principe de l'inexécution fondamentale»: voir Ogilvie, «The Reception of *Photo Production Ltd.* v. *Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*» (1982), 27 *McGill L.J.* 424, à la p. 441.

Little is to be gained from a review of the recent cases which have inspired these comments. Suffice it to say that the law in this area seems to be in need of clarification. The uncertainty might be resolved in either of two ways. The first way would be to adopt *Photo Production* in its entirety. This would include discarding the concept of fundamental breach. The courts would give effect to exclusion clauses on their true construction regardless of the nature of the breach. Even the party who had committed a breach such that the foundation of the contract was undermined and the very thing bargained for not provided could rely on provisions in the contract limiting or excluding his or her liability. The only relevant question for the court would be: on a true and natural construction of the provisions of the contract, did the parties, at the time the contract was made, succeed in excluding liability? This approach would have the merit of importing greater simplicity into the law and consequently greater certainty into commercial dealings, although the results of enforcing such exclusion clauses could be harsh if the parties had not adequately anticipated or considered the possibility of the contract's disintegration through fundamental breach.

The other way would be to import some "reasonableness" requirement into the law so that courts could refuse to enforce exclusion clauses in strict accordance with their terms if to do so would be unfair and unreasonable. One far-reaching "reasonableness" requirement which I would reject (and which I believe was rejected in *Beaufort Realties* both by this Court and the Ontario Court of Appeal) would be to require that the exclusion clause be *per se* a fair and reasonable contractual term in the contractual setting or bargain made by the parties. I would reject this approach because the courts, in my view, are quite unsuited to assess the fairness or reasonableness of contractual provisions as the parties negotiated them. Too many elements are involved in such an assessment, some of them quite subjective. It was partly for this reason that this Court in *Beaufort*

Il n'y a pas grand avantage à passer en revue la jurisprudence récente dont s'inspirent ces observations. Qu'il suffise de faire remarquer que des éclaircissements semblent s'imposer dans ce domaine du droit. Il y a deux façons possibles de dissiper l'incertitude. La première serait d'adopter intégralement l'arrêt *Photo Production*, ce qui entraînerait la mise au rancart du concept de l'inexécution fondamentale. Les tribunaux se trouveraient alors à appliquer les clauses d'exclusion selon leur vrai sens, peu importe la nature de l'inexécution. Même la partie qui s'est rendue coupable d'une inexécution telle que le fondement du contrat a été sapé et que l'objet même du contrat n'a pas été réalisé, pourrait se prévaloir des dispositions du contrat limitant ou écartant sa responsabilité. La seule question pertinente à laquelle devrait répondre la cour serait celle de savoir si, selon une interprétation juste et naturelle des dispositions du contrat, les parties, au moment de la passation de ce contrat, ont réussi à exclure la responsabilité. Cette façon de procéder aurait le mérite de simplifier le droit et, par conséquent, de conférer aux affaires commerciales une plus grande certitude, même si les résultats de l'application de telles clauses d'exclusion risqueraient d'être accablants dans les cas où les parties n'ont pas réellement prévu ou envisagé la possibilité de la désintégration du contrat par suite d'une inexécution fondamentale.

L'autre façon de dissiper l'incertitude consisterait à introduire dans le droit une exigence de «caractère raisonnable», afin que les tribunaux puissent refuser d'appliquer les clauses d'exclusion en stricte conformité avec leurs termes si cela devait être injuste et déraisonnable. Une exigence de «caractère raisonnable» d'une portée considérable, que je rejette (et qui, selon moi, a été rejetée dans l'affaire *Beaufort Realties* aussi bien par cette Cour que par la Cour d'appel de l'Ontario), consisterait à exiger que la clause d'exclusion constitue en soi une condition juste et raisonnable du contrat ou du marché conclu par les parties. Je rejette cette méthode parce que les tribunaux, à mon avis, sont fort mal placés pour déterminer le caractère juste ou raisonnable de dispositions contractuelles négociées par les parties. Une telle appréciation comporte trop d'éléments dont cer-

Realties and the House of Lords in *Photo Productions* clearly stated that exclusion clauses, like all contractual provisions, should be given their natural and true construction. Great uncertainty and needless complications in the drafting of contracts will obviously result if courts give exclusion clauses strained and artificial interpretations in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what seems to them *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause.

I would accordingly reject the concept that an exclusion clause in order to be enforceable must be *per se* a fair and reasonable provision at the time it was negotiated. The exclusion clause cannot be considered in isolation from the other provisions of the contract and the circumstances in which it was entered into. The purchaser may have been prepared to assume some risk if he could get the article at a modest price or if he was very anxious to get it. Conversely, if he was having to pay a high price for the article and had to be talked into the purchase, he may have been concerned to impose the broadest possible liability on his vendor. A contractual provision that seems unfair to a third party may have been the product of hard bargaining between the parties and, in my view, deserves to be enforced by the courts in accordance with its terms.

It is, however, in my view an entirely different matter for the courts to determine after a particular breach has occurred whether an exclusion clause should be enforced or not. This, I believe, was the issue addressed by this Court in *Beaufort Realties*. In *Beaufort Realties* this Court accepted the proposition enunciated in *Photo Production* that no rule of law invalidated or extinguished exclusion clauses in the event of fundamental breach but rather that they should be given their natural and true construction so that the parties' agreement would be given effect. Nevertheless the Court, in approving the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Beaufort Realties*, recognized at the same time the need for courts to

tains sont très subjectifs. C'est en partie pour cette raison que cette Cour, dans l'arrêt *Beaufort Realties*, et la Chambre des lords, dans l'arrêt *Photo Production*, ont affirmé clairement que les clauses d'exclusion, comme toutes les stipulations d'un contrat, doivent recevoir une interprétation juste et naturelle. Il est évident que, si les tribunaux donnent aux clauses d'exclusion des interprétations forcées et artificielles afin d'éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui leur semble *ex post facto* avoir été une clause injuste et déraisonnable, il en résultera une grande incertitude et des complications inutiles dans la rédaction de contrats.

Je rejette en conséquence la notion selon laquelle une clause d'exclusion ne sera exécutoire que si elle constitue en soi une stipulation juste et raisonnable au moment où elle a été négociée. La clause d'exclusion ne saurait être considérée indépendamment des autres stipulations du contrat et des circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu. Il se peut que l'acheteur ait été disposé à prendre certains risques s'il pouvait obtenir l'article en question à prix modique ou s'il tenait beaucoup à l'avoir. Inversement, s'il a dû payer cher cet article et s'il a fallu le persuader à l'acheter, il a pu vouloir faire assumer au vendeur la plus grande responsabilité possible. Une stipulation contractuelle qui semble injuste à une tierce personne peut être le résultat de négociations serrées entre les parties de sorte qu'elle mérite, selon moi, d'être appliquée textuellement par les tribunaux.

À mon avis, cependant, il en va tout autrement lorsqu'il s'agit pour les tribunaux de décider, suite à une inexécution donnée, si une clause d'exclusion doit être appliquée. Voilà, je crois, la question qu'a abordée cette Cour dans l'arrêt *Beaufort Realties*. Dans l'arrêt *Beaufort Realties*, la Cour a retenu la proposition énoncée dans l'arrêt *Photo Production*, portant qu'aucune règle de droit ne vient invalider ou éteindre des clauses d'exclusion en cas d'inexécution fondamentale, et que ces clauses doivent plutôt recevoir une interprétation naturelle et juste de manière à mettre à exécution l'accord des parties. Néanmoins, la Cour, en approuvant le point de vue adopté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Beaufort Realties*, a reconnu en

determine whether in the context of the particular breach which had occurred it was fair and reasonable to enforce the clause in favour of the party who had committed that breach even if the exclusion clause was clear and unambiguous. The relevant question for the Court in *Beaufort Realties* was: is it fair and reasonable in the context of this fundamental breach that the exclusion clause continue to operate for the benefit of the party responsible for the fundamental breach? In other words, should a party be able to commit a fundamental breach secure in the knowledge that no liability can attend it? Or should there be room for the courts to say: this party is now trying to have his cake and eat it too. He is seeking to escape almost entirely the burdens of the transaction but enlist the support of the courts to enforce its benefits.

même temps qu'il fallait que les tribunaux déterminent si, dans le contexte de l'inexécution en question, il était juste et raisonnable d'appliquer la clause en faveur de la partie coupable de l'inexécution, même si la clause d'exclusion était claire et nette. La question pertinente à laquelle la Cour devait répondre dans l'affaire *Beaufort Realties* était de savoir s'il était juste et raisonnable dans le contexte de l'inexécution fondamentale dont il s'agissait que la clause d'exclusion continue à jouer en faveur de la partie responsable de cette inexécution fondamentale. En d'autres termes, une partie devrait-elle pouvoir se rendre coupable d'une inexécution fondamentale en étant certaine que cela n'entraînera aucune responsabilité, ou bien devrait-il être permis aux tribunaux de dire que cette partie veut gagner sur les deux tableaux, qu'elle cherche à se dégager presque entièrement des obligations du contrat et en même temps à obtenir le soutien des tribunaux pour faire respecter le contrat dans la mesure où il lui est avantageux?

It seems to me that the House of Lords was able to come to a decision in *Photo Production* untrammelled by the need to reconcile the competing values sought to be advanced in a system of contract law such as ours. We do not have in this country legislation comparable to the United Kingdom's *Unfair Contract Terms Act 1977*. I believe that in the absence of such legislation Canadian courts must continue to develop through the common law a balance between the obvious desirability of allowing the parties to make their own bargains and have them enforced through the courts and the obvious undesirability of having the courts used to enforce bargains in favour of parties who are totally repudiating such bargains themselves. I fully agree with the commentators that the balance which the courts reach will be made much clearer if we do not clothe our reasoning "in the guise of interpretation". Exclusion clauses do not automatically lose their validity in the event of a fundamental breach by virtue of some hard and fast rule of law. They should be given their natural and true construction so that the meaning and effect of the exclusion clause the parties agreed to at the time the contract was entered into is fully understood and appreciated. But, in my view, the

À ce qu'il me semble, la Chambre des lords a pu dans l'arrêt *Photo Production* arriver à une décision qui n'était nullement limitée par la nécessité de concilier les valeurs opposées qu'on essaie d'invoquer dans un système de droit des contrats comme le nôtre. Au Canada, il n'existe pas de loi comparable à l'*Unfair Contract Terms Act 1977* du Royaume-Uni. Je crois qu'en l'absence d'une telle loi, les tribunaux canadiens doivent continuer à créer par le biais de la *common law* un équilibre entre ce qui est manifestement souhaitable, c'est-à-dire permettre aux parties de conclure leurs propres contrats et de les faire respecter par les tribunaux, et ce qui est manifestement peu souhaitable, c'est-à-dire recourir aux tribunaux pour faire respecter des contrats en faveur de parties qui elles-mêmes refusent catégoriquement de les exécuter. Je suis entièrement d'accord avec les commentateurs que l'équilibre établi par les tribunaux sera beaucoup plus clair s'ils ne revêtent pas leur raisonnement «d'un aspect d'interprétation». Il n'y a aucune règle de droit absolue qui dit que les clauses d'exclusion sont automatiquement frappées d'invalidité en cas d'inexécution fondamentale. Il faut leur donner une interprétation naturelle et juste afin de pouvoir saisir et apprécier parfaite-

court must still decide, having ascertained the parties' intention at the time the contract was made, whether or not to give effect to it in the context of subsequent events such as a fundamental breach committed by the party seeking its enforcement through the courts. Whether the courts address this narrowly in terms of fairness as between the parties (and I believe this has been a source of confusion, the parties being, in the absence of inequality of bargaining power, the best judges of what is fair as between themselves) or on the broader policy basis of the need for the courts (apart from the interests of the parties) to balance conflicting values inherent in our contract law (the approach which I prefer), I believe the result will be the same since the question essentially is: in the circumstances that have happened should the court lend its aid to A to hold B to this clause?

In affirming the legitimate role of our courts at common law to decide whether or not to enforce an exclusion clause in the event of a fundamental breach, I am not unmindful of the fact that means are available to render exclusion clauses unenforceable even in the absence of a finding of fundamental breach. While we do not have legislation comparable to the United Kingdom's *Unfair Contract Terms Act 1977*, we do have some legislative protection in this area. Six provinces prevent sellers from excluding their obligations under Sale of Goods Acts where consumer sales are concerned: see *Consumer Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 87, s. 34(1); *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1967, c. 53, s. 20C, as amended by S.N.S. 1975, c. 19; *The Consumer Protection Act*, R.S.M. 1970, c. C200, s. 58(1); *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, s. 20; *Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1., ss. 24-26 (except in so far as an exclusion is fair and reasonable); *The Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, c. C-30, ss. 8 and 11. In addition, some provinces have legislation dealment le sens et l'effet de la clause d'exclusion sur laquelle les parties se sont accordées au moment de la passation du contrat. J'estime toutefois qu'après avoir déterminé l'intention qu'avaient les parties au moment où elles ont conclu le contrat, la cour doit encore décider si elle appliquera ce contrat dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une inexécution fondamentale de la part de la partie qui s'adresse aux tribunaux pour le faire respecter. Que les tribunaux abordent cette question d'un point de vue étroit, c'est-à-dire en fonction de l'équité entre les parties (et je crois que cela a porté à confusion étant donné que les parties, à supposer qu'elles négocient sur un pied d'égalité, sont les mieux placées pour savoir ce qui est équitable dans leur cas), ou qu'ils le fassent en fonction du principe plus général de la nécessité pour les tribunaux (indépendamment des intérêts des parties) de soupeser des valeurs opposées inhérentes à notre droit des contrats (et c'est là le point de vue que je préfère), je crois que le résultat sera le même puisque la question qui se pose est essentiellement celle de savoir si, suite aux faits survenus, la cour devrait prêter son concours à A pour obliger B à respecter cette clause.

Lorsque je confirme que nos tribunaux peuvent en *common law* légitimement décider s'il y a lieu de faire respecter une clause d'exclusion en cas d'inexécution fondamentale, je n'oublie pas qu'il existe des moyens auxquels on peut avoir recours pour rendre des clauses d'exclusion inexécutoires même en l'absence d'une conclusion à l'existence d'une inexécution fondamentale. Bien que nous n'ayons pas de loi analogue à l'*Unfair Contract Terms Act 1977* du Royaume-Uni, nous ne sommes toutefois pas totalement dépourvus de protection législative dans ce domaine. En effet, dans le cas des ventes aux consommateurs, six provinces interdisent aux vendeurs d'exclure les obligations que leur imposent les lois relatives à la vente d'objets: voir *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.O. 1980, chap. 87, par. 34(1); *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 53, art. 20C, modifiée par S.N.S. 1975, chap. 19; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.M. 1970, chap. C200, par. 58(1); *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 370, art. 20; *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consom-*

ing with unfair business practices which affects the application of some exclusion clauses: see *Business Practices Act*, R.S.O. 1980, c. 55, s. 2(*b*)(vi); *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, c. 406, s. 4(e); *Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, c. U-3, s. 4(b), (d); *The Trade Practices Inquiry Act*, R.S.M. 1987, c. T110, s. 2; *The Trade Practices Act*, S.N. 1978, c. 10, s. 6(d); *Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, c. 31, s. 3(b)(vi). Such legislation, in effect, imposes limits on freedom of contract for policy reasons.

There are, moreover, other avenues in our law through which the courts (as opposed to the legislatures) can control the impact of exclusion clauses in appropriate circumstances. Fundamental breach has its origins in that aspect of the doctrine of unconscionability which deals with inequality of bargaining power: see Waddams, "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Modern Law Review* 369. As Professor Ziegel notes in "Comment" (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 105, at p. 113:

> The initial impulse that prompted the development of the doctrine of fundamental breach was very sound insofar as it was designed to prevent overreaching of a weaker party by a stronger party. The impulse became distorted when subsequent courts confused cause and effect and treated the doctrine, albeit covertly, as expressing a conclusive rule of public policy regardless of the circumstances of the particular case. What is needed therefore is a return to a regime of natural construction coupled with an explicit test of unfairness tailored to meet the facts of particular cases. [Emphasis added.]

The availability of a plea of unconscionability in circumstances where the contractual term is *per se* unreasonable and the unreasonableness stems from inequality of bargaining power was confirmed in Canada over a century ago in *Waters v. Donnelly*

mation, L.N.-B. 1978, chap. C-18.1, art. 24 à 26 (sauf dans la mesure où une exclusion est juste et raisonnable); *The Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, chap. C-30, art. 8 et 11. De plus, certaines provinces ont des lois sur les pratiques commerciales déloyales, qui ont une incidence sur l'application de certaines clauses d'exclusion: voir *Business Practices Act*, R.S.O. 1980, chap. 55, sous-al. 2*b*)(vi); *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 406, al. 4e); *Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, chap. U-3, al. 4b), d); *Loi sur les enquêtes relatives aux pratiques de commerce*, L.R.M. 1987, chap. T110, art. 2; *The Trade Practices Act*, S.N. 1978, chap. 10, al. 6d); *Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, chap. 31, sous-al. 3b)(vi). Ces lois ont pour effet de fixer des limites à la liberté contractuelle pour des raisons de politique générale.

Il existe par ailleurs en droit canadien d'autres moyens que les tribunaux (par opposition aux législateurs) peuvent prendre pour contrôler l'effet de clauses d'exclusion lorsque cela est indiqué. Le principe de l'inexécution fondamentale tire son origine de cet aspect de la théorie de l'iniquité qui concerne l'inégalité des parties contractantes: voir Waddams, «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Modern Law Review* 369. Comme le fait observer le professeur Ziegel dans «Comment» (1979), 57 *R. du B. can.* 105, à la p. 113:

> [TRADUCTION] Le mobile à l'origine de la conception du principe de l'inexécution fondamentale était très valable dans la mesure où ce principe était destiné à empêcher qu'une partie faible ne se laisse exploiter par une partie plus forte. Ce mobile a été faussé par la suite lorsque les tribunaux, confondant cause et effet, ont traité le principe, quoique de manière voilée, comme l'expression d'une règle décisive d'intérêt public peu importe les circonstances de l'espèce. Ce qui s'impose en conséquence est un retour à un régime d'interprétation naturelle assortie d'un critère explicite permettant d'établir s'il y a injustice, lequel régime sera conçu pour répondre aux faits de chaque cas particulier. [Je souligne.]

La possibilité d'invoquer l'iniquité dans des circonstances où une stipulation du contrat est déraisonnable en soi et où ce caractère déraisonnable résulte de l'inégalité des parties contractantes a été confirmée au Canada il y a plus d'un siècle dans la

(1884), 9 O.R. 391 (Ch.) It has been used on many subsequent occasions: see *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.); *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.); *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547 (Ont. H.C.)

While this is perhaps not the place for a detailed examination of the doctrine of unconscionability as it relates to exclusion clauses, I believe that the equitable principles on which the doctrine is based are broad enough to cover many of the factual situations which have perhaps deservedly attracted the application of the "fair and reasonable" approach in cases of fundamental breach. In particular, the circumstances surrounding the making of a consumer standard-form contract could permit the purchaser to argue that it would be unconscionable to enforce an exclusion clause. *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.), is a case in point. The plaintiff and others deposited valuables with the defendants. When they were stolen as a result of the latter's negligence a broad exclusion clause was pleaded. Anderson J. found the defendant liable for fundamental breach and for misrepresentation but he also expressed the view that the exclusion clause should not be applied because of unconscionability. He said at pp. 492-93:

> Counsel for the bailee submits that the Courts should not interfere with freedom of contract. He submits that if the parties to contracts are not held to the terms of their bargain, however harsh or one-sided, the element of certainty so important in the commercial world will be eliminated. He submits that the plaintiffs agreed in writing, in clear terms, that the bailee would not be responsible for any negligence on its part . . . .
>
> I agree that as a general rule, apart from fraud, it would be a dangerous thing to hold that contracts freely entered into should not be fully enforced. It is not correct, however, to suppose that there are no limitations on freedom of contract. The point has been reached in the development of the common law where, in my

décision *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391 (Ch.) Ce moyen a souvent été invoqué par la suite: voir *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.); *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.); *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547 (H.C. Ont.)

Quoiqu'il ne convienne peut-être pas ici d'entreprendre un examen approfondi de la théorie de l'iniquité par rapport aux clauses d'exclusion, j'estime que les principes d'*equity* sur lesquels cette théorie repose sont assez généraux pour viser un bon nombre des situations de fait qui ont, peut-être à juste titre, donné lieu à l'application du critère «juste et raisonnable» dans des cas d'inexécution fondamentale. En particulier, les circonstances qui entourent la passation d'un contrat type destiné aux consommateurs pourraient permettre à l'acheteur de soutenir qu'il serait injuste d'appliquer une clause d'exclusion. L'affaire *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (C.S.C.-B.), en est un bon exemple. Le demandeur et d'autres personnes avaient déposé certains objets de valeur chez la défenderesse. Quand ces articles furent volés par suite de la négligence de cette dernière, une clause d'exclusion de portée générale a été invoquée. Le juge Anderson a déclaré la défenderesse responsable pour cause d'inexécution fondamentale et de fausses déclarations, mais il s'est dit en outre d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la clause d'exclusion parce qu'elle était inique. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 492 et 493:

> [TRADUCTION] L'avocat de la dépositaire fait valoir que les tribunaux ne devraient pas toucher à la liberté contractuelle. Il soutient que si les parties à des contrats ne sont pas tenues de respecter les conditions de leur accord, si sévères ou inéquitables soient-elles, l'élément de certitude si important en matière commerciale disparaîtra. L'avocat allègue que les demandeurs ont convenu par écrit en des termes clairs que la dépositaire ne serait pas tenue responsable de toute négligence dont elle pourrait se rendre coupable . . .
>
> Je suis d'accord qu'en règle générale, mis à part la fraude, il serait dangereux de conclure que des contrats librement conclus ne devraient pas être respectés intégralement. On a cependant tort de supposer que la liberté contractuelle ne connaît aucune restriction. La *common law* en est à un point dans son évolution où,

opinion, the Courts may say, in certain circumstances, that the terms of a contract, although perfectly clear, will not be enforced because they are entirely unreasonable . . . .

I take the view that the Courts are not bound to accept all contracts at face value and enforce those contracts without some regard to the surrounding circumstances. I do not think that standard form contracts should be construed in a vacuum. I do not think that mere formal consensus is enough. I am of the opinion that the terms of a contract may be declared to be void as being unreasonable where it can be said that in all the circumstances it is unreasonable and unconscionable to bind the parties to their formal bargain. [Emphasis added.]

He concluded at p. 494:

(c) Even if the limitation clause was such as to protect the bailee against conduct amounting to a fundamental breach, the clause is, in all the circumstances, so offensive to all right-thinking persons that the Courts will hold that to allow the bailee to rely on the limitation clause would be unconscionable and an abuse of freedom of contract.

Anderson J. suggested the following criteria, at p. 493, to ascertain whether "freedom of contract has been abused so as to make it unconscionable for the bailee to exempt itself from liability":

(1) Was the contract a standard form contract drawn up by the bailee?

(2) Were there any negotiations as to the terms of the contract or was it a commercial form which may be described as a "sign here" contract?

(3) Was the attention of the plaintiffs drawn to the limitation clause?

(4) Was the exemption clause unusual in character?

(5) Were representations made which would lead an ordinary person to believe that the limitation clause did not apply?

(6) Was the language of the contract when read in conjunction with the limitation clause such as to render the implied covenant made by the bailee to use reasonable care to protect the plaintiffs' property meaningless?

selon moi, les tribunaux peuvent dire dans certaines circonstances que les conditions d'un contrat, quoique parfaitement claires, ne seront pas appliquées parce qu'elles sont tout à fait déraisonnables . . .

Je suis d'avis que les tribunaux ne sont pas d'obligés d'accepter tous les contrats tels quels et de les faire exécuter sans tenir compte dans une certaine mesure des circonstances dans lesquelles ils ont été passés. Je ne crois pas que les contrats d'adhésion doivent s'interpréter dans l'abstrait. Je ne crois pas qu'un consensus formel soit suffisant. J'estime que les conditions d'un contrat peuvent être déclarées nulles en raison de leur caractère déraisonnable chaque fois qu'on peut dire que, dans les circonstances, il est déraisonnable et injuste d'astreindre les parties à l'exécution de leur accord formel. [Je souligne.]

Le juge Anderson conclut, à la p. 494:

[TRADUCTION]

c) Même si elle était de nature à protéger la dépositaire en cas de conduite constituant une inexécution fondamentale, la clause de limitation dans les circonstances répugne tellement à toutes les personnes bien pensantes que les tribunaux diront que ce serait inique et un abus de la liberté contractuelle que de permettre à la dépositaire de s'en prévaloir.

Le juge Anderson a proposé, à la p. 493, qu'on se serve des critères suivants pour déterminer [TRADUCTION] «s'il y a eu «abus de la liberté contractuelle» de sorte qu'il serait injuste que la dépositaire s'exempte de toute responsabilité»:

[TRADUCTION]

(1) Le contrat était-il un contrat d'adhésion établi par la dépositaire?

(2) Y a-t-il eu des négociations portant sur les conditions du contrat ou s'agissait-il d'une formule commerciale pouvant être décrite comme un contrat que la personne à laquelle il était proposé ne pouvait que signer?

(3) L'attention des demandeurs a-t-elle été attirée sur la clause de limitation?

(4) La clause d'exemption sort-elle de l'ordinaire?

(5) A-t-on fait des déclarations qui auraient amené une personne ordinaire à croire que la clause de limitation ne s'appliquait pas?

(6) Les termes du contrat, si l'on donne effet à la clause de limitation, sont-ils de nature à dénuer de tout sens l'engagement implicite de la dépositaire de faire preuve de diligence raisonnable afin de protéger les biens des demandeurs?

(7) Having regard to all the facts including the representations made by the bailee and the circumstances leading up to the execution of the contract, would not the enforcement of the limitation clause be a tacit approval by the Courts of unacceptable commercial practices?

(7) Eu égard à tous les faits, y compris les déclarations de la dépositaire et les circonstances qui ont mené à la signature du contrat, si les tribunaux appliquaient la clause de limitation, ne se trouveraient-ils pas à approuver tacitement des pratiques commerciales inacceptables?

Anderson J.'s judgment in *Davidson* drew on *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400 (C.A.), in which Lord Denning said at pp. 415-16:

Les motifs du juge Anderson dans l'affaire *Davidson* s'inspiraient de l'arrêt *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400 (C.A.), où lord Denning dit, aux pp. 415 et 416:

The time may come when this process of "construing" the contract can be pursued no further. The words are too clear to permit of it. Are the courts then powerless? Are they to permit the party to enforce his unreasonable clause, even when it is so unreasonable, or applied so unreasonably, as to be unconscionable? When it gets to this point, I would say, as I said many years ago: "there is the vigilance of the common law which, while allowing freedom of contract, watches to see that it is not abused": *John Lee & Son (Grantham) Ltd. v. Railway Executive* [1949] 2 All E.R. 581, 584. It will not allow a party to exempt himself from his liability at common law when it would be quite unconscionable for him to do so. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le moment viendra peut-être où il sera impossible de pousser plus avant ce processus d'«interprétation» du contrat, car ses termes seront trop clairs pour le permettre. Les tribunaux se verront-ils alors réduits à l'impuissance? Devront-ils permettre à la partie en question de mettre à exécution une clause déraisonnable même si elle est déraisonnable ou appliquée d'une manière déraisonnable au point d'être inique? Quand les choses en seront rendues là, je dirai, comme je l'ai dit il y a bien des années: «il y a la vigilance de la *common law* qui, tout en permettant la liberté contractuelle, veille à ce qu'on n'en abuse pas»: *John Lee & Son (Grantham) Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581, à la p. 584. Elle ne permet pas qu'une partie s'exempte de sa responsabilité en *common law* lorsqu'il serait tout à fait injuste qu'elle le fasse. [Je souligne.]

As I have noted, this is not the place for an exposition of the doctrine of unconscionability as it relates to inequality of bargaining power and I do not necessarily endorse the approaches taken in the cases to which I have just referred. I use them merely to illustrate the broader point that in situations involving contractual terms which result from inequality of bargaining power the judicial armory has weapons apart from strained and artificial constructions of exclusion clauses. Where, however, there is no such inequality of bargaining power (as in the present case) the courts should, as a general rule, give effect to the bargain freely negotiated by the parties. The question is whether this is an absolute rule or whether as a policy matter the courts should have the power to refuse to enforce a clear and unambiguous exclusion clause freely negotiated by parties of equal bargaining power and, if so, in what circumstances? In the present state of the law in Canada the

Comme je l'ai fait remarquer, il ne convient guère ici de présenter un exposé de la théorie de l'iniquité par rapport à l'inégalité des parties à un contrat et je n'approuve pas nécessairement les méthodes adoptées dans les causes dont je viens de parler. Je m'y réfère simplement pour illustrer le point de vue plus général selon lequel, dans des situations où il existe des conditions contractuelles qui résultent de l'inégalité des parties contractantes, les tribunaux ont dans leur arsenal d'autres armes qu'une interprétation forcée et artificielle de clauses d'exclusion. Toutefois, lorsque les parties ont traité à armes égales (comme c'est le cas en l'espèce), les tribunaux doivent en règle générale faire respecter l'accord qu'elles ont librement négocié. La question qui se pose est de savoir s'il s'agit là d'une règle absolue ou bien si, en principe, les tribunaux devraient être investis du pouvoir de refuser d'appliquer une clause d'exclusion claire et nette librement négociée par des parties sur un

doctrine of fundamental breach provides one answer.

To dispense with the doctrine of fundamental breach and rely solely on the principle of unconscionability, as has been suggested by some commentators, would, in my view, require an extension of the principle of unconscionability beyond its traditional bounds of inequality of bargaining power. The court, in effect, would be in the position of saying that terms freely negotiated by parties of equal bargaining power were unconscionable. Yet it was the inequality of bargaining power which traditionally was the source of the unconscionability. What was unconscionable was to permit the strong to take advantage of the weak in the making of the contract. Remove the inequality and we must ask, wherein lies the unconscionability? It seems to me that it must have its roots in subsequent events, given that the parties themselves are the best judges of what is fair at the time they make their bargain. The policy of the common law is, I believe, that having regard to the conduct (pursuant to the contract) of the party seeking the indulgence of the court to enforce the clause, the court refuses. This conduct is described for convenience as "fundamental breach". It marks off the boundaries of tolerable conduct. But the boundaries are admittedly uncertain. Will replacing it with a general concept of unconscionability reduce the uncertainty?

When and in what circumstances will an exclusion clause in a contract freely negotiated by parties of equal bargaining power be unconscionable? If both fundamental breach and unconscionability are properly viewed as legal tools designed to relieve parties in light of subsequent events from the harsh consequences of an automatic enforcement of an exclusion clause in accordance with its terms, is there anything to choose between them as far as certainty in the law is concerned? Arguably, unconscionability is even less certain than fundapied d'égalité et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances ils devraient l'exercer. Compte tenu de l'état actuel du droit au Canada, le principe de l'inexécution fondamentale fournit une réponse à cette question.

Écarter le principe de l'inexécution fondamentale pour se servir uniquement de la théorie de l'iniquité, ainsi que le proposent certains commentateurs, nécessiterait, selon moi, un élargissement de cette théorie au-delà des limites de l'inégalité des parties contractantes qui lui ont traditionnellement été fixées. Les tribunaux se trouveraient en fait à qualifier d'iniques des conditions librement négociées par des parties ayant traité à armes égales. Et pourtant c'est l'inégalité de pouvoir de négociation qui a traditionnellement été à l'origine de l'iniquité. Ce qui était inique, c'était de permettre à la partie forte d'exploiter la partie faible lors de la négociation du contrat. Dès qu'il n'y a pas d'inégalité, on doit se demander d'où vient l'iniquité. Elle doit, à ce qu'il me semble, découler d'événements subséquents, étant donné que ce sont les parties elles-mêmes qui sont les mieux placées pour juger de ce qui est juste au moment où elles concluent leur marché. Je crois qu'en *common law* la règle est la suivante: eu égard à la conduite (dans l'exécution du contrat) de la partie qui lui demande de bien vouloir faire respecter la clause, la cour refuse d'accéder à cette demande. Par souci de commodité, on qualifie d'«inexécution fondamentale» la conduite en question. Celle-ci dépasse les limites de la conduite tolérable. Il est cependant vrai que ces limites sont incertaines. Mais diminuera-t-on l'incertitude en substituant à l'inexécution fondamentale une notion générale d'iniquité?

Quand et dans quelles circonstances une clause d'exclusion figurant dans un contrat librement négocié par des parties sur un pied d'égalité sera-t-elle inique? Si l'inexécution fondamentale et l'iniquité sont toutes deux considérées à bon droit comme des outils juridiques destinés à éviter aux parties, en fonction d'événements subséquents, les conséquences accablantes de l'application automatique d'une clause d'exclusion en conformité avec ses termes, diffèrent-elles alors en ce qui concerne leur certitude sur le plan du droit? L'iniquité est

mental breach. Indeed, it may be described as "the length of the Chancellor's foot". Lord Wilberforce may be right that parties of equal bargaining power should be left to live with their bargains regardless of subsequent events. I believe, however, that there is some virtue in a residual power residing in the court to withhold its assistance on policy grounds in appropriate circumstances.

une notion peut-être encore moins certaine que celle de l'inexécution fondamentale. En fait, on peut la décrire comme donnant ouverture à l'application des principes d'*equity*. Il se peut que lord Wilberforce ait raison d'affirmer qu'on devrait laisser des parties ayant négocié à armes égales vivre avec leurs contrats, quels que soient les événements subséquents. Je crois cependant qu'il y a un certain intérêt à ce que les tribunaux soient revêtus d'un pouvoir résiduel de refuser pour des motifs de principe de prêter leur concours à une partie, lorsque cela est indiqué.

Turning to the case at bar, it seems to me that, even if the breach of contract was a fundamental one, there would be nothing unfair or unreasonable (and even less so unconscionable, if this is a stricter test) in giving effect to the exclusion clause. The contract was made between two companies in the commercial market place who are of roughly equal bargaining power. Both are familiar and experienced with this type of contract. As the trial judge noted:

> Warranty cl. 8 was put forward by Syncrude. Presumably it provided the protection Syncrude wanted. Indeed, the first sentence thereof is sufficiently all-embracing that it is difficult to conceive of a defect which would not be caught by it. Syncrude freely accepted the time limitations; there is no evidence that they were under any disadvantage or disability in the negotiating of them. There is no reason why they should not be held to their bargain, including that part which effectively excludes the implied condition of s. 15(1) of the Ontario Sale of Goods Act. [(1985), 27 B.L.R. 59, at p. 77.]

Passant maintenant à la présente affaire, il me semble que, même si l'inexécution du contrat était fondamentale, il n'y aurait rien d'injuste ni de déraisonnable (et, à plus forte raison, rien d'inique, à supposer que ce soit là un critère plus strict) à appliquer la clause d'exclusion. Le contrat est intervenu entre deux sociétés commerciales dont le pouvoir de négociation était à peu près égal. L'une et l'autre sont familières avec ce type de contrat et elles en ont l'expérience. Comme l'a souligné le juge de première instance:

> [TRADUCTION] C'est Syncrude qui a proposé la clause 8 portant garantie. On peut donc présumer qu'elle offrait la protection que recherchait Syncrude. Sa première phrase est d'ailleurs d'une portée suffisamment générale pour qu'on ait du mal à concevoir un vice qui y échappe. Syncrude a librement accepté les limites de temps et on n'a produit aucun élément de preuve établissant qu'elle était de quelque manière désavantagée en négociant ces limites. Il n'y a aucune raison pour laquelle elle ne devrait pas être tenue de respecter son contrat, y compris la partie ayant pour effet d'exclure la condition implicite du par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario. [(1985), 27 B.L.R. 59, à la p. 77.]

There is no evidence to suggest that Allis-Chalmers who seeks to rely on the exclusion clause was guilty of any sharp or unfair dealing. It supplied what was bargained for (even although it had defects) and its contractual relationship with Syncrude, which included not only the gears but the entire conveyer system, continued on after the supply of the gears. It cannot be said, in Lord Diplock's words, that Syncrude was "deprived of substantially the whole benefit" of the contract. This is not a case in which the vendor or supplier was seeking to repudiate almost entirely the bur-

Aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'Allis-Chalmers, qui cherche à se prévaloir de la clause d'exclusion, a eu recours à des manœuvres malhonnêtes ou déloyales. Elle a fourni ce qui était prévu par le contrat (même si les articles livrés comportaient des vices) et ses relations contractuelles avec Syncrude, qui visaient non seulement les engrenages mais aussi le système de convoyeurs au complet, ont continué après la fourniture des engrenages. On ne saurait prétendre, pour reprendre les termes de lord Diplock, que Syncrude a été privée de la «quasi-totalité du bénéfice» du contrat.

dens of the transaction and invoking the assistance of the courts to enforce its benefits. There is no abuse of freedom of contract here.

In deciding to enforce the exclusion clause the trial judge relied in part on the fact that the exclusion clause limited but did not completely exclude the liability of Allis-Chalmers (p. 77). In relying on this fact the trial judge was supported by some dicta of Lord Wilberforce in the House of Lords in *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101 (H.L.), at pp. 102-3. It seems to me, however, that any categorical distinction between clauses limiting and clauses excluding liability is inherently unreliable in that, depending on the circumstances, "exclusions can be perfectly fair and limitations very unfair": Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 349. It is preferable, I believe, to determine whether or not the impugned clause should be enforced in all the circumstances of the case and avoid reliance on awkward and artificial labels. When this is done, it becomes clear that there is no reason in this case not to enforce the clause excluding the statutory warranty.

(iv) *The Trust Fund*

This issue arises from a cross-appeal by Syncrude against the Court of Appeal's decision to award the fund to Hunter U.S., minus administration expenses and the cost—$200,000 plus interest—of repairing the gearboxes built under the Aco contract. Hunter U.S. does not contest this latter aspect of the Court of Appeal's decision. Aco has been paid and the balance of $0.5M left in the fund after the payment of Aco represents Hunter Canada's profit margin on its contract with Syncrude plus the income earned on that profit margin. In my view it was not correct to hold, as the trial judge did, that the fund should only be disposed of according to the terms of the trust agreement. The trust terms were not agreed

Il ne s'agit pas d'un cas où le vendeur ou le fournisseur cherchait à se dégager presque entièrement des obligations que lui imposait le contrat et où il invoquait l'aide des tribunaux pour assurer son exécution dans la mesure où cela lui était avantageux. Il n'y a en l'espèce aucun abus de la liberté contractuelle.

En décidant d'appliquer la clause d'exclusion, le juge de première instance s'est fondé en partie sur le fait que cette clause limitait, sans toutefois l'exclure entièrement, la responsabilité d'Allis-Chalmers (p. 77). Cette décision du juge de première instance était appuyée par certaines opinions incidentes exprimées par lord Wilberforce de la Chambre des lords dans l'arrêt *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101 (H.L.), aux pp. 102 et 103. Il me semble toutefois que toute distinction catégorique entre les clauses limitant la responsabilité et celles qui l'excluent est de par sa nature même douteuse puisque, suivant les circonstances, [TRADUCTION] «les exclusions peuvent ˆre parfaitement équitables et les limitations fort injustes»: Waddams, *The Law of Contracts* (2e éd. 1984), à la p. 349. Il vaut mieux, je crois, déterminer s'il y a lieu d'appliquer la clause attaquée en fonction de toutes les circonstances de l'affaire et éviter de recourir à des étiquettes peu pratiques et artificielles. Si on procède de cette façon, il devient évident qu'il n'existe en l'espèce aucune raison de ne pas appliquer la clause écartant la garantie légale.

(iv) *Le fonds en fiducie*

Cette question résulte d'un pourvoi incident formé par Syncrude contre la décision de la Cour d'appel d'adjuger le fonds à Hunter U.S. après déduction des frais d'administration et du coût (200 000 $ plus les intérêts) de la réparation des boîtes d'engrenage construites en exécution du contrat conclu avec Aco. Hunter U.S. ne conteste pas ce dernier aspect de l'arrêt de la Cour d'appel. Aco a été payée et la somme de 500 000 $ qui reste dans le fonds après ce paiement représente la marge de profit qu'a tirée Hunter Canada de son contrat avec Syncrude, plus le revenu produit par cette marge de profit. À mon avis, c'est à tort que le juge de première instance a conclu que le fonds ne devait être aliéné qu'en conformité avec les

upon by these parties. The trust was unilaterally established by Syncrude on a kind of interpleader basis, the object of creating the trust being to avoid pre-judging the outcome of the litigation between Hunter Canada and Hunter U.S. Syncrude was perfectly prepared to acknowledge in 1978 that the profit margin was payable to one of these two parties. The only question was which one. It is no longer prepared to acknowledge this. In such circumstances I agree with the Court of Appeal that the entitlement to the trust fund should be decided on the equitable principles governing unjust enrichment.

In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J., as he then was, said at pp. 847-48:

"Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan* put the matter in these words: "... the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is *obliged by the ties of natural justice and equity to refund* the money". It would be undesirable and indeed impossible, to attempt to define all the circumstances in which an unjust enrichment might arise .... The great advantage of ancient principles of equity is their flexibility: the judiciary is thus able to shape these malleable principles so as to accommodate the changing needs and mores of society, in order to achieve justice ....

... there are three requirements to be satisfied before an unjust enrichment can be said to exist: an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment. This approach, it seems to me, is supported by general principles of equity that have been fashioned by the courts for centuries ....

These principles were unanimously affirmed by this Court in *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. Although both *Pettkus v. Becker* and *Sorochan v. Sorochan* were "family" cases, unjust enrichment giving rise to a constructive trust is by no means confined to such cases: see *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] S.C.R. 725. Indeed, to do so would be to impede the growth and impair the flexibility crucial to the development of equitable principles.

conditions énoncées dans le contrat de fiducie. Les conditions de la fiducie n'ont pas fait l'objet d'un accord entre ces parties. La fiducie a été crée unilatéralement par Syncrude, un peu à la manière d'un *interpleader*, dans le but d'éviter de préjuger de l'issue du litige entre Hunter Canada et Hunter U.S. En 1978, Syncrude était parfaitement disposée à reconnaître que la marge de profit devait être versée à l'une de ces deux parties. La seule question qui se posait était de savoir laquelle. Mais Syncrude n'est plus prête à reconnaître cela. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le droit au fonds en fiducie doit être déterminé selon les principes d'*equity* régissant l'enrichissement sans cause.

Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme aux pp. 847 et 848:

«L'enrichissement sans cause» a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «... le motif principal de cette action est que le défendeur *est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'equity de rembourser l'argent*». Il ne conviendrait pas, et en fait il serait impossible, d'essayer de définir toutes les circonstances qui peuvent donner lieu à un enrichissement sans cause [...] Le grand avantage des principes anciens d'*equity* est leur souplesse: les tribunaux peuvent donc modeler ces principes malléables pour répondre aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société, afin que justice soit rendue ...

... il y a trois conditions à respecter pour que l'on puisse dire qu'il y a enrichissement sans cause: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il me semble que cette façon de voir est appuyée par les principes généraux d'*equity* que les cours ont modelés pendant des siècles ...

Cette Cour a confirmé unanimement ces principes dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. Quoique les arrêts *Pettkus c. Becker* et *Sorochan c. Sorochan* soient des affaires de «famille», l'enrichissement sans cause qui engendre une fiducie par interprétation est bien loin de se limiter à ce genre d'affaires: voir *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] R.C.S. 725. De fait, une telle restriction ferait obstacle à l'évolution et nuirait à la souplesse qui sont essentielles au développement des principes d'*equity*.

It is necessary to ask first whether Syncrude will be enriched if allowed to retain the trust fund. Clearly it will, because it will receive interest income on money that it intended initially to pay to Hunter Canada. One need only look to the terms of the fund itself to appreciate this. I reproduce clause 7 which states:

> 7. Following the payments made pursuant to clauses 5 and 9, the trustee shall hold the remainder of the trust funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada. [Emphasis added.]

As already mentioned, Syncrude in 1978 considered itself bound to pay the Hunter Canada profit to either Hunter Canada or Hunter U.S. Syncrude's entitlement is limited to working gearboxes at the price agreed upon and, provided repair costs are paid out of the fund, it will get precisely that. Any additional money arising out of the circumstances surrounding the contract with Aco will constitute an enrichment.

I am likewise of the opinion that, if Syncrude is permitted to keep the entire fund, Hunter U.S. will be correspondingly deprived of the interest income it would have earned on the contract for the supply of the additional 11 mining gearboxes. I agree with the Court of Appeal that there need not be a contractual link for the causal connection between contribution and enrichment to be proved. This is a question to be decided on the facts of each case since the remedy of constructive trust is a discretionary one imposed as and when equity requires it. In this case there is sufficient causal connection in the fact that Hunter U.S. first offered to assume the whole Hunter Canada contract and later, after it won its case, was prepared to offer Syncrude the warranty terms under which the original 32 gearboxes were supplied. Its latter offer was not unrea-

Il faut d'abord se demander s'il y aura enrichissement de Syncrude si on lui permet de garder le fonds en fiducie. Ce sera nettement le cas puisqu'elle touchera des intérêts produits par l'argent qu'elle destinait initialement à Hunter Canada. Pour s'en rendre compte, on n'a qu'à examiner les conditions du fonds lui-même. Je reproduis la clause 7 qui porte:

> [TRADUCTION] 7. Une fois effectués les paiements prévus aux clauses 5 et 9, en attendant que soit déterminé par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, en 1978, Syncrude s'estimait obligée de verser soit à Hunter Canada soit à Hunter U.S. les profits de Hunter Canada. Syncrude n'a droit qu'à des boîtes d'engrenage qui fonctionnent, au prix convenu et, pourvu que le coût des réparations soit payé à même le fonds, c'est précisément ce qu'elle obtiendra. Toute autre somme qui pourra lui être versée en raison des circonstances entourant le contrat avec Aco constituera un enrichissement.

Je suis également d'avis que, si on permet à Syncrude de garder la totalité du fonds, Hunter U.S. subira un appauvrissement correspondant en ne touchant pas les intérêts que lui aurait rapportés le contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage minières supplémentaires. Je conviens avec la Cour d'appel, qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un lien contractuel pour prouver le lien de causalité entre la contribution et l'enrichissement. C'est là une question qui doit être tranchée en fonction des faits de chaque affaire puisque le redressement que constitue la fiducie par interprétation relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et n'est imposé que lorsque l'*equity* le commande. Dans la présente affaire, il existe un lien de causalité suffisant du fait que Hunter U.S. a d'abord offert d'endosser entièrement le contrat de

sonable in the circumstances even though I believe that it should be held in equity to the warranty clause in the Hunter Canada contract. In any event, the arguments over warranties are now irrelevant, given that Hunter U.S. would be liable under both the Hunter Canada warranty and the implied statutory warranty.

In his presentation before this Court, Mr. Kirkham, counsel for Syncrude, contended that Hunter U.S. had not suffered a deprivation because it did nothing to facilitate the supply of the gearboxes. Aco fabricated them from the designs in Syncrude's possession, the designs having been obtained from Hunter U.S. at the time of the first contract. Syncrude, because it supplied the designs, had to accept a very limited warranty from Aco, one that did not extend to any aspect of the design or specifications. Unfortunately, there is no finding of fact below as to the ownership of these designs and the evidence on the matter is contradictory. I believe, however, that Mr. Kirkham's arguments can be refuted without deciding that issue. The main difficulty with his argument is that they are based on an *ex post facto* view of the various circumstances. Whether or not Syncrude "owned" the designs when it contracted with Hunter Canada, the fact is that Syncrude willingly entered into that contract at the time. It was also prepared to pay a profit margin to Hunter U.S. after the passing-off litigation had been resolved. It may be the case, as counsel for Syncrude submitted, that Hunter U.S. made no contribution to the Aco contract. But Syncrude was ready in 1978 to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S. and cannot now argue that it had no need of Hunter U.S.

Hunter Canada et que, par la suite, après avoir obtenu gain de cause, elle était prête à offrir à Syncrude la même garantie que celle qui s'appliquait aux trente-deux boîtes d'engrenage initialement livrées. Cette dernière offre n'était pas déraisonnable dans les circonstances, même si je crois que Hunter U.S. devrait en *equity* être tenue de respecter la clause de garantie figurant dans le contrat conclu avec Hunter Canada. Quoi qu'il en soit, l'augmentation relative aux garanties est maintenant sans objet étant donné que Hunter U.S. serait responsable à la fois en vertu de la garantie de Hunter Canada et en vertu de la garantie légale implicite.

En présentant ses arguments devant cette Cour, Me Kirkham, l'avocat de Syncrude, a fait valoir que Hunter U.S. n'avait pas subi d'appauvrissement parce qu'elle n'avait rien fait pour faciliter la fourniture des boîtes d'engrenage. Aco les a fabriquées à partir des modèles que Syncrude avait en sa possession et qu'elle avait obtenus de Hunter U.S. à l'époque du premier contrat. Syncrude, du fait d'avoir fourni les modèles, se voyait dans l'obligation d'accepter d'Aco une garantie très limitée qui ne s'appliquait à aucun aspect de la conception ou du cahier des charges. Malheureusement, les tribunaux d'instance inférieure n'ont tiré aucune conclusion de fait concernant la propriété de ces modèles et la preuve est contradictoire à cet égard. Je crois cependant que les arguments de Me Kirkham peuvent être réfutés sans qu'il soit nécessaire de trancher cette question. La principale difficulté que pose son argumentation vient de ce qu'elle est fondée sur une perception *ex post facto* des différentes circonstances. Peu importe qu'elle ait été ou non «propriétaire» des modèles au moment de conclure son contrat avec Hunter Canada, il reste que c'est de son plein gré que Syncrude a passé ce contrat à ce moment-là. De plus, elle était disposée à verser une marge de profit à Hunter U.S. après qu'une décision eut été rendue dans l'action en *passing-off*. Il se peut, comme l'a soutenu l'avocat de Syncrude, que Hunter U.S. n'ait aucunement contribué au contrat avec Aco. Toujours est-il qu'en 1978 Syncrude était prête à payer à Hunter U.S. la part de l'entrepreneur principal et elle ne saurait maintenant prétendre qu'elle n'avait que faire de Hunter U.S.

Except for the point about ownership of the drawings counsel for Syncrude suggested no juristic reason for the enrichment and I can think of none. I would therefore agree with the Court of Appeal that, provided Hunter U.S. accepts the warranty terms of the Hunter Canada contract and pays for the cost of repairing the 11 gearboxes, the trust fund minus administration expenses belongs in equity to Hunter U.S.

5. Disposition

I would dispose of the appeal and cross-appeal as follows:

(i) The appeal of Hunter U.S. against the finding of liability for design default is dismissed. Hunter U.S. breached its statutory warranty under s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* in respect of the design default in the 32 mining gearboxes and must pay to Syncrude the sum of $750,000 in respect thereof plus pre-judgment interest in the amount of $250,000.

(ii) The appeal of Allis-Chalmers against the finding of fundamental breach is allowed. The breach was not fundamental but, even if it were, Allis-Chalmers was insulated from liability for it by the exclusion clause. Since Allis-Chalmers incurs no liability to Syncrude in respect of the design default in the four extraction gearboxes, it has no claim over against Hunter U.S. in respect thereof and its third party claim is accordingly dismissed.

(iii) The cross-appeal by Syncrude claiming ownership of the trust fund is dismissed. Hunter U.S. is entitled to the balance in the trust fund after administration costs and the cost of repairs to the 32 mining gearboxes have been satisfied out of it.

6. Costs

Allis-Chalmers should have its costs against Syncrude both here and in the Court of Appeal. As between Hunter U.S. and Syncrude success in

Exception faite du moyen relatif à la propriété des dessins, l'avocat de Syncrude n'a avancé aucun motif juridique justifiant l'enrichissement et je ne puis penser à aucun. Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que pourvu que Hunter U.S. accepte les conditions de la garantie prévue dans le contrat de Hunter Canada et qu'elle paie le coût des réparations effectuées sur les onze boîtes d'engrenage, le fonds en fiducie après déduction des frais d'administration appartient en *equity* à Hunter U.S.

5. Dispositif

Je suis d'avis de trancher le pourvoi et le pourvoi incident de la manière suivante:

(i) Le pourvoi formé par Hunter U.S. contre la conclusion qu'elle était responsable du vice de conception est rejeté. Dans le cas du vice de conception des trente-deux boîtes d'engrenage minières, Hunter U.S. a violé la garantie légale énoncée au par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* et elle doit, en conséquence, verser à Syncrude la somme de 750 000 $ à cet égard, plus les intérêts courus jusqu'au moment du jugement, lesquels s'élèvent à 250 000 $.

(ii) Le pourvoi d'Allis-Chalmers contre la conclusion à l'existence d'une inexécution fondamentale est accueilli. Il ne s'agit pas d'une inexécution fondamentale mais, même à supposer que c'en soit une, la clause d'exclusion met Allis-Chalmers à l'abri de toute responsabilité. Comme Allis-Chalmers n'a aucune responsabilité envers Syncrude en ce qui concerne le vice de conception des quatre boîtes d'engrenage d'extraction, elle n'a aucun recours contre Hunter U.S. relativement à ce vice et son appel en garantie est en conséquence rejeté.

(iii) Le pourvoi incident par lequel Syncrude revendique la propriété du fonds en fiducie est rejeté. Hunter U.S. a droit au reliquat de ce fonds après paiement des frais d'administration et du coût des réparations effectuées sur les trente-deux boîtes d'engrenage minières.

6. Les dépens

Syncrude doit être condamnée au paiement des dépens d'Allis-Chalmers en cette Cour et en Cour d'appel. En ce qui concerne Hunter U.S. et Syn-

this Court was divided. Hunter U.S. lost on the main issue of its liability for design default in respect of the 32 mining gearboxes but shared success with Allis-Chalmers on the issue of fundamental breach and the effect of the exclusion clause in the Allis-Chalmers contract. It was also successful in its claim to the balance in the trust fund. I would make no order as to costs as between Hunter U.S. and Syncrude.

crude, le résultat en cette Cour est partagé. Hunter U.S. a été déboutée sur la question principale de sa responsabilité pour le vice de conception des trente-deux boîtes d'engrenage minières, mais elle a obtenu gain de cause avec Allis-Chalmers sur la question de l'inexécution fondamentale et de l'effet de la clause d'exclusion figurant dans le contrat d'Allis-Chalmers. Elle a réussi également dans sa réclamation du reliquat du fonds en fiducie. Je suis donc d'avis de ne pas accorder de dépens entre Hunter U.S. et Syncrude.

Appeal of Hunter U.S. dismissed with costs.

Pourvoi de Hunter U.S. rejeté avec dépens.

Appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited allowed and the third party claim against Hunter U.S. dismissed with costs.

Pourvoi contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited accueilli et appel en garantie contre Hunter U.S. rejeté avec dépens.

Cross-appeal of Syncrude allowed with costs, WILSON *and* L'HEUREUX-DUBÉ JJ. *dissenting.*

Pourvoi incident de Syncrude accueilli avec dépens, les juges WILSON *et* L'HEUREUX-DUBÉ *sont dissidentes.*

Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

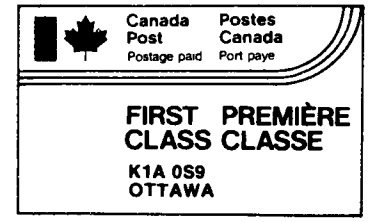
Procureurs des appelantes: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the appellant Allis-Chalmers Canada Limited: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Allis-Chalmers Canada Limited: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Owen, Bird, Vancouver.

Procureurs des intimées: Owen, Bird, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1989 Vol. 1

4e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 525-703

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 525-703

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Black *v.* Law Society of Alberta **591**

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Employment — Interprovincial law firm — Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province — In-province firm including non-resident lawyers — Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms — Whether or not rules infringing Charter mobility rights — If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Employment — Interprovincial law firm — Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province — In-province firm including non-resident lawyers — Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms — Whether or not rules infringing Charter right to freedom of association — If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).

General Motors of Canada Ltd. *v.* City National Leasing **641**

Constitutional law — Division of powers — Trade and Commerce — Combines Investigation Act — Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order

Continued on next page

SOMMAIRE

Black *c.* Law Society of Alberta **591**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Emploi — Cabinet d'avocats multiprovincial — Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province — Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants — Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats — Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Emploi — Cabinet d'avocats multiprovincial — Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province — Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants — Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats — Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).

Suite à la page suivante

of court or commission — Whether or not Combines Investigation Act *intra vires* Parliament under s. 91(2) — Whether or not s. 31.1 creating private cause of action *intra vires* Parliament — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1 — Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(13).

Prassad *v.* Canada (Minister of Employment and Immigration) **560**

Immigration — Adjournment of inquiry — Powers of adjudicator — Application for a Minister's permit authorizing a person to remain in Canada — Whether adjudicator must adjourn immigration inquiry to enable appellant to pursue her application made under s. 37(1) of the Immigration Act, 1976 — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(3), 37(1), 113(e) — Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1).

Québec Ready Mix Inc. *v.* Rocois Construction Inc. **695**

Constitutional law — Division of powers — Trade and Commerce — Combines Investigation Act — Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order of court or commission — Whether or not s. 31.1 creating private cause of action *ultra vires* Parliament — Whether or not section requiring action under Combines Investigation Act to be brought in Federal Court *ultra vires* Parliament — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1, (3) — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Action brought under Combines Investigation Act and Civil Code — Whether or not Federal Court competent to hear action based both on Combines Investigation Act and Civil Code — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

R. *v.* Potvin **525**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence previously taken — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Continued on next page

General Motors of Canada Ltd. *c.* City National Leasing **641**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Échanges et commerce — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'un comportement contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou de non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission — La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle conforme à la compétence du Parlement en vertu de l'art. 91(2)? — L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée est-il conforme à la compétence du Parlement? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(13).

Prassad *c.* Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) **560**

Immigration — Ajournement d'enquête — Pouvoirs de l'arbitre — Demande de permis du ministre en vue d'être autorisé à demeurer au Canada — L'arbitre doit-il ajourner l'enquête d'immigration pour permettre à l'appelante de poursuivre ses démarches en vertu de l'art. 37(1) de la Loi sur l'immigration de 1976? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(3), 37(1), 113e) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1).

Québec Ready Mix Inc. *c.* Rocois Construction Inc. **695**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Échanges et commerce — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'une conduite contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou du non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission — L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée excède-t-il la compétence du Parlement? — L'article qui exige que l'action fondée sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions soit intentée en Cour fédérale excède-t-il la compétence du Parlement? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1, (3) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Action intentée en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et du Code civil — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre une action fondée à la fois sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et sur le Code civil? — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

R. *c.* Potvin **525**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Evidence previously taken — Discretion to exclude — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether trial judge has discretion to exclude evidence where conditions of s. 643(1) of the Code met — Whether trial judge erred in admitting such evidence.

Criminal law — Charge to jury — Evidence of witness given at accused's preliminary inquiry admitted at trial following witness' refusal to testify at the accused's trial — Witness cross-examined by accused's counsel at the preliminary inquiry — Whether trial judge erred in not warning the jury that caution should be exercised before accepting previously taken evidence in the absence of live cross-examination — Whether a warning is required when previously taken evidence introduced at trial is from an accomplice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).

Criminal law — Charge to jury — Failure to testify — Whether trial judge's comments on the accused's failure to testify constitute a violation of s. 4(5) of the Canada Evidence Act.

SOMMAIRE (Fin)

soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve lorsque les conditions de l'art. 643(1) du Code sont réunies? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant cette preuve?

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé et utilisé au procès après le refus du témoin de témoigner au procès de l'accusé — Témoin contre-interrogé par l'avocat de l'accusé à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que la prudence était de rigueur avant d'admettre un témoignage recueilli antérieurement en l'absence d'un contre-interrogatoire tenu au procès? — Une mise en garde est-elle requise lorsqu'un témoignage recueilli antérieurement et produit au procès provient d'un complice? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

Droit criminel — Exposé au jury — Défaut de témoigner — Les remarques du juge du procès concernant le fait que l'accusé n'a pas témoigné constituent-elles une violation de l'art. 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada?

Pierre Potvin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. *v.* POTVIN

File No.: 20116.

1988: October 6; 1989: March 23.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and Sopinka JJ.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence previously taken — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence previously taken — Discretion to exclude — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether trial judge has discretion to exclude evidence where conditions of s. 643(1) of the

Pierre Potvin *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. *c.* POTVIN

N° du greffe: 20116.

1988: 6 octobre; 1989: 23 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et Sopinka.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il le pouvoir

Code met — Whether trial judge erred in admitting such evidence.

Criminal law — Charge to jury — Evidence of witness given at accused's preliminary inquiry admitted at trial following witness' refusal to testify at the accused's trial — Witness cross-examined by accused's counsel at the preliminary inquiry — Whether trial judge erred in not warning the jury that caution should be exercised before accepting previously taken evidence in the absence of live cross-examination — Whether a warning is required when previously taken evidence introduced at trial is from an accomplice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).

Criminal law — Charge to jury — Failure to testify — Whether trial judge's comments on the accused's failure to testify constitute a violation of s. 4(5) of the Canada Evidence Act.

The accused and two alleged accomplices, D and T, were charged with second degree murder. The Crown proceeded against the accused first with the intention of using the other two as witnesses. Although he had testified at the preliminary inquiry, D refused to testify at the accused's trial. The trial judge allowed the Crown's application, made pursuant to s. 643(1) of the *Criminal Code*, to have the transcript of D's testimony at the preliminary inquiry introduced as evidence and rejected the accused's claim that the admission of the previously taken evidence would violate his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused was convicted and his appeal to the Court of Appeal dismissed. The Court held that the admission of previously taken evidence under s. 643(1) did not violate ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter* and that the trial judge made no error in admitting the evidence. The Court found that, once the conditions of s. 643(1) were met, the judge had no discretion to exclude the evidence, except perhaps pursuant to the residual common law discretion defined in *Wray*. The Court also held, after examining the charge to the jury, that the trial judge had not directed the jury's attention to the fact that the accused did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. Nor was the trial judge's warning to the jury as to the dangers of accepting D's testimony inadequate.

discrétionnaire d'écarter la preuve lorsque les conditions de l'art. 643(1) du Code sont réunies? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant cette preuve?

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé et utilisé au procès après le refus du témoin de témoigner au procès de l'accusé — Témoin contre-interrogé par l'avocat de l'accusé à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que la prudence était de rigueur avant d'admettre un témoignage recueilli antérieurement en l'absence d'un contre-interrogatoire tenu au procès? — Une mise en garde est-elle requise lorsqu'un témoignage recueilli antérieurement et produit au procès provient d'un complice? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

Droit criminel — Exposé au jury — Défaut de témoigner — Les remarques du juge du procès concernant le fait que l'accusé n'a pas témoigné constituent-elles une violation de l'art. 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada?

L'accusé et deux autres personnes présumées complices, D et T, ont été accusés de meurtre au deuxième degré. Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'accusé avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, D a refusé de témoigner au procès de l'accusé. Le juge du procès a accueilli la demande du ministère public, présentée en application du par. 643(1) du *Code criminel*, d'introduire à titre de preuve le témoignage de D recueilli à l'enquête préliminaire et il a rejeté la prétention de l'accusé que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel a rejeté son appel. La Cour a conclu que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en vertu du par. 643(1) ne portait atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11*d*) de la *Charte* et que le juge du procès n'a commis aucune erreur en utilisant la preuve. La Cour a décidé que lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire résiduel de *common law* défini dans l'arrêt *Wray*. La Cour a également conclu, après avoir examiné l'exposé au jury, que le juge n'avait pas attiré l'attention du jury sur l'abstention de l'accusé de témoigner à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge du procès au jury quant au danger d'accepter le témoignage de D n'était pas inadéquate.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer, Wilson and Sopinka JJ.: Section 643(1) of the *Code*, in so far as it allows evidence given at a preliminary inquiry to be admitted at a criminal trial when a witness is unavailable or unwilling to testify, does not infringe s. 7 of the *Charter* because it provides that the evidence will only be admitted if the accused has had a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given. It is basic to our system of justice that an accused have a full opportunity to cross-examine the adverse witness. But the right to confront unavailable witnesses at trial is neither an established nor a basic principle of fundamental justice. To the extent that s. 7 guarantees the accused a fair trial, it cannot be said, in the absence of circumstances which negated or minimized the accused's opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given, that the admission of the previously obtained testimony under s. 643(1) was unfair to the accused. It is the opportunity to cross-examine and not the fact of cross-examination which is crucial if the accused is to be treated fairly. The same is true of the accused's right to a fair trial guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*.

Section 643(1) of the *Code* does not violate the presumption of innocence guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter* by the fact that, under s. 643(1), the accused, and not the Crown, bears the burden of proving that he did not have a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given. Absent exceptional circumstances not present here, it is perfectly reasonable to expect an accused to be able to prove whether or not he was deprived of a full opportunity to cross-examine the witness. Only the accused, after all, knows what was comprised in that "full opportunity" and the extent to which, if at all, it was denied or restricted. A denial or restriction can only have taken place if the intention or desire to pursue certain questions was present and was frustrated.

The trial judge did not violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in directing the jury's attention to the fact that the accused did not testify in his own defence. Section 4(5) requires something more than an offhand reference to the fact that an accused did not testify at trial. The trial judge's first comment was part of a general direction to the jury at the beginning of the charge. The second comment was in the nature of an offhand remark. Even if that remark could have prejudiced the accused, it was more than compensated by the trial judge's unambiguous and sustained comments

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Lamer, Wilson et Sopinka: Le paragraphe 643(1) du *Code*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition. Il est essentiel à notre système de justice qu'un accusé ait l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge. Mais le droit de confronter les témoins qui ne sont pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou essentiel de justice fondamentale. Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable on ne peut affirmer, en l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué pour l'accusé l'occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné, que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) était inéquitable à l'égard de l'accusé. C'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Il en est de même du droit de l'accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Le paragraphe 643(1) du *Code* ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte* parce qu'en vertu du par. 643(1) il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite. En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il est tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Après tout, seul l'accusé sait ce que représentait «l'occasion voulue» et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

Le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné à son procès. Le paragraphe 4(5) exige quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. La première remarque du juge du procès fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé. La seconde remarque semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans

throughout the charge concerning the burden on the Crown to prove the guilt of the accused.

A new trial should be ordered, however, because the trial judge misdirected himself as to the proper interpretation of s. 643(1) of the *Code* and because of the combined effect of the trial judge's failure to warn the jury concerning the use of s. 643(1) and his erroneous instruction that the transcript of testimony taken at the preliminary inquiry should be treated in the same manner as live testimony given at trial.

The trial judge has, under s. 643(1) of the *Code*, a discretion whether or not to admit the previous testimony once the conditions set out in the section are met. The word "may" in s. 643(1) is addressed to the trial judge and gives him a statutory discretion to depart from the purely mechanical application of the section. The discretion should be construed broadly enough to deal with situations where the testimony was obtained in a manner which was unfair to the accused or where, even though the manner of obtaining the evidence was fair to the accused, its admission at his trial would not be fair to the accused. Section 643(1), therefore, confers on the trial judge a discretion broader than the traditional evidentiary principle that evidence should be excluded if its prejudicial effect exceeds its probative value. In this case, the trial judge did not instruct himself properly as to the nature and scope of his discretion under s. 643(1). He stressed the high probative value of the evidence but failed to give adequate consideration to possible unfairness to the accused arising from either the manner in which the evidence was obtained or the effect of its admission on the fairness of the trial. The Court of Appeal proceeded on the basis that the trial judge had no discretion other than the restrictive common law formulation in *Wray*. Neither court applied its mind to the question whether in the circumstances of this case the trial judge should have exercised his statutory discretion in s. 643(1) to exclude the evidence.

Further, it is highly desirable in all cases in which previous testimony is introduced at trial pursuant to s. 643(1) of the *Code*, and in particular in a case such as this where the unavailability of the witness to testify at trial is the result of a deliberate decision by the witness not to give his evidence under oath before the trier of fact, that the trial judge remind the jury that they have not had the benefit of observing the witness giving the testimony. A failure to do so will not constitute a reversible error in every case. Here, however, the trial

son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé.

Un nouveau procès devrait cependant être ordonné, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

En vertu du par. 643(1) du *Code*, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écarter le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le terme «peut», au par. 643(1), s'adresse au juge du procès et lui confère le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article. Il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé, même si la façon dont il a été obtenu était équitable envers l'accusé. Le paragraphe 643(1) confère donc au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. En l'espèce, le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du témoignage mais il a omis d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances en l'espèce, le juge du procès aurait dû écarter la preuve en exerçant le pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

De plus, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur en vertu du par. 643(1) du *Code*, et particulièrement dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès découle de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment au procès devant le juge des faits, il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. L'omission de le faire ne constituera pas toujours une erreur donnant lieu à révision. En l'espèce, le juge du procès a

judge compounded the failure to warn with an instruction designed to give the jury the impression that the transcript of D's testimony at the preliminary inquiry was evidence like all the other testimony at the trial. This was wrong. D's testimony differed from the other testimony the jury heard at trial because it alone was not subject to live cross-examination at the trial. His evidence was crucial in that it purported to be an eyewitness account which, if believed, was almost conclusive of the accused's guilt.

Where accomplice's evidence is introduced at trial pursuant to s. 643(1) of the *Code*, it is for the trial judge in every case, on the basis of his appreciation of all circumstances, to decide whether a warning is required.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: Section 643(1) of the *Criminal Code* is not directly addressed to the prosecution or the judge, although it has implications on how they perform their duties. The provision is directed at a certain type of evidence. It makes it admissible. The parties to a trial may, therefore, invoke the provision if they wish. But the provision does not provide that the evidence previously taken shall be accepted; it provides, rather, that it may be read as evidence. This leaves room for the operation of the ordinary principles of the law of evidence, including the rule that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. That discretion, which is grounded in the judge's duty to ensure a fair trial, is not limited solely to situations where the evidence is highly prejudicial to the accused and only of modest probative value. In this case, the trial judge failed to properly instruct himself either about the existence of the discretion or, more likely, about its nature. He repeatedly stressed the relevance of the evidence without any consideration of its prejudicial character. Therefore, the trial judge failed to exercise the discretion which was incumbent upon him to ensure a fair trial.

In other respects, there was agreement with their colleagues.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; **approved**: *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289; **disapproved**: *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12; **referred to**: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390; *R. v. Hall*,

aggravé la situation en donnant une directive qui avait pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de D à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Cela était inexact. Le témoignage de D était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire en présence du jury au procès. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'accusé.

Lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) du *Code*, il appartient dans chaque cas au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances, de décider si une mise en garde est nécessaire.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: Le paragraphe 643(1) du *Code criminel* ne vise pas directement le ministère public ou le juge, bien qu'il ait des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Mais la disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Ce pouvoir discrétionnaire, qui tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable, n'est pas limité aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. En l'espèce, le juge du procès a mal compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Par conséquent, le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombait d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour ce qui est du reste, un accord est donné aux motifs des autres juges.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; **arrêts approuvés**: *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289; **arrêt critiqué**: *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12; **arrêts mentionnés**: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v.*

[1973] 1 All E.R. 1; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466; *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Romanick* (1959), 2 *Crim. L.Q.* 471; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262; *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*d*), (*f*), 12.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 999.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 619.

Authors Cited

Delisle, R. J. Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195.
Dougherty, Francis M. "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378.
Speyer, Christopher. "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

Hamilton (1898), 2 C.C.C. 390; *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466; *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (C.S.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Romanick* (1959), 2 *Crim. L.Q.* 471; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262; *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*d*), *f*), 12.
Code criminel, S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619.
Code criminel, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(5).

Doctrine citée

Delisle, R. J. Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195.
Dougherty, Francis M. «Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial» (1985), 38 A.L.R. 4th 378.
Speyer, Christopher. «The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code» (1967), 1 C.R.N.S. 267.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.L. 300, 2 Q.A.C. 81, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Alain Dumas and *Line Boivin*, for the appellant.

Michel Parent, for the respondent.

Jacques Letellier, *Q.C.*, and *Karim Benyekhlef*, for the intervener the Attorney General of Canada.

S. Casey Hill, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Wilson. I agree with her conclusion and, apart from what follows, her reasoning as well. However, I take a different view of s. 643(1) of the *Criminal Code* and, in consequence, of the source of the discretion to exclude the evidence permitted to be adduced under that provision.

As I read s. 643, it is not directly addressed to the prosecution or the judge, although it has, of course, implications for how they perform their duties. The provision is directed at a certain type of evidence. It makes it admissible. The parties to a trial may, therefore, invoke the provision if they wish. But the provision does not provide that the evidence previously taken shall be accepted; it provides, rather, that it may be read as evidence. This leaves room for the operation of the ordinary principles of the law of evidence, including the rule that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value; see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 729-36; see also *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. The case most frequently cited for the discretion to exclude is *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, where it is referred to in a dictum by Martland J. at pp. 292-93, but it is

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.L. 300, 2 Q.A.C. 81, qui a rejeté l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Alain Dumas et *Line Boivin*, pour l'appelant.

Michel Parent, pour l'intimée.

Jacques Letellier, *c.r.*, et *Karim Benyekhlef*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

S. Casey Hill, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Je suis d'accord avec sa conclusion et, sous réserve de ce qui suit, avec son raisonnement. Je diffère cependant d'opinion sur le par. 643(1) du *Code criminel* et, par conséquent, sur l'origine du pouvoir discrétionnaire d'écarter le témoignage qu'il est permis de produire en vertu de cette disposition.

L'article 643, suivant mon interprétation, ne vise pas directement le ministère public ou le juge bien qu'il ait évidemment des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Toutefois cette disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante; voir l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; voir également *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. L'arrêt le plus souvent cité à l'appui du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve est *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où il est mentionné dans une opinion incidente du juge Martland aux pp. 292 et 293, mais il s'agit simple-

simply one of the fundamental postulates of the law of evidence.

As my colleague notes, some have interpreted Martland J.'s dictum as limiting the discretion solely to situations where the evidence is highly prejudicial to the accused and is only of modest probative value. I do not accept this restrictive approach to the discretion. As I noted in *Corbett*, *supra*, at pp. 736-40, this narrow view, which can be traced from a statement by Lord du Parcq in *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), at p. 192, has now been rejected by the House of Lords: *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. That case, and others there referred to, make it clear that under English law, a judge in a criminal trial always has a discretion to exclude evidence if, in the judge's opinion, its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. Lord Fraser of Tullybelton put it this way at pp. 446-47:

> The judge in these circumstances has a discretion to exclude the evidence not only if its probative weight is "trifling"—see *Noor Mohamed* v. *The King* [1949] A.C. 182, 192—but whenever its prejudicial effect would be "out of proportion to its true evidential value"—see *Harris* v. *Director of Public Prosecutions* [1952] A.C. 694, 707, Viscount Simon quoting Lord Moulton in *Rex* v. *Christie* [1914] A.C. 545. I read the latter expression as meaning that the discretion can be exercised where the prejudicial value of the evidence would greatly exceed its probative value.

Lord Diplock, at pp. 433-34, Viscount Dilhorne, at pp. 438-39, and Lord Salmon, at p. 445, express similar opinions. As their Lordships make clear, the discretion is grounded in the judge's duty to ensure a fair trial; see the same judges respectively at pp. 437, 439 and 447. I am in accord with their view of the nature of the discretion.

On a reading of the trial judge's comments in relation to the Crown's application to have the evidence admitted, which is cited by my colleague, it is evident that the trial judge failed to properly

ment d'un postulat fondamental du droit de la preuve.

Comme le souligne ma collègue, certains ont donné à l'opinion incidente du juge Martland une interprétation qui limite ce pouvoir discrétionnaire aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. Je n'accepte pas cette interprétation restrictive du pouvoir discrétionnaire. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Corbett*, précité, aux pp. 736 à 740, cette interprétation restrictive qui remonte à une déclaration de lord du Parcq dans l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192, a été rejetée depuis par la Chambre des lords: *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. Selon cet arrêt et d'autres qui y sont mentionnés, il est clair qu'en droit anglais le juge d'un procès criminel a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve si, à son avis, son effet préjudiciable l'emporte considérablement sur sa valeur probante. Lord Fraser of Tullybelton l'explique ainsi, aux pp. 446 et 447:

> [TRADUCTION] Dans ces circonstances, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est «insignifiante»—voir l'arrêt *Noor Mohamed* v. *The King*, [1949] A.C. 182, 192—mais aussi dans tous les cas où son effet préjudiciable «serait disproportionné à sa valeur probante réelle»—voir l'arrêt *Harris* v. *Director of Public Prosecutions* [1952] A.C. 694, 707, le vicomte Simon citant lord Moulton dans l'arrêt *Rex* v. *Christie* [1914] A.C. 545. À mon sens, la dernière expression signifie que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé lorsque la valeur préjudiciable de l'élément de preuve serait considérablement supérieure à sa valeur probante.

Lord Diplock, aux pp. 433 et 434, le vicomte Dilhorne, aux pp. 438 et 439, et lord Salmon, à la p. 445, expriment des opinions semblables. Comme leurs Seigneuries l'expliquent clairement, le pouvoir discrétionnaire tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable; voir les opinions des mêmes juges aux pp. 437, 439 et 447 respectivement. Je partage leur opinion quant à la nature du pouvoir discrétionnaire.

Les remarques du juge du procès concernant la demande du ministère public d'utiliser le témoignage, remarques qui sont citées par ma collègue, montrent clairement que le juge du procès a mal

instruct himself either about the existence of the discretion or, more likely, about its nature. He repeatedly stresses the relevance of the evidence without any consideration of its prejudicial character. This smacks of the restricted view of the discretion I have rejected. In my view, therefore, the trial judge failed to exercise the discretion which was incumbent upon him to ensure a fair trial.

For that reason, as well as the erroneous instruction of the trial judge to the jury that the testimony taken at the preliminary hearing should be treated in the same manner as live testimony given at trial, I would, like my colleague, allow the appeal and order a new trial. I would also answer the constitutional questions in the manner proposed by her.

The judgment of Lamer, Wilson and Sopinka JJ. was delivered by

WILSON J.—The main issue on this appeal is whether the admission at trial of previously taken evidence under s. 643(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C. 1985, c. C-46, s. 715(1)), as amended, violates an accused's rights under ss. 7 or 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Other issues raised on the appeal are whether, assuming no such *Charter* violation, the trial judge nevertheless erred in admitting such evidence, in not providing an adequate warning to the jury concerning the dangers of accepting previously taken evidence of an accomplice in the absence of live cross-examination, and in making reference to the appellant's not having testified at his trial contrary to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).

I. The Facts

On April 21, 1983 the appellant, Pierre Potvin, his girl friend Josée Thibault and Benoît Deschênes met in a bar and planned to go to the home of an acquaintance, Paulette Liversain, and steal her jewellery. The three, along with two other

compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Cela ressemble beaucoup à l'interprétation restrictive de ce pouvoir discrétionnaire, interprétation que j'ai rejetée. Par conséquent, j'estime que le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombait d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour cette raison et aussi parce que le juge du procès a donné au jury la directive erronée que le témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être traité de la même façon qu'un témoignage donné de vive voix au procès, je suis d'avis, comme ma collègue, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis également d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses qu'elle propose.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et Sopinka rendu par

LE JUGE WILSON—La principale question que soulève ce pourvoi est de savoir si l'utilisation au procès de témoignages antérieurement recueillis, en application du par. 643(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, par. 715(1)), et modifications, viole les droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi soulève aussi les questions de savoir si, dans l'hypothèse d'absence de violation de la *Charte*, le juge du procès a néanmoins commis une erreur en utilisant cette preuve, en ne faisant pas une mise en garde adéquate au jury quant au danger d'admettre le témoignage antérieur d'un complice sans contre-interrogatoire au procès et en mentionnant, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès.

I. Les faits

Le 21 avril 1983, l'appelant Pierre Potvin, son amie Josée Thibault et Benoît Deschênes se sont rencontrés dans un bar et ont convenu de se rendre au domicile d'une connaissance, Paulette Liversain, et de lui voler ses bijoux. Ces trois personnes,

friends, arrived at the home of Mrs. Liversain at 2:30 in the morning of April 22, 1983. The two other friends left shortly after their arrival in order to obtain more beer. What happened next is not exactly clear. Mrs. Liversain apparently became aware of the trio's intentions and was severely beaten. She died of her injuries and the appellant, Josée Thibault and Benoît Deschênes were all charged with second degree murder.

The Crown proceeded against the appellant first with the intention of using the other two as witnesses. Although he had testified at the preliminary inquiry, Benoît Deschênes refused to testify at the appellant's trial. The Crown then applied to the judge to have the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry introduced as evidence at the appellant's jury trial under s. 643(1) of the *Criminal Code*. The trial judge held that the requirements of s. 643(1) of the *Criminal Code* had been met and that the previously taken testimony should be admitted as evidence at the trial. The appellant's defence was that Josée Thibault and Benoît Deschênes and not himself inflicted the fatal injuries on Mrs. Liversain. The appellant was found guilty of second degree murder.

II. Legislation

Section 643(1) of the *Criminal Code* provides as follows:

643. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial upon the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or upon the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved upon oath from which it can be inferred reasonably that the person

(*a*) is dead,

(*b*) has since become and is insane,

(*c*) is so ill that he is unable to travel or testify, or

(*d*) is absent from Canada,

accompagnées de deux autres amis, sont arrivées au domicile de Mme Liversain à 2 h 30 le matin du 22 avril 1983. Les deux autres amis sont repartis peu de temps après leur arrivée pour aller chercher de la bière. Ce qui s'est passé par la suite n'est pas très clair. Madame Liversain a apparemment pris conscience des intentions des trois et a été violemment battue. Elle est morte par suite de ses blessures et l'appelant ainsi que Josée Thibault et Benoît Deschênes ont été accusés de meurtre au deuxième degré.

Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'appelant avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, Benoît Deschênes a refusé de témoigner au procès de l'appelant. Le ministère public a alors demandé au juge que soit introduite à titre de preuve au procès de l'appelant, qui avait lieu devant un jury, la transcription du témoignage que Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, en application du par. 643(1) du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que les exigences du par. 643(1) du *Code criminel* avaient été respectées et que le témoignage antérieurement recueilli devrait être utilisé comme preuve au procès. Selon la défense présentée par l'appelant, ce n'était pas lui mais Josée Thibault et Benoît Deschênes qui avaient infligé les blessures fatales à Mme Liversain. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

II. Les dispositions législatives

Le paragraphe 643(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

643. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

a) est décédée,

b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,

c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner, ou

d) est absente du Canada,

and where it is proved that his evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, if the evidence purports to be signed by the judge or justice before whom it purports to have been taken, unless the accused proves that it was not in fact signed by that judge or justice or that he did not have full opportunity to cross-examine the witness.

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act* provides:

4. ...

(5) The failure of the person charged, or the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

The relevant sections of the *Charter* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

III. The Judgments Below

Quebec Superior Court

Upon the application by the Crown to admit as evidence the transcript of Benoît Deschênes' testimony at the preliminary inquiry, the trial judge concluded that the conditions for admission of the evidence under s. 643(1) had been met. He stated:

[TRANSLATION] In the case at bar the conditions laid down by The Queen v. Lambert, a case cited by the Crown and a decision of our Court of Appeal, have been met and the fact that this is a case of murder does not, with great respect for the submission of counsel for the

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

Le paragraphe 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit:

4. ...

(5) L'abstention de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

Les articles pertinents de la *Charte* prévoient:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure du Québec

Lorsque le ministère public a demandé que soit admise en preuve la transcription du témoignage que Benoît Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, le juge du procès a conclu que les conditions d'admission du témoignage prévues au par. 643(1) étaient réunies. Il a affirmé:

Dans le présent cas, les conditions prévues dans La Reine - vs - Lambert, cause citée par la Couronne, décision de notre Cour d'appel, les conditions se rencontrent et le fait qu'il s'agisse ici d'un meurtre me fait non pas conclure, avec beaucoup de respect pour ce qu'a

defence, lead me to conclude that a greater injustice would result, but on the contrary suggests that in a case where there is a charge of this importance, the exercise of judicial discretion if the conditions specified in s. 643 have been met—the exercise must be in a positive manner along the lines suggested by the prosecution.

So, for these reasons and because the conditions set by the Act have been met to my satisfaction by the Crown, *inter alia* as a consequence of the admission by the defence, and because I also think it is in the higher interests of justice for this testimony to be part of the evidence, since under the criteria of relevance—counsel forgot to raise this before me—it is extremely relevant . . . .

I considered it in advance, because I did think that this application would be made to me this morning. It is extremely relevant since he is one of the three—one of the three persons living who was or may have been in the victim's residence when the events occurred.

So we will not consider the relevance of this testimony for a single moment longer—the accused had an opportunity to cross-examine on this testimony at the preliminary inquiry. The witness was cross-examined by two or three people.

So, despite his humble—and in passing I would say noble —effort, undoubtedly intended to render assistance to someone in this case, his testimony will be read since that is my decision.

His testimony will be read to the jury at once and will be part of the evidence like any other testimony given in the course of this trial, in accordance with the actual wording of the Criminal Code, which is always the best authority. The wording of the Code itself is always the best authority that I can be referred to.

However, he rejected the appellant's claim that the admission of the previously taken evidence would violate his rights under the *Charter* stating:

[TRANSLATION] First, to deal with the question of the Charter, I accept the argument of your colleague that this provision of the legislator, this provision of the Criminal Code authorized by law—the Criminal Code is public law—giving discretion to the Court, this legislation not only exists but is authorized in the Canadian Criminal Code, and as Mr. Parent pointed out, has been interpreted and applied by the courts on various occasions—on certain occasions.

soumis l'avocat de la défense, qu'une plus grande injustice en résulterait mais m'amène à conclure au contraire que dans une cause où il y a une accusation de cette importance, l'exercice de la discrétion judiciaire si les conditions prévues à l'article 643 se rencontrent, l'exercice doit être de façon positive dans le sens demandé par le ministère public.

Alors pour ces raisons et parce que les conditions requises par la Loi ont été établies à ma satisfaction par la Couronne, entre autres grâce à l'admission de la défense, et parce qu'il m'apparaît également dans l'intérêt supérieur de la justice que ce témoignage fasse partie de la preuve puisqu'en vertu des critères de la pertinence—on avait oublié de soulever devant moi—il est joliment pertinent . . .

J'en ai pris connaissance par anticipation parce que j'ai bien pensé que l'on pourrait me faire cette application ce matin. Il est joliment pertinent puisqu'il est l'un des trois, l'une des trois personnes vivantes qui étaient ou auraient été au domicile de la victime lorsque les événements se sont déroulés.

Alors ne nous interrogeons pas une seconde de plus quant à la pertinence de ce témoignage, témoignage qui a donné à l'enquête préliminaire l'occasion à l'accusé de contre-interroger. Le témoin a été contre-interrogé par deux (2) ou trois (3) personnes.

Alors malgré son humble effort—et je dis noble entre guillemets—pour sans doute rendre service à quelqu'un dans cette cause, son témoignage va être lu puisque c'est là ma décision.

Son témoignage va être lu aux jurés tout à l'heure et fera partie de la preuve comme tout autre témoignage rendu au cours de ce procès et le tout conformément aux dispositions mêmes du Code criminel qui demeure toujours la meilleure jurisprudence. Les termes mêmes du Code sont toujours la meilleure jurisprudence que l'on puisse me citer.

Il a cependant rejeté la prétention de l'appelant que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*, en affirmant:

D'abord et pour trancher sur la question de la Charte, je fais droit à l'argument de votre confrère à l'effet que cette disposition du législateur, cette disposition du Code criminel prévue à la Loi—c'est une Loi publique le Code criminel—et qui reconnaît la discrétion au Tribunal, cette législation non seulement existe mais est prévue au Code Pénal Canadien et elle a fait l'objet, comme maître Parent l'a souligné, à différentes occasions, à certaines reprises elle a fait l'objet d'une interprétation et d'une application par les tribunaux.

Though such applications or interpretations were prior to the Charter, I do not know that s. 643, which is cited in support of the application at bar, offends against the provisions of the Charter, to which I was referred by learned counsel for the defence.

That the procedure is unusual in the sense that it is rare—and a moment ago we were given a good interpretation, or a good explanation, of the fact that it is rare, because fortunately in this country people of the stamp, the quality or weakness of the sort of person I convicted this morning are rare as well. There is a direct connection between the rarity of people of this type and of cases which cause the procedure to take an unusual direction, because it is rarely used: I too am glad that it is rare.

However, the fact that it is rare—that it is unusual—should not cause the Court to reject it because of the Charter and in general. I do not personally see how this procedure of an unusual nature falls within the language of the Charter, which is "unusual treatment".

Furthermore, it can readily be seen from the proximity in the Charter of the adjective and epithet "cruel", the spirit of the Charter and the meaning that must be given to the word "unusual" can readily be understood.

The appellant was found guilty of second degree murder.

Quebec Court of Appeal

The Quebec Court of Appeal (Montgomery, L'Heureux-Dubé and McCarthy JJ.A.) dismissed the appellant's appeal, holding that the admission of previously taken evidence once the conditions of s. 643(1) of the *Criminal Code* had been met did not violate ss. 7, 11(*d*) or (*f*) of the *Charter*: (1986), 2 Q.A.C. 81. The Court also concluded that the trial judge had made no error in admitting the evidence. Once the conditions prescribed in s. 643(1) had been met the Court concluded that the judge had no discretion to exclude the prior testimony as evidence at the trial, except perhaps pursuant to the residual common law discretion defined by this Court in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. McCarthy J.A. stated for the Court at p. 84:

[TRANSLATION] As regards the argument that the trial judge improperly exercised a discretion conferred on him by s. 643, by admitting the testimony given by

Même si ces applications ou interprétations étaient antérieures à la Charte, je ne sache pas que l'article 643 que l'on invoque au soutien de la présente requête aille à l'encontre des dispositions de la Charte que m'a citées le savant procureur de la défense.

Que la procédure soit inusitée au sens qu'elle est rare—et on a donné tout à l'heure une bonne interprétation ou une bonne explication du fait qu'elle est rare parce qu'heureusement dans ce pays des individus de l'acabit, de la trempe ou de la mollesse de celui que j'ai condamné ce matin sont rares eux aussi. Il y a un lien direct entre la rareté des individus de cet acabit et la rareté des cas qui font que la procédure est en un sens inusitée parce que rarement employée, je me réjouis à mon tour que ce soit rare.

Mais ce n'est pas le fait qu'elle soit rare, qu'elle soit inusitée, qui doit inciter le Tribunal à la mettre de côté à cause de la Charte et en général. Je ne vois pas, quant à moi, que cette procédure au caractère inusité rejoigne l'expression de la Charte qui est celui du traitement inusité.

D'ailleurs on se rend vite compte par la présence à proximité, dans la Charte, de l'adjectif et épithète «cruel», on se rend vite compte de l'esprit de la Charte et du sens qu'elle veut donner au mot «inusité».

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec (les juges Montgomery, L'Heureux-Dubé et McCarthy) a rejeté l'appel de l'appelant en concluant que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli, quand les conditions du par. 643(1) du *Code criminel* sont remplies, ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni aux al. 11*d*) ou *f*) de la *Charte*: (1986), 2 Q.A.C. 81. La Cour a également conclu que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en utilisant la preuve. La Cour a conclu que, lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage antérieur de la preuve au procès, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire résiduel de *common law* que cette Cour a défini dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Le juge McCarthy a affirmé au nom de la Cour d'appel, à la p. 84:

Quant à l'argument à l'effet que le juge du procès a mal exercé une discrétion que lui accorderait l'article 643 en admettant en preuve le témoignage rendu par

Deschênes at the preliminary inquiry, I cannot accept this. The word "may" in s. 643 confers a right on the parties, it does not give the judge a discretion: **R. v. Tretter** (1975), 18 C.C.C. (2d) 82 (Ontario C.A.), at 89; **R. v. Oda, R. v. Lawson** (1981), 54 C.C.C. (2d) 466 (British Columbia C.A.), at 468. Admitting evidence relevant to the point at issue and of significant evidentiary force may have an unfavourable effect for the accused without being inequitable: **R. v. Wray**, [1971] S.C.R. 272, at 293 (per Martland J., for the majority).

The Court of Appeal also concluded, after examining the trial judge's charge to the jury, that the trial judge had not, as was alleged, directed the jury's attention to the fact that the appellant did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. Nor was the trial judge's warning to the jury as to the dangers of accepting the testimony of the alleged accomplice Benoît Deschênes inadequate under this Court's decision in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

This Court granted leave to appeal the Court of Appeal's decision to this Court on March 26, 1987, [1987] 1 S.C.R. xii, and the Chief Justice subsequently set the following constitutional questions:

1. Does section 643 of the *Criminal Code* in so far as it allows the Crown to ask the trial judge to read as evidence before a jury the evidence of an accomplice given at the preliminary inquiry, when the said accomplice refuses to give evidence at the trial, violate ss. 7, 11(*d*) and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is the resort to that section justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

IV. The Issues

The appellant submits that s. 643(1) of the *Criminal Code* as applied in this case violates his rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* and is not justified under s. 1. In the alternative, he says that the trial judge erred in not exercising his discretion under s. 643(1) to refuse to admit the transcript as evidence in the circumstances of this case. The Crown alleges, on the other hand, that the Court of Appeal was correct in holding that a

Deschênes lors de l'enquête préliminaire, je ne le retiens pas. Le mot «peut» dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discrétion au juge: **R. v. Tretter** (1975), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ontario), à la page 89; **R. v. Oda, R. v. Lawson** (1981), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A. Colombie-Britannique), à la page 468. Admettre une preuve pertinente à la question en litige et de force probante signifiante peut avoir un effet défavorable à l'accusé sans être inéquitable: **R. v. Wray**, [1971] R.C.S. 272, à la page 293 (per Martland, J., pour la majorité).

La Cour d'appel a également conclu après avoir examiné l'exposé du juge au jury, que le juge n'avait pas, comme on l'avait prétendu, attiré l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge au jury quant au danger d'accepter le témoignage du complice présumé Benoît Deschênes n'était pas inadéquate selon l'arrêt de cette Cour *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel le 26 mars 1987, [1987] 1 R.C.S. xii, et le Juge en chef a formulé par la suite les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11*d*) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

IV. Les questions en litige

L'appelant soutient que le par. 643(1) du *Code criminel*, tel qu'il a été appliqué en l'espèce, viole les droits que lui reconnaissent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de son article premier. Subsidiairement, il affirme que le juge du procès a commis l'erreur de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1) pour refuser d'admettre la transcription en preuve dans les circonstances de l'espèce. En revanche, le

trial judge has no discretion under s. 643(1) once the requirements of the section have been met and that, even if the trial judge in this case did have such a discretion, he did not err in his refusal to exercise it against the admission of the previous testimony.

The appellant also argues that the trial judge erred in not warning the jury that recourse to s. 643(1) is an unusual procedure and that the evidence of alleged accomplices should only be accepted with caution, especially in the absence of live cross-examination on such evidence before the jury. The appellant further submits that the trial judge erred in directing the jury's attention to the fact that the appellant did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. These submissions require us to address the following questions:

(a) Does section 643(1) of the *Criminal Code*, in so far as it permits the trial judge to read as evidence before a jury testimony given at a preliminary inquiry when the person who testified is not available for cross-examination at the trial, violate ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, and if so, is the violation justified under s. 1 of the *Charter*?

(b) Did the courts below err in holding that s. 643(1) of the *Criminal Code* does not grant a trial judge a discretion to admit the evidence when the requirements of the section are met and, if so, did the trial judge err in not exercising his discretion in order to preclude the admission of the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry as evidence at the trial?

(c) Did the trial judge err in not warning the jury that the admission of evidence pursuant to s. 643(1) of the *Criminal Code* is an unusual procedure and that caution should be exercised before the evidence of an accomplice is accepted against another accomplice?

ministère public allègue que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès n'a aucun pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1), une fois réunies les conditions prescrites par cet article, et que, même si le juge avait ce pouvoir discrétionnaire, il n'a pas commis d'erreur en refusant de l'exercer pour écarter le témoignage antérieur.

L'appelant prétend en outre que le juge du procès a commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le recours au par. 643(1) est une procédure inusitée et que le témoignage de complices présumés ne devrait être admis qu'avec prudence, surtout quand ils ne sont pas contre-interrogés sur ce témoignage au procès, devant le jury. L'appelant soutient de plus que le juge du procès a commis une erreur en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces prétentions nous obligent à répondre aux questions suivantes:

a) Le paragraphe 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'une personne donné à l'enquête préliminaire lorsque cette personne ne peut être contre-interrogée au procès, viole-t-il l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en application de l'article premier de la *Charte*?

b) Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en décidant que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'utiliser le témoignage lorsque les exigences de l'article sont remplies et, dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire de façon à empêcher que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire soit admise en preuve au procès?

c) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que l'utilisation d'un témoignage en application du par. 643(1) du *Code criminel* constitue une procédure inusitée et que la prudence devrait être de rigueur avant d'admettre le témoignage d'un complice contre un autre complice.

(d) Did the trial judge violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* by directing the jury's attention to the fact that the appellant did not testify in his own defence?

(a) *Section 643(1): the Constitutional Issues*

(1) Section 7

The appellant argues that an accused's ability to cross-examine all adverse witnesses at trial before the trier of fact is a principle of fundamental justice and a requirement of a fair trial. Basic to this argument is acceptance of the proposition that the trier of fact will be unable to assess the credibility of a witness in the absence of his or her physical presence at the time the evidence is presented to the trier of fact. That credibility is the issue under the section seems clear from the fact that it specifically requires that the previous evidence of the witness that is to be admitted at the trial has been taken in the presence of the accused who had a full opportunity to cross-examine on the evidence at the time.

I think the appellant's submission that s. 643(1) violates s. 7 must fail. This Court held in the *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our justice system. Our justice system has, however, traditionally held evidence given under oath at a previous proceeding to be admissible at a criminal trial if the witness was unavailable at the trial for a reason such as death, provided the accused had an opportunity to cross-examine the witness when the evidence was originally given. The common law origins of the predecessor section to the present s. 643(1) were noted by Bain J. in *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390 (Man. Q.B.), at p. 406, where he said:

> It is a rule founded on common law principles that, if a witness be proved to be dead, secondary evidence of a statement he made under oath on a former trial between the same parties will be received, provided that the facts in issue are substantially the same, and that the person against whom the evidence is to be given had the right and opportunity of cross-examining the witness: *Reg.* v.

d) Le juge du procès a-t-il violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné pour sa propre défense?

a) *Le paragraphe 643(1): les questions constitutionnelles*

(1) L'article 7

L'appelant soutient que la possibilité pour l'accusé de contre-interroger au procès tous les témoins à charge, devant le juge des faits, est un principe de justice fondamentale et une condition de l'équité du procès. Cet argument est basé sur la proposition selon laquelle le juge des faits est incapable d'apprécier la crédibilité d'un témoin qui est physiquement absent au moment où le témoignage lui est présenté. Il est clair que c'est de crédibilité qu'il s'agit dans cet article puisqu'il exige expressément que le témoignage antérieur qui doit être utilisé au procès ait été reçu en présence de l'accusé et que ce dernier ait alors eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin sur son témoignage.

J'estime que l'argument de l'appelant selon lequel le par. 643(1) viole l'art. 7 doit être rejeté. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, cette Cour a affirmé que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Cependant, notre système judiciaire a traditionnellement reconnu que le témoignage fait sous serment lors d'une procédure antérieure était admissible dans un procès criminel, si le témoin ne pouvait être présent au procès, parce que par exemple il était décédé, à la condition que l'accusé ait eu l'occasion de le contre-interroger au moment de la déposition initiale. Dans l'arrêt *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390 (B.R. Man.), à la p. 406, le juge Bain souligne que l'article antérieur au par. 643(1) actuel trouve son origine dans la *common law*:

> [TRADUCTION] C'est une règle fondée sur les principes de *common law* que, s'il y a preuve du décès d'un témoin, la preuve secondaire d'une déclaration qu'il a faite sous serment à un procès antérieur tenu entre les mêmes parties sera admise pourvu que les faits en cause soient essentiellement les mêmes et que la personne contre qui le témoignage doit être présenté ait eu le droit

Smith, 2 Stark. 208 and note; Taylor on Evidence, § 464.

Likewise, Wigmore in his treatise on *Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, has explained at § 1370 why the practice of admitting testimony which has already been subjected to cross-examination is consistent with the requirements of the hearsay rule:

> **§ 1370. Cross-examined statements not an exception to the hearsay rule.** The hearsay rule excludes testimonial statements not subjected to cross-examination (§ 1362 *supra*). When, therefore, a statement has *already been subjected to cross-examination* and is hence admitted—as in the case of a deposition or testimony at a former trial—it comes in because the rule is satisfied, not because an exception to the rule is allowed. The statement may have been made before the present trial, but if it has been already subjected to proper cross-examination, it has satisfied the rule and needs no exception in its favour. This is worth clear appreciation, because it involves the whole theory of the rule: . . .

The practice of admitting previously taken evidence if the accused had an opportunity on the previous occasion to cross-examine the witness has been sanctioned by courts in the United Kingdom (see *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1 (C.A.), at p. 7) and in the United States (see *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)). The American authorities on this question, collected in F. Dougherty "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378, are of interest in that the Sixth Amendment of the American Bill of Rights specifically guarantees the accused the right "to be confronted with the witnesses against him." This right of confrontation has been held to be satisfied by the accused's having had an opportunity to cross-examine the witness at the time the previous evidence was given. It is clear to me from this survey that the right asserted by the appellant to confront an unavailable witness before the trier of fact at trial cannot be said to be a traditional or basic tenet of our justice system.

et l'occasion de contre-interroger le témoin: *Reg.* v. *Smith*, 2 Stark. 208 et note; Taylor on Evidence, § 464.

De même, Wigmore dans son traité *Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, explique au § 1370 pourquoi la pratique d'admettre un témoignage qui a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire est conforme aux exigences relatives à la règle du ouï-dire:

> [TRADUCTION] **§ 1370. Les déclarations qui ont fait l'objet d'un contre-interrogatoire ne sont pas une exception à la règle du ouï-dire.** La règle du ouï-dire écarte la preuve testimoniale qui n'a pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire (§ 1362, ci-dessus). Par conséquent, lorsqu'une déclaration a *déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire* et est donc utilisée—comme dans le cas d'une déposition ou d'un témoignage à un procès antérieur—elle est reçue parce que la règle est respectée et non parce qu'une exception à la règle est permise. La déclaration peut avoir été faite avant la tenue du procès actuel, mais si elle a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire approprié, elle est conforme à la règle et n'a besoin d'aucune exception en sa faveur. Cela mérite d'être bien compris parce que cela fait intervenir toute la théorie de la règle: . . .

L'utilisation de témoignages recueillis antérieurement, lorsque l'accusé a eu l'occasion à ce moment-là de contre-interroger le témoin, est une pratique reconnue par les tribunaux du Royaume-Uni (voir l'arrêt *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1 (C.A.), à la p. 7) et des États-Unis (voir l'arrêt *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)). Les sources américaines sur le sujet, réunies par F. Dougherty dans «Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial» (1985), 38 A.L.R. 4th 378, sont intéressantes parce que le Sixième amendement de l'American Bill of Rights reconnaît expressément à l'accusé le droit [TRADUCTION] «d'être confronté avec les témoins à charge». Les tribunaux ont décidé que le droit de confrontation est respecté si l'accusé a eu l'occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné. À mon avis, il ressort de cette analyse qu'on ne peut affirmer que le droit invoqué par l'appelant de confronter un témoin qui ne peut être présent devant le juge des faits au procès est un précepte traditionnel ou fondamental de notre système juridique.

To the extent that s. 7 guarantees the accused a fair trial, can the admission of the previously obtained testimony under s. 643(1) be said to be unfair to the accused? In the absence of circumstances which negated or minimized the accused's opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given, I think not. In this regard I would respectfully adopt the following statement of Vancise J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50, at pp. 60-61:

> Does this procedure offend the basic tenets and principles on which the principles of fundamental justice are based? Put another way, are these procedural safeguards sufficient to make the taking of the evidence accord with the principles of fundamental justice which are founded upon a belief "in the dignity and worth of a human person and on the rule of law"? In my opinion, they are. The conditions under which the evidence is given, including the solemnity of the occasion, are such as to guarantee its trustworthiness and to protect the rights of an accused. The evidence is given in open court in the presence of the accused, taken on oath or solemn affirmation, and the person against whose interest it is sought to be introduced has reasonable opportunity to cross-examine. The evidence is certified as to correctness by the judge before whom it was given. This is not a mechanism for the introduction of evidence which is not admissible, but rather a system for the use of evidence which would otherwise be lost. Its use, or admissibility, is provided for in a way which accords full safety to the rights of an accused. Those safeguards, together with the limited circumstances in which the procedure can be resorted to, justify its acceptance into evidence. The procedure is one which accords with the principles of fundamental justice, and in my opinion, s. 7 of the Charter has not been offended.

It follows that I would respectfully reject the finding of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12, at p. 26, that s. 643(1) of the *Criminal Code* violates ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* because "the right of an accused to confront the witnesses testifying against him at his trial is an established principle of fundamental justice". In my view, the authorities to which I have referred indicate that the right to confront unavailable witnesses at trial is neither an established nor a basic principle of fundamental

Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable, peut-on affirmer que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) est inéquitable envers l'accusé? En l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué, pour l'accusé, l'occasion de contre-interroger au moment où le témoignage antérieur a été donné, je ne le pense pas. Sur ce point, je suis d'avis, avec égards, d'adopter l'affirmation suivante du juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50, aux pp. 60 et 61:

> [TRADUCTION] Cette procédure porte-t-elle atteinte aux principes et préceptes fondamentaux sur lesquels sont fondés les principes de justice fondamentale? En d'autres termes, ces garanties procédurales sont-elles suffisantes pour assurer que l'audition du témoignage est conforme aux principes de justice fondamentale qui sont fondés sur la foi «en la dignité et la valeur de la personne humaine et sur la primauté du droit»? À mon avis, elles le sont. Les conditions dans lesquelles le témoignage est donné, y compris la solennité de l'occasion, sont telles qu'elles garantissent sa fiabilité et protègent les droits d'un accusé. La déposition est faite en audience publique, en présence de l'accusé, sous serment ou affirmation solennelle, et la personne contre qui on tente d'introduire cette déposition a l'occasion raisonnable de contre-interroger. Le témoignage est attesté quant à son exactitude par le juge devant qui il a été donné. Il ne s'agit pas d'un moyen d'introduire une preuve qui n'est pas admissible mais d'une procédure qui permet d'utiliser un témoignage qui autrement serait perdu. Son utilisation ou son admissibilité est prévue d'une façon qui est conforme à la protection complète des droits d'un accusé. Ces garanties, jointes aux circonstances restreintes dans lesquelles on peut recourir à la procédure, justifient son admission en preuve. La procédure est conforme aux principes de justice fondamentale et, à mon avis, l'art. 7 de la Charte n'a pas été violé.

Avec égards, je suis donc d'avis de rejeter la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12, à la p. 26, selon laquelle le par. 643(1) du *Code criminel* viole l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* parce que [TRADUCTION] «le droit d'un accusé de confronter les témoins à charge à son procès est un principe reconnu de justice fondamentale». À mon avis, les sources que j'ai mentionnées montrent que le droit de confronter des témoins qui ne seront pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou

justice. I note, however, in passing that s. 643(1) was found in *Speid*, *supra*, at p. 26, to be justified under s. 1 of the *Charter* in part because its operation was not unfair to the accused:

> The provision that the evidence of the witness must have been taken in the presence of the accused and that there has been a full opportunity to cross-examine that witness goes far to establish the reliability of the testimony and provides adequate safeguards for the accused. Further, the Crown must establish that the witness is dead, has since become and remains insane, is so ill that he is unable to travel or testify, or, lastly, that he is absent from Canada. Those safeguards are, I think, sufficient to warrant the admission of the transcript of the evidence. It is true that the trier of fact is thus deprived of observing the demeanour of the witness and the manner in which he gives his testimony. None the less, the accused's ability to confront and cross-examine the witness on earlier occasions establishes the requisite strong *indicia* of reliability which makes the transcript properly admissible.

See also in this regard *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), at pp. 296-98, for the finding by a differently constituted panel of the Ontario Court of Appeal that "it is clear that s. 643 is not unconstitutional because of s. 7 of the Charter".

What rights then does an accused have under s. 7 of the *Charter* with respect to the admission of previous testimony? It is, in my view, basic to our system of justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was taken if a transcript of such testimony is to be introduced as evidence in a criminal trial for the purpose of convicting the accused. This is in accord with the traditional view that it is the opportunity to cross-examine and not the fact of cross-examination which is crucial if the accused is to be treated fairly. As Professor Delisle has noted: Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195, at p. 196:

> If the opposing party has had an opportunity to fully cross-examine he ought not to be justified in any later complaint if he did not fully exercise that right.

essentiel de justice fondamentale. Je souligne cependant au passage qu'il a été jugé dans l'arrêt *Speid*, précité, à la p. 26, que le par. 643(1) était justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, en partie parce que son application n'était pas inéquitable envers l'accusé:

> [TRADUCTION] L'exigence que la déposition du témoin ait été faite en présence de l'accusé et que celui-ci ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin contribue de façon importante à établir la fiabilité du témoignage et fournit des garanties suffisantes à l'accusé. De plus, le ministère public doit établir que le témoin est décédé, ou qu'il est devenu aliéné et est aliéné, ou qu'il est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou, enfin, qu'il est absent du Canada. J'estime que ces garanties sont suffisantes pour justifier l'utilisation de la transcription du témoignage. Il est vrai que le juge des faits ne peut alors observer le comportement du témoin ni sa façon de témoigner. Néanmoins, la possibilité qu'a eue l'accusé de confronter et de contre-interroger le témoin en des occasions antérieures établit l'élément important requis de fiabilité qui rend la transcription admissible à bon droit.

À cet égard, voir également l'arrêt *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), aux pp. 296 à 298, où une formation différente de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu' [TRADUCTION] «il est clair que l'art. 643 n'est pas inconstitutionnel en raison de l'art. 7 de la Charte».

Quels sont alors les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé quant à l'utilisation d'un témoignage antérieur? À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel. Cela est conforme au point de vue traditionnel selon lequel c'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Comme l'a souligné le professeur Delisle: Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195, à la p. 196:

> [TRADUCTION] Si la partie adverse a eu l'occasion voulue de contre-interroger, elle ne peut être admise à se plaindre ultérieurement si elle n'a pas pleinement exercé ce droit.

I would respectfully adopt the following observations of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Davidson*, *supra*, at pp. 298-99:

> An accused is not necessarily deprived of his or her constitutional right to a fair trial, where the evidence taken at a preliminary hearing from a crucial witness who has since died is read as evidence at the trial. However, if in a particular case, an accused proves that he or she did not have "full opportunity" to cross-examine the witness at the preliminary hearing because, for example, he or she was deprived of the right to counsel or because of improper restrictions by the court on the cross-examination by counsel, then the conditions of s. 643 have not been met, and the evidence taken at the preliminary hearing is not admissible under the section. Furthermore, the accused's constitutional right to a fair trial guaranteed by s. 11(*d*) of the Charter would also require the exclusion of evidence where the accused did not have full opportunity to cross-examine the witness at the preliminary hearing.

I would respectfully agree with Martin J.A. that the accused would have a constitutional right to have the evidence of prior testimony obtained in the absence of a full opportunity to cross-examine the witness excluded. When the evidence is sought to be introduced in order to obtain a criminal conviction which could result in imprisonment, the accused is threatened with a deprivation of his or her liberty and security of the person and this can only be done in accordance with the principles of fundamental justice. It is, as I have said, a principle of fundamental justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the adverse witness.

I would add that the new constitutional dimension of this matter under the *Charter* casts doubt on the continued validity of pre-*Charter* decisions which did not construe the right to full opportunity to cross-examine in the broad and generous manner befitting its constitutional status. For examples of a restrictive approach to the content of this right see *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114 (Que. K.B.), at pp. 124-25, 153-54, and 178-79; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238 (Que. C.A.) at pp. 244-45; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334 (N.B.S.C. App. Div.), at p. 338.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter les remarques suivantes du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Davidson*, précité, aux pp. 298 et 299:

> [TRADUCTION] Un accusé n'est pas nécessairement privé de son droit constitutionnel à un procès équitable lorsque la déposition faite à une enquête préliminaire par un témoin essentiel, décédé depuis, est lue à titre de preuve au procès. Cependant, si dans un cas particulier un accusé établit qu'il n'a pas eu «l'occasion voulue» de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire parce que, par exemple, il a été privé du droit à l'assistance d'un avocat ou parce que la cour a imposé des restrictions injustifiées au contre-interrogatoire de l'avocat, les conditions de l'art. 643 n'ont pas été respectées et le témoignage reçu à l'enquête préliminaire n'est pas admissible en vertu de l'article. De plus, le droit constitutionnel d'un accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la Charte exigerait également que le témoignage soit écarté lorsque l'accusé n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire.

Avec égards, je partage l'avis du juge Martin que l'accusé aurait un droit constitutionnel à ce que soit écartée la preuve d'un témoignage antérieur obtenu sans l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Lorsqu'on veut introduire la preuve en vue d'obtenir, à l'égard d'une infraction criminelle, une déclaration de culpabilité qui pourrait entraîner une peine d'emprisonnement, l'accusé est menacé d'être privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne, ce qui ne peut être fait qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je l'ai dit, c'est un principe de justice fondamentale que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge.

J'ajouterais que la nouvelle dimension constitutionnelle de cette question, en application de la *Charte*, jette un doute sur la validité actuelle de décisions antérieures à la *Charte* qui n'interprétaient pas le droit d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger dans le sens large et généreux que lui mérite son statut constitutionnel. Pour des exemples d'une interprétation restrictive du contenu de ce droit, voir les arrêts *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114 (B.R. Qué.), aux pp. 124 et 125, 153 et 154, et 178 et 179; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238 (C.A. Qué.), aux pp. 244 et 245; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334 (C.S.N.-B. Div. app.), à la p. 338.

The appellant submits that the provision of a full opportunity to cross-examine at the preliminary inquiry does not necessarily ensure fairness. More specifically, he argues that 1) the trier of fact is deprived of the ability to assess the credibility of the witness through observing his or her demeanour; 2) when the evidence is taken at a preliminary inquiry the credibility of that evidence is not in issue; and 3) the accused at the preliminary inquiry may have strategic reasons for not testing the credibility, or even conducting any cross-examination, of a witness. Despite the fact that these observations may be sound and could operate to the detriment of the accused, I do not think they are of such magnitude and effect as to deprive the accused of the basics of a fair trial. I say this for the following reasons.

I note that although it is possible that an accused might suffer a detriment because of the trier of fact's inability to assess the credibility of a witness on a face to face basis, it is also true that this feature of s. 643(1) could work to an accused's benefit. In any event, because s. 643(1) can only be invoked when its stringent pre-requisites are met by the party seeking to introduce the previous testimony, it is not a provision that the Crown can use at will to its advantage or as a device to protect Crown witnesses who may not prove to be credible before the trier of fact.

Although it is true that credibility is not specifically an issue to be determined at a preliminary inquiry (see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, *per* Ritchie J., at pp. 1080 and 1084; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, *per* McIntyre J., at pp. 836-37), this does not mean that an accused is taken unawares or unfairly surprised by the admission of testimony taken at a preliminary inquiry if a witness subsequently becomes unavailable. If a judge presiding at a preliminary inquiry seeks to curtail cross-examination designed to test a witness's credibility and that witness's testimony is subsequently admitted at trial under s. 643(1), this may very well constitute an infringement of the accused's

L'appelant prétend qu'accorder l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire ne garantit pas nécessairement l'équité du procès. Il soutient notamment 1) que le juge des faits est privé de la possibilité d'évaluer la crédibilité du témoin par l'observation de son comportement; 2) que lorsque la déposition est faite à l'enquête préliminaire, sa crédibilité n'est pas en cause; et 3) que l'accusé peut avoir, à l'enquête préliminaire, des raisons stratégiques pour ne pas mettre à l'épreuve la crédibilité du témoin ou même pour ne pas le contre-interroger. Même si ces observations ont du mérite et pourraient avoir des conséquences préjudiciables pour l'accusé, je ne crois pas qu'elles soient d'une importance et d'un effet tels qu'elles privent l'accusé des éléments fondamentaux d'un procès équitable. Les raisons, à mon avis, en sont les suivantes.

Je signale que, même s'il se peut qu'un accusé subisse un préjudice parce que le juge des faits ne peut évaluer la crédibilité d'un témoin par l'observation directe, il est tout aussi vrai que cet aspect du par. 643(1) peut jouer en faveur de l'accusé. Quoi qu'il en soit, puisque le par. 643(1) ne peut être invoqué que lorsque des conditions préalables strictes sont remplies par la partie qui veut produire en preuve le témoignage antérieur, ce n'est pas une disposition que le ministère public peut utiliser à volonté à son avantage ou comme un moyen de protéger des témoins à charge qui pourraient se révéler non crédibles devant le juge des faits.

S'il est vrai que la crédibilité n'est pas spécifiquement un point à déterminer à l'enquête préliminaire (voir *United States of America c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie, aux pp. 1080 et 1084; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, le juge McIntyre, aux pp. 836 et 837), cela ne signifie pas pour autant que l'accusé est pris au dépourvu ou injustement surpris par l'utilisation de la déposition faite à l'enquête préliminaire s'il advient ensuite que le témoin ne peut plus être présent. Si le juge qui préside une enquête préliminaire tente de restreindre le contre-interrogatoire conçu pour évaluer la crédibilité d'un témoin, et que la déposition de ce témoin est ensuite admise au procès, en vertu du par. 643(1), il se peut qu'il

right under s. 7 of the *Charter* to have had a full opportunity to cross-examine the witness.

As for the detriment an accused might suffer from the tactical decision of his or her counsel not to press certain issues at the preliminary inquiry with a witness who may subsequently become unavailable at the trial, I am in complete agreement with the observation of Martin J.A. in *Davidson*, *supra*, at p. 298:

> In my view, an accused is not deprived of "full opportunity" to cross-examine a witness at the preliminary hearing merely because his counsel, for tactical reasons, has conducted the cross-examination of a witness differently than he would have conducted the cross-examination at the trial, provided that there has been no improper restriction of the cross-examination by the provincial judge holding the preliminary hearing.

In short, I find that s. 643(1) of the *Criminal Code*, in so far as it allows evidence given at a preliminary inquiry to be admitted at a criminal trial when a witness is unavailable or unwilling to testify, does not infringe s. 7 of the *Charter* because it provides that the evidence will only be admitted if the accused has had a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given.

(2) Section 11(*d*)

With respect to the appellant's submission that he was deprived of a fair trial under s. 11(*d*) of the *Charter*, I would conclude, for the reasons given above in reviewing his s. 7 claim, that this claim must also fail if his constitutional right to have had a full opportunity to cross-examine the witness on the earlier occasion was respected. However, a further question arises under s. 11(*d*) of the *Charter*. Is the presumption of innocence protected under s. 11(*d*) violated by the fact that under s. 643(1) of the *Criminal Code* the accused, and not the Crown, bears the burden of proving that he or she did not have a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given?

What the accused must prove under the terms of s. 643(1) of the *Criminal Code* is that his rights

y ait alors violation du droit de l'accusé, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

Quant au préjudice que pourrait subir un accusé par suite d'une décision tactique de son avocat de ne pas insister sur certaines questions à l'enquête préliminaire à l'égard d'un témoin qui pourrait ultérieurement ne pas être présent au procès, je suis entièrement d'accord avec la remarque du juge Martin dans l'arrêt *Davidson*, précité, à la p. 298:

> [TRADUCTION] À mon avis, un accusé n'est pas privé de «l'occasion voulue» de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire simplement parce que son avocat, pour des raisons de tactique, a mené un contre-interrogatoire différent de ce qu'il aurait fait au procès, pourvu que le juge provincial devant qui l'enquête préliminaire se tient n'ait pas imposé de restrictions injustifiées au contre-interrogatoire.

Bref, je suis d'avis que le par. 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire, lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition.

(2) L'alinéa 11*d*)

Quant à la prétention de l'appelant qu'il a été privé d'un procès équitable selon l'al. 11*d*) de la *Charte*, je suis d'avis de conclure, pour les raisons déjà mentionnées dans l'étude de la prétention fondée sur l'art. 7, qu'elle doit également être rejetée si son droit constitutionnel d'avoir eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté. Cependant l'al. 11*d*) de la *Charte* soulève une autre question. La présomption d'innocence que protège l'al. 11*d*) est-elle violée parce qu'en vertu du par. 643(1) du *Code criminel*, il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite?

Aux termes du par. 643(1) du *Code criminel*, l'accusé doit établir que ses droits ont été violés en

were infringed through the admission of evidence on which he had not had a full opportunity to cross-examine. This is, in my view, quite different from legislation which requires an accused to disprove an essential element of an offence (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) or an element substituted for an essential element of an offence (see *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636). It is also quite different, it seems to me, from legislation which specifies that, in the absence of proof by the accused of some fact on the balance of probabilities, there will be a conviction (see *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3). Absent exceptional circumstances not present here it seems to me perfectly reasonable to expect an accused to be able to prove whether or not he or she was deprived of a full opportunity to cross-examine the witness. Only the accused, after all, (or his or her counsel) knows what was comprised in that "full opportunity" and the extent to which, if at all, it was denied or restricted. A denial or restriction can only have taken place if the intention or desire to pursue certain questions was present and was frustrated.

(b) *Section 643(1): Is There a Discretion?*

The Court of Appeal held that s. 643(1) of the *Criminal Code* did not confer any discretion on the trial judge whether or not to admit the previous testimony once the conditions set out in the section had been met. McCarthy J.A. stated that [TRANSLATION] "The word 'may' in s. 643 confers a right on the parties, it does not give the judge a discretion" (p. 84). In reaching this conclusion he was in agreement with the decisions reached by most, although not all, of the Courts of Appeal which have considered the point: see *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82 (Ont. C.A.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (Ont. C.A.); *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466 (B.C.C.A.); *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126 (C.A.) For the opposing view see *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415 (Man. C.A.)

It is my view that the word "may" in s. 643(1) is directed not to the parties but to the trial judge. I

raison de l'utilisation d'une déposition au sujet de laquelle il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. À mon avis, cela est très différent d'une disposition qui exige d'un accusé qu'il réfute un élément essentiel de l'infraction (voir l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) ou un élément substitué à un élément essentiel d'une infraction (voir l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636). Il me semble que cela est aussi très différent d'une disposition qui prévoit expressément que, si l'accusé ne prouve pas un certain fait selon la prépondérance des probabilités, il y aura déclaration de culpabilité (voir l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3). En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il me semble tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Après tout, seul l'accusé (ou son avocat) sait ce que représentait «l'occasion voulue» et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

b) *Le paragraphe 643(1): y a-t-il un pouvoir discrétionnaire?*

La Cour d'appel a conclu que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès un pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écarter le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le juge McCarthy a affirmé que «Le mot 'peut' dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discrétion au juge» (p. 84). Cette conclusion, était conforme à celle de la plupart mais pas de la totalité des cours d'appel qui ont examiné la question: voir *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ont.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (C.A. Ont.); *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A.C.-B.); *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126 (C.A.) Pour l'opinion contraire voir *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (C.S.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.)

Je suis d'avis que «peut» au par. 643(1) s'adresse non pas aux parties mais au juge du procès. Je

believe it confers on him or her a discretion not to allow the previous testimony to be admitted in circumstances where its admission would operate unfairly to the accused. I hasten to add, however, that such circumstances will be relatively rare and that the discretion to prevent unfairness is not a blanket authority to undermine the object of s. 643(1) by excluding evidence of previous testimony as a matter of course.

It was not until the 1955 revisions of the *Criminal Code* that the word "may" was inserted into the predecessor of s. 643(1): see S.C. 1953-54, c. 51, s. 619. Prior to that the provision stated that once the enumerated conditions for admission of previous evidence had been met, the evidence "shall be read as evidence in the prosecution". For example, in the 1927 revisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 999, the predecessor of the present s. 643(1), provided as follows:

999. If upon the trial of an accused person such facts are proved upon oath or affirmation that it can be reasonably inferred therefrom that any person, whose evidence was given at any former trial upon the same charge, or whose disposition has been theretofore taken in the investigation of the charge against such accused person, is dead, or so ill as not to be able to travel, or is absent from Canada, or if such person refuses to be sworn or to give evidence, and if it is proved that such evidence was given or such deposition was taken in the presence of the person accused, and that he or his counsel or solicitor if present had a full opportunity of cross-examining the witness, then if the evidence or deposition purports to be signed by the judge or justice before whom the same purports to have been taken, it shall be read as evidence in the prosecution, without further proof thereof, unless it is proved that such evidence or deposition was not in fact signed by the judge or justice purporting to have signed the same.

After the 1955 revisions s. 619 read:

619. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial upon the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or upon the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved upon oath from which it can be inferred reasonably that the person

(*a*) is dead,

pense que ce terme lui confère le pouvoir discrétionnaire d'écarter le témoignage antérieur dans des circonstances où son utilisation aurait un effet inéquitable envers l'accusé. Je m'empresse cependant d'ajouter que ces circonstances seront relativement rares et que le pouvoir discrétionnaire de prévenir l'inéquité n'est pas un pouvoir général de contrecarrer l'objet du par. 643(1) en écartant automatiquement la preuve du témoignage antérieur.

Ce n'est pas avant la révision du *Code criminel* en 1955 que le mot «peut» a été inséré dans l'article qui a précédé le par. 643(1): voir S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619. Avant cela, la disposition prévoyait qu'une fois remplies les conditions d'admission de la déposition antérieure, la déposition était «lue comme témoignage dans la poursuite». Par exemple, dans la révision de 1927 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999, la disposition qui précédait l'actuel par. 643(1) disait:

999. Si, au procès d'un prévenu, preuve est apportée sous serment ou affirmation, de faits tels, que l'on puisse raisonnablement en inférer qu'une personne dont la déposition a été faite à quelque procès antérieur sur la même accusation ou dont la déposition a déjà été reçue à l'enquête sur l'accusation portée contre lui, est décédée, ou est malade au point de ne pouvoir voyager, ou est absente du Canada, ou si cette personne refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, et s'il est prouvé que cette déposition a été faite ou reçue en présence du prévenu, et que ce dernier ou son conseil ou solliciteur, s'il était présent, a eu pleine liberté de contre-interroger le témoin, en ce cas, s'il appert que la déposition a été signée par le juge ou par le juge de paix devant qui elle paraît avoir été reçue, elle est lue comme témoignage dans la poursuite, sans autre preuve de son authenticité, à moins qu'il ne soit établi que cette déposition n'a pas, de fait, été signée par le juge ou par le juge de paix qui paraît l'avoir signée.

Après la révision de 1955, l'art. 619 disait:

619. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si des faits sont établis sous serment dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

a) est décédée,

(*b*) has since become and is insane,

(*c*) is so ill that he is unable to travel, or

(*d*) is absent from Canada,

and where it is proved that his evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, if the evidence purports to be signed by the judge or justice before whom it purports to have been taken, unless the accused proves that it was not in fact signed by that judge or justice or that he did not have full opportunity to cross-examine the witness.

(2) Evidence that has been taken on the preliminary inquiry or other investigation of a charge against an accused may be read as evidence in the prosecution of the accused for any other offence upon the same proof and in the same manner in all respects, as it might, according to law, be read in the prosecution of the offence with which the accused was charged when the evidence was taken.

The use of the imperative "shall" in the original version of s. 643(1) and the substitution since 1955 of the permissive "may" suggests to me that the Court of Appeal is wrong in thinking that the word "may" connotes a right in the parties to read the previous testimony into evidence at the trial. Neither the literal meaning of the word nor the purposive context in which it appears supports such an interpretation. I think the presumption must be that Parliament intended by its amendment to the section to bring about some change in the manner of its application. The word "may" is commonly used to denote a discretion while the word "shall" is used to denote an obligation. For example, it is in this sense that the word "shall" in s. 24(2) of the *Charter* (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 646-48) and the word "may" in s. 12 of the *Canada Evidence Act* (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670) have been interpreted by this Court. After the insertion of the word "may" in the section trial judges, correctly in my view, interpreted the section as giving them a discretion not to admit previous testimony even although the other requirements of the section had been met: see *R. v. Romanick* (1959), 2 *Crim. L.Q.* 471 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Bannerman*, *supra*; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262 (Ont. S.C.); *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348 (Ont. H.C.) See also C. Speyer, "The discretion vested in the

b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,

c) est trop malade pour voyager, ou

d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

(2) Les dépositions prises lors de l'enquête préliminaire ou autre examen portant sur une inculpation d'accusé, peuvent être lues à titre de preuve lors de la poursuite de l'accusé pour toute autre infraction, sur la même preuve et de la même manière, à tous égards, qu'elles pourraient être légalement lues lors de la poursuite de l'infraction dont l'accusé était inculpé lorsque ces dépositions ont été prises.

L'emploi de l'indicatif présent qui exprime l'obligation («est lue»), dans la formulation initiale du par. 643(1), et l'addition en 1955 du verbe «peut» exprimant la faculté («peut être lu»), me permettent de penser que la Cour d'appel fait erreur si elle croit que le mot «peut» indique un droit accordé aux parties de lire en preuve le témoignage antérieur. Ni le sens littéral du terme ni l'objet de la disposition dans laquelle il se trouve ne justifient cette interprétation. Je pense qu'il faut présumer que le Parlement en modifiant l'article avait l'intention d'apporter des changements à son mode d'application. Le verbe «pouvoir» est couramment employé pour exprimer un pouvoir discrétionnaire tandis que l'indicatif présent est utilisé pour exprimer une obligation. Par exemple, c'est ainsi que cette Cour a interprété l'expression «sont écartés» du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 646 à 648) et le terme «peut» de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). Après l'insertion du verbe «peut» dans l'article, les juges des procès ont, à mon avis, correctement interprété l'article comme leur donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas utiliser le témoignage antérieur même si les autres conditions de l'article étaient remplies: voir *R. v. Romanick* (1959), 2 *Crim. L.Q.* 471 (C. cté Ont.); *R. v. Bannerman*, précité; *R. v. Waucash* (1966), 1

Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267, for a discussion of this discretion.

I believe that the preferable interpretation of s. 643(1) is that the word "may" is addressed to the trial judge and confers on him or her a statutory discretion to prevent any unfairness that could otherwise result from a purely mechanical application of the section. Whatever may have been the situation prior to the 1955 revisions, whether the use of "shall" contemplated an absolute right in the party who invoked the section and met its requirements to have the prior testimony admitted or not, I do not believe that it makes any sense to construe the substituted "may" as conferring a discretion on the parties. The discretion which the parties have is whether to invoke the section or not. Once a party invokes it and meets its terms it is for the judge to decide whether the prior testimony should be admitted at the trial. This interpretation makes sense in the context of the purpose of the provision and avoids the dangers of "an inflexible rule" referred to by Wigmore in *Evidence*, op. cit., § 1371:

> But, though this doctrine is a practically inevitable corollary of the general principle, it is worthwhile to note the possible consequences of its looseness, as warnings against an inconsistent strictness shown in other applications of the general principle. For on the one hand, testimony already subjected to a cross-examination, however thorough, by a former party not in privity with the present opponent is excluded (§ 1388 *infra*); while, by the present doctrine, testimony never actually tested at all, in consequence of the carelessness, fraud, or incompetence of counsel, or of a privy in interest, is admitted, if merely the opportunity so to test it had existed. On the whole, both err in attempting to create an inflexible rule. No doubt, usually a mere opportunity to cross-examine can be trusted as a sufficient safeguard; and no doubt, usually only a privy in interest would apply a sufficient cross-examination. But room should be allowed for the exceptional instances which

C.R.N.S. 262 (C.S. Ont.); *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348 (H.C. Ont.) Voir également C. Speyer, «The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code» (1967), 1 C.R.N.S. 267, pour une analyse de ce pouvoir discrétionnaire.

J'estime que l'interprétation préférable du par. 643(1) est de dire que le verbe «peut» s'adresse au juge du procès et lui confère un pouvoir discrétionnaire de prévenir toute inéquité qui pourrait autrement résulter d'une application purement automatique de cet article. Peu importe la situation qui existait avant la révision de 1955, que l'expression «est lue» conférât ou non à la partie qui invoquait l'article et remplissait ses exigences, un droit absolu de produire le témoignage antérieur, je ne crois pas qu'il soit logique d'interpréter l'expression «peut être lu», qui l'a remplacée, comme conférant un pouvoir discrétionnaire aux parties. Le pouvoir discrétionnaire dont les parties disposent est celui d'invoquer ou non l'article. Lorsqu'une partie invoque cet article et se conforme à ses conditions, il appartient au juge de décider si le témoignage antérieur devrait être utilisé au procès. Cette interprétation est logique, compte tenu de l'objet de la disposition, et évite le danger que comporterait la «règle rigide» que mentionne Wigmore dans son ouvrage *Evidence*, *op. cit.*, au § 1371:

> [TRADUCTION] Mais bien que cette théorie soit une conséquence presque inévitable du principe général, il vaut la peine d'examiner les conséquences possibles de son imprécision, comme avertissements contre une rigidité incompatible établie dans d'autres applications du principe général. Car, d'une part, le témoignage qui a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire, aussi approfondi soit-il, par une partie qui n'est plus partie au litige et qui n'a pas de lien avec la partie adverse actuelle est écarté (§ 1388 *infra*); alors que d'autre part, selon cette théorie, le témoignage qui n'a jamais fait l'objet d'un contre-interrogatoire par suite de la négligence, de la fraude ou de l'incompétence de l'avocat ou d'une partie intéressée est admis, si la simple occasion de le mettre à l'épreuve a pu exister. Globalement, les deux propositions pèchent en tentant de créer une règle rigide. Nul doute qu'habituellement l'existence d'une simple occasion de contre-interroger peut-être considérée comme

will certainly occur. The trial court should have a discretion.

une garantie suffisante; et nul doute qu'habituellement seule une partie intéressée ferait un contre-interrogatoire suffisant. Mais il faut laisser une certaine latitude pour les cas exceptionnels qui vont certainement se présenter. Le tribunal de première instance devrait avoir un pouvoir discrétionnaire.

What then is the nature and purpose of the discretion conferred in s. 643(1) which enables the trial judge not to allow the evidence in at trial even in cases in which the requirements of the section have been met? In my view there are two main types of mischief at which the discretion might be aimed. First, the discretion could be aimed at situations in which there has been unfairness in the manner in which the evidence was obtained. Although Parliament has set out in the section specific conditions as to how the previous testimony has to have been obtained if it is to be admitted under s. 643(1) (the most important, of course, being that the accused was afforded full opportunity to cross-examine the witness), Parliament could have intended the judge to have a discretion in those rare cases in which compliance with the requirements of s. 643(1) gave no guarantee that the evidence was obtained in a manner fair to the accused. This would, of course, represent a departure from the traditional common law approach that the manner in which evidence is obtained, with a few well-established exceptions such as the confessions rule, is not relevant to the question of its admissibility but it would be consistent with the contemporary approach to the expanded requirements of adjudicative fairness. An example of unfairness in obtaining the testimony might be a case in which, although the witness was temporarily absent from Canada, the Crown could have obtained the witness's attendance at trial with a minimal degree of effort. Another example might be a case in which the Crown was aware at the time the evidence was initially taken that the witness would not be available to testify at the trial but did not inform the accused of this fact so that he could make best use of the opportunity to cross-examine the witness at the earlier proceeding. These kinds of circumstances related to the obtaining of the evidence on the earlier occasion might have been in the mind of the legislator as

Quels sont alors la nature et l'objet du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1) au juge du procès d'écarter la preuve au procès même dans les cas où les conditions de l'article ont été remplies? À mon avis, il y a deux types principaux de situations irrégulières que pourrait viser le pouvoir discrétionnaire. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire pourrait viser à remédier aux cas d'inéquité dans la façon d'obtenir la preuve. Bien que le Parlement ait prévu les conditions précises quant à la façon dont le témoignage antérieur doit avoir été obtenu pour être admis en vertu du par. 643(1) (la plus importante étant évidemment que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin), le Parlement a pu avoir l'intention de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire dans les rares cas où le respect des conditions du par. 643(1) ne garantit aucunement que la preuve a été obtenue d'une manière équitable envers l'accusé. Ce serait évidemment s'éloigner de l'interprétation traditionnelle de *common law* selon laquelle la façon dont la preuve est obtenue, sous réserve de quelques exceptions bien établies comme la règle de l'aveu, n'est pas pertinente relativement à la question de son admissibilité, mais ce serait par ailleurs se conformer à l'interprétation contemporaine des exigences accrues en matière d'équité dans le processus décisionnel. Un exemple d'inéquité dans l'obtention du témoignage pourrait être le cas où, bien que le témoin ait été temporairement à l'extérieur du Canada, le ministère public aurait pu s'assurer de sa présence au procès en fournissant un minimum d'efforts. Un autre exemple pourrait être celui où le ministère public savait à l'époque où le témoignage a été reçu que le témoin ne pourrait témoigner au procès mais n'en a pas informé l'accusé qui aurait pu tirer alors meilleur profit de l'occasion de contre-interroger le témoin. Le législateur a pu avoir à l'esprit ce genre de circonstances reliées à l'obtention de la preuve au cours de l'étape antérieure pour justifier l'exer-

triggering the judge's discretion with respect to its admission at the trial.

A different concern at which the discretion might have been aimed is the effect of the admission of the previously taken evidence on the fairness of the trial itself. This concern flows from the principle of the law of evidence that evidence may be excluded if it is highly prejudicial to the accused and of only modest probative value: see *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), at p. 192; *R. v. Wray*, *supra*, at p. 295; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201. How the evidence was obtained might be irrelevant under this principle.

In practice the two types of situations at which the discretion may have been aimed are not as distinct as the above analysis might suggest. As has been recognized in the constitutional context of s. 24(2) of the *Charter*, unfairness in the manner in which evidence is obtained can have a significant effect on the fairness of the trial: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. In my view, therefore, s. 643(1) of the *Code* should be construed as conferring a discretion on the trial judge broader than the traditional evidentiary principle that evidence should be excluded if its prejudicial effect exceeds its probative value. I would respectfully differ in this regard from Martin J.A. who, while not interpreting s. 643(1) as conferring a discretion on the judge, nevertheless held that the operation of the section was subject "to the limited discretion recognized in *The Queen v. Wray*": see *Tretter*, at p. 89.

In my view, once it is accepted that s. 643(1) gives the trial judge a statutory discretion to depart from the purely mechanical application of the section, the discretion should be construed as sufficiently broad to deal with both kinds of situations, namely where the testimony was obtained in a manner which was unfair to the accused or where, even although the manner of obtaining the evidence was fair to the accused, its admission at

cice du pouvoir discrétionnaire du juge quant à son utilisation au procès.

Une autre situation que le pouvoir discrétionnaire pouvait viser est l'effet de l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli sur l'équité du procès lui-même. Cette préoccupation découle du principe du droit de la preuve suivant lequel les éléments de preuve peuvent être écartés s'ils sont très préjudiciables à l'accusé et ont peu de valeur probante: voir les arrêts *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192; *R. c. Wray*, précité, à la p. 295; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201. La façon dont la preuve a été obtenue peut ne pas être pertinente selon ce principe.

En pratique, les deux types de situation que peut viser le pouvoir discrétionnaire ne sont pas aussi différentes que l'analyse précédente pourrait le laisser entendre. Comme on l'a reconnu dans le contexte constitutionnel du par. 24(2) de la *Charte*, l'inéquité dans la façon dont la preuve est obtenue peut avoir un effet important sur l'équité du procès: voir les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. Par conséquent, le par. 643(1) du *Code* devrait, à mon avis, être interprété comme conférant au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. Avec égards, je ne peux partager à ce sujet l'avis du juge Martin qui, bien qu'il n'interprète pas le par. 643(1) comme conférant un pouvoir discrétionnaire au juge, a néanmoins conclu que l'article s'appliquait sous réserve [TRADUCTION] «du pouvoir discrétionnaire limité reconnu dans l'arrêt *La Reine c. Wray*»; voir *Tretter*, à la p. 89.

À mon avis, dès lors que l'on accepte que le par. 643(1) donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article, il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir les deux types de situations, c'est-à-dire le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, même si la façon de l'obtenir était équitable envers

his or her trial would not be fair to the accused. I would stress that in both situations the discretion should only be exercised after weighing what I have referred to as the "two competing and frequently conflicting concerns" of fair treatment of the accused and society's interest in the admission of probative evidence in order to get at the truth of the matter in issue: see *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 392-93. Having regard to the reservations that have been expressed over the restrictive formulation of the common law discretion in *Wray*, *supra* (see *Morris v. The Queen*, *supra*, at p. 202; *Clarkson v. The Queen*, at pp. 392-93; *R. v. Corbett*, *supra*, at pp. 738-39), I believe there is no need or justification for importing a similar restriction into the statutorily conferred discretion in s. 643(1). The protection of the accused from unfairness rather than the admission of probative evidence "without too much regard for the fairness of the adjudicative process" (see *Clarkson*, at p. 393) should be the focus of the trial judge's concern.

It will follow that I cannot accept the hard and fast rule approach to this issue taken by the Manitoba Court of Appeal in *Sophonow*, *supra*. That Court seems to suggest that the very importance of the evidence requires it to be excluded. For example, Huband J.A. states categorically at p. 432 that s. 643(1) "was never intended to apply to a crucial witness whose evidence could work an injustice to the accused if the jury were deprived of seeing his demeanour and his reaction to cross-examination". I believe that this proposition is at odds with the purpose of s. 643(1) in ensuring that evidence, even important and highly probative evidence, is not lost because of the unavailability of a witness at trial. As Vancise J.A. stated in *Rogers*, *supra*, at p. 63 "There is nothing in the section which restricts the use of the section to evidence which is not crucial to proof of the Crown's case".

In the case at bar I am of the view that the trial judge did not instruct himself properly as to the

l'accusé, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé. Je souligne que, dans les deux situations, le pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé qu'après avoir soupesé ce que j'ai appelé les «deux préoccupations opposées et souvent incompatibles» du traitement équitable de l'accusé et de l'intérêt de la société dans l'utilisation d'éléments de preuve probants en vue de faire ressortir la vérité dans l'affaire: voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 392 et 393. En raison des réserves exprimées quant à la formulation restrictive du pouvoir discrétionnaire de *common law* dans l'arrêt *Wray*, précité (voir *Morris c. La Reine*, précité, à la p. 202; *Clarkson c. La Reine*, aux pp. 392 et 393; *R. c. Corbett*, précité, aux pp. 738 et 739), je crois que rien n'exige ni ne justifie l'introduction d'une restriction similaire dans le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1). Le juge du procès devrait plus se préoccuper de protéger l'accusé contre l'inéquité que d'utiliser des éléments de preuve probants «sans trop tenir compte de l'équité du processus décisionnel» (voir *Clarkson*, à la p. 393).

Il s'ensuit que je ne peux accepter cette interprétation fondée sur une règle absolue que la Cour d'appel du Manitoba a adoptée à ce sujet dans l'arrêt *Sophonow*, précité. Cette Cour semble dire que l'importance même de la preuve exige qu'on l'écarte. Par exemple, le juge Huband de la Cour d'appel affirme catégoriquement, à la p. 432, que le par. 643(1) [TRADUCTION] «n'a jamais eu pour objet de s'appliquer à un témoin essentiel dont le témoignage pourrait créer une injustice envers l'accusé si le jury n'a pas la possibilité d'observer son comportement et ses réactions en contre-interrogatoire». J'estime que cette affirmation n'est pas conforme à l'objet du par. 643(1) qui vise à assurer qu'une preuve, même importante et de très grande valeur probante, ne soit pas perdue parce que le témoin ne témoignera pas au procès. Comme le juge Vancise de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Rogers*, précité, à la p. 63 [TRADUCTION] «Rien dans l'article n'en restreint l'application à des éléments de preuve qui ne sont pas essentiels à la preuve de la poursuite».

En l'espèce, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son

nature and scope of his discretion under s. 643(1). He stressed the high probative value of the evidence of someone who had been in the victim's home at the time the events occurred but failed, in my view, to give adequate consideration to possible unfairness to the accused arising from either the manner in which the evidence was obtained or the effect of its admission on the fairness of the trial. The Court of Appeal proceeded on the basis that the trial judge had no discretion other than the restrictive common law formulation in *Wray*. Neither court applied its mind to the question whether in the circumstances of this case the trial judge should have exercised his statutory discretion in s. 643(1) to exclude the evidence.

pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du témoignage de quelqu'un qui se trouvait au domicile de la victime au moment où les événements se sont produits mais il a omis, à mon avis, d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le juge du procès aurait dû écarter la preuve en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

There can be no doubt about the fact that the decision whether or not to exercise the statutory discretion in this case would not have been an easy one. In favour of the admission of the evidence is the absence of any allegation that the manner in which Deschênes' testimony was obtained was unfair to the appellant. Moreover, the appellant's counsel exercised his right to cross-examine Deschênes at the preliminary inquiry and there was some cross-examination. There was also a measure of corroboration of Deschênes' testimony (so far as it pinpointed Potvin as the culprit) by the testimony of Thibault at trial. Also favouring admission of Deschênes' testimony was the factor emphasized by the trial judge, namely its high probative value. The testimony purported to be an eyewitness account of the appellant beating and killing the victim. On the other hand, given the appellant's defence that he was a passive observer and that it was Deschênes, the unavailable witness, who did the actual beating and killing, the issue of Deschênes' credibility was obviously critical to the trier of fact's decision whether to accept or reject Deschênes' version of the events. Yet the jury had no opportunity to observe Deschênes' demeanour as an aid in assessing that witness's credibility.

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, la décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi n'aurait pas été facile à prendre. Militait en faveur de l'admission de la preuve, l'absence d'allégation que la façon dont le témoignage de Deschênes avait été obtenu était inéquitable envers l'accusé. En outre, l'avocat de l'appelant a exercé son droit de contre-interroger Deschênes à l'enquête préliminaire et il y a eu un certain contre-interrogatoire. Le témoignage de Deschênes a également été corroboré partiellement (dans la mesure où celui-ci désignait Potvin comme le coupable) dans le témoignage de Thibault au procès. Militait également en ce sens l'élément souligné par le juge du procès, savoir la grande valeur probante du témoignage de Deschênes. Le témoignage se présentait comme le récit d'un témoin qui avait vu l'appelant frapper et tuer la victime. Par contre, étant donné la défense de l'appelant selon laquelle il avait été un témoin passif et que c'était Deschênes, le témoin absent, qui avait en réalité frappé et tué la victime, la question de la crédibilité de Deschênes était évidemment essentielle à la décision du juge des faits d'admettre ou de rejeter la version des faits présentée par Deschênes. Et pourtant le jury n'avait pas eu l'occasion d'observer le comportement de Deschênes pour l'aider à évaluer la crédibilité de ce témoin.

This is not, however, a matter for this Court to decide but rather a matter to be referred back to a

Il n'appartient cependant pas à cette Cour de trancher cette question qu'il convient de renvoyer à

trial judge properly instructed as to the nature and scope of his or her statutory discretion under s. 643(1).

(c) *The Warnings*

The appellant submits that the trial judge erred in not warning the jury of the dangers of accepting evidence and attempting to assess credibility in the absence of live cross-examination and in not warning the jury of the dangers of accepting the evidence of an accomplice in the absence of live cross-examination at trial. I am of the view that it is highly desirable in all cases in which previous testimony is introduced at trial pursuant to s. 643(1) that the trial judge remind the jury that they have not had the benefit of observing the witness giving the testimony. This is not to say that failure to do so will constitute reversible error in every case, but a warning seems particularly desirable in a case such as this where the unavailability of the witness to testify at trial is not the result of some unforeseen contingency such as death or illness but the result rather of a deliberate decision by the witness not to give his evidence under oath before the trier of fact.

Moreover, in this case there was more than a simple failure to warn. The trial judge compounded the failure to warn with the following instruction to the jury:

[TRANSLATION] As the Act was clearly made, the Act was designed and made to ensure that the truth will come out in our courts, to ensure that those who have to try cases will not have half-truths in front of them but truths which are as complete as possible, I have allowed a request by the Crown to apply a section of the Criminal Code which I explained to you at the time and which allows in such a case—a witness who is ill, dead or refuses to testify—which under certain conditions allows his testimony previously given, at the preliminary inquiry as was the case here, to be read, to be passed on to the jury, testimony previously given on oath like the other witnesses whom you heard.

And I told you that this testimony was evidence before you like all the other testimony you heard. When I say "is evidence", it is for you and you alone to decide whether it proves anything, and if it does, what it proves; but it is evidence like all the other testimony.

un juge du procès pour qu'il se prononce en tenant dûment compte de la nature et de l'étendue de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

c) *Les mises en garde*

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne mettant pas le jury en garde contre le danger d'admettre un témoignage et de tenter d'en évaluer la crédibilité sans contre-interrogatoire en sa présence et en ne le mettant pas en garde non plus contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice sans contre-interrogatoire au procès. Je suis d'avis que, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur, en vertu du par. 643(1), il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. Cela ne signifie pas que l'omission de le faire constituera toujours une erreur donnant lieu à révision, mais une mise en garde semble particulièrement souhaitable dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès ne découle pas d'un événement imprévisible comme le décès ou la maladie mais de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment devant le juge des faits.

En outre, il y a eu plus qu'une simple omission de mettre le jury en garde en l'espèce. Le juge du procès a aggravé la situation en donnant la directive suivante au jury:

La Loi étant bien faite, la Loi étant conçue et faite pour que la vérité puisse toujours éclater devant nos Tribunaux, pour que ceux qui sont appelés à juger n'aient pas des demi-vérités devant eux mais des vérités qui soient les plus complètes possibles, j'ai permis à la demande de la Couronne que l'on applique un article du Code Criminel que je vous ai alors expliqué et qui permet dans un tel cas—un témoin malade, décédé, qui refuse de témoigner—qui permet à certaines conditions que son témoignage précédemment rendu, comme ce fut le cas dans celui-ci lors de l'enquête préliminaire, soit lu, soit communiqué aux jurés, témoignage précédemment rendu sous serment comme les autres témoins que vous avez entendus.

Et je vous ai dit que ce témoignage faisait preuve devant vous comme tous les autres témoignages que vous avez entendus. Quand je dis «fait preuve», c'est à vous et à vous seuls de décider s'il prouve. Et, s'il prouve, ce qu'il prouve. Mais ça constitue de la preuve comme tous les autres.

This instruction was apparently designed to give the jury the impression that the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry was evidence like all the other testimony at the trial. I think this was wrong. Deschênes' testimony differed from the other testimony the jury heard at trial because it alone was not subject to live cross-examination at the trial. Deschênes was not simply a witness who because of death, illness or absence from Canada had become unavailable to testify at trial. He was a co-accused with the appellant and, according to the theory of the defence, directly implicated in the crime, who for whatever reasons refused to testify before the jury. His evidence was crucial in that it purported to be an eyewitness account which, if believed, was almost conclusive of the appellant's guilt. I cannot accept in these circumstances that no miscarriage of justice resulted from the trial judge's misdirection to the jury in this matter.

Although it is not strictly necessary, given the view I have taken of the combined effect of the failure to warn the jury concerning the dangers of accepting Deschênes' testimony and the judge's erroneous instruction to them that the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry was to be treated as testimony like all the other testimony at the trial, I believe it is important to deal with the appellant's submission that a warning was required under this Court's decision in *Vetrovec*, *supra*, because of the fact that Deschênes fell into the category of an accomplice.

In *Vetrovec* this Court held that there was no rule of law that required a judge to warn a jury of the dangers of accepting the evidence of an accomplice and that required corroboration of an accomplice's evidence. The appellant submits that in the context of s. 643(1) a pre-*Vetrovec* approach is warranted. The Crown in its submissions seems to accept this return to the complexities of the pre-*Vetrovec* jurisprudence by stressing that Deschênes' testimony was corroborated by the testimony of the co-accused Thibault at trial. With

Cette directive avait apparemment pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Je pense que cela était inexact. Le témoignage de Deschênes était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire au procès. Deschênes n'était pas simplement dans la situation d'un témoin qui, pour cause de mort, de maladie ou d'absence du Canada, ne pouvait plus témoigner au procès. Il était un coaccusé de l'appelant qui, selon la thèse de la défense, était impliqué directement dans le crime et qui, pour une raison ou pour une autre, a refusé de témoigner devant le jury. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'appelant. Compte tenu des circonstances de l'espèce, je ne peux accepter que cette directive erronée du juge du procès au jury n'ait entraîné aucune erreur judiciaire.

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le faire, étant donné mon opinion sur l'effet combiné de l'omission d'avertir le jury du danger d'admettre le témoignage de Deschênes et de la directive erronée donnée par le juge selon laquelle la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire devait être considérée comme une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès, je crois qu'il est important d'examiner la prétention de l'appelant qu'une mise en garde était nécessaire selon l'arrêt *Vetrovec*, précité, de cette Cour, parce que Deschênes faisait partie de la catégorie des complices.

Dans l'arrêt *Vetrovec*, cette Cour a conclu qu'aucune règle de droit n'exigeait que le juge mette le jury en garde contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice et que le témoignage d'un complice soit corroboré. L'appelant soutient que, dans le contexte du par. 643(1), une interprétation conforme aux décisions antérieures à l'arrêt *Vetrovec* s'impose. Dans ses plaidoiries, le ministère public semble accepter ce retour aux complications de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Vetrovec* en faisant valoir que le témoignage de

respect I would reject both the appellant's submission that a special warning is required whenever an accomplice's evidence is introduced pursuant to s. 643(1) and the respondent's suggestion that the fact of corroboration in and of itself removes the dangers attendant on the acceptance of Deschênes' testimony. *Vetrovec*, in my view, represents a rejection of formalistic and *a priori* categories concerning the trustworthiness of evidence both with regard to warnings and corroboration. In every case it is for the trial judge on the basis of his or her appreciation of all the circumstances and, may I add, on the basis of the application of sound common sense, to decide whether a warning is required.

(d) *Section 4(5) of the Canada Evidence Act*

The appellant draws attention to two passages from the trial judge's charge to the jury and submits that they constitute a violation of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* by making the failure of the appellant to testify the subject of comment. The first passage is as follows:

[TRANSLATION] That being understood, I must tell you that whether you accord a witness more or less credibility must be based on good reasons, not simply on fantasy or caprice, on speculation or on frivolity, especially of course, especially if the fact stated by witness is not denied by other witnesses and if that witness is not contradicted by anyone in general or in particular is not contradicted by any person or persons who may have been in a position to contradict him.

The second passage reads:

[TRANSLATION] The defence argument is therefore as follows: it is that the Crown has not discharged its burden of establishing the guilt of Pierre Potvin, the accused, before you beyond any reasonable doubt.

The defence has told you, the defence which has not made a defence has told you: the Crown evidence is so weak, there are so many contradictions that you, ladies and gentlemen of the jury, must have a reasonable doubt and give the accused Pierre Potvin the benefit of this doubt.

As the Court of Appeal noted, this Court has interpreted s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* as

Deschênes a été corroboré par le témoignage de la coaccusée Thibault au procès. Avec égards, je suis d'avis de rejeter à la fois la prétention de l'appelant qu'une mise en garde particulière est requise lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) et celle de l'intimée que la corroboration écarte d'elle-même le danger associé à l'admission du témoignage de Deschênes. À mon avis, l'arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d'avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l'égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire.

d) *Le paragraphe 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada*

L'appelant attire l'attention de la Cour sur deux extraits de l'exposé du juge au jury et soutient qu'ils violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* parce qu'ils comportent des remarques sur le fait que l'appelant n'a pas témoigné au procès. Le premier extrait se lit ainsi:

Ceci étant compris, je vous avise que le degré de crédibilité plus ou moins grand que vous accordez à un témoin doit reposer sur des motifs sérieux et non pas sur de la simple fantaisie ou sur des caprices, sur de la spéculation ou sur de la frivolité surtout évidemment, surtout si le fait qui est affirmé par un témoin n'est pas nié par d'autres et si ce témoin n'est contredit par personne en général et en particulier n'est contredit par celui ou par ceux qui auraient été en mesure de le contredire.

Le second extrait se lit ainsi:

La thèse de la défense donc est la suivante: c'est que la Couronne ne s'est pas déchargée de démontrer devant vous hors de tout doute raisonnable la culpabilité de Pierre Potvin, l'accusé.

La défense vous dit, la défense qui n'a pas fait de défense vous dit: la preuve de la Couronne est tellement faible, il y a tellement de contradictions que vous devez mesdames et messieurs les jurés éprouver un doute raisonnable et accorder ce doute à l'accusé Pierre Potvin.

Comme l'a souligné la Cour d'appel, cette Cour a interprété le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au*

requiring something more than an off-hand reference to the fact that an accused did not testify at trial. Ritchie J. interpreted s. 4(5) in a purposive as opposed to a literal manner in *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, at p. 809:

> I think it is to be assumed that the section in question was enacted for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.

Given this approach, which I approve and believe to be consistent with the approach to statutory interpretation enunciated by this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, I do not think it can be said that the comments to which the appellant draws attention constitute a violation of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. As the Court of Appeal noted, the first passage is part of a general direction to the jury at the beginning of the judge's charge. The second passage is taken from the concluding part of the judge's charge but seems to be somewhat ambiguous and, in the context, in the nature of an off-hand remark. Even if the remark could have prejudiced the accused it was, in my view, more than compensated by the trial judge's unambiguous and sustained comments throughout the charge concerning the burden on the Crown to prove the guilt of the accused. I conclude, therefore, that the trial judge did not violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in these passages from his charge to the jury.

V. Disposition

I would allow the appeal and order a new trial because the trial judge misdirected himself as to the proper interpretation of s. 643(1) of the *Criminal Code* and because of the combined effect of the trial judge's failure to warn the jury concerning the use of s. 643(1) and his erroneous instruction that the transcript of testimony taken at the preliminary inquiry should be treated in the same manner as live testimony given at trial.

I would answer the constitutional questions set by the Chief Justice as follows:

Canada comme exigeant quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. Le juge Ritchie a interprété le par. 4(5) en fonction de son objet plutôt que de manière littérale dans l'arrêt *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, à la p. 809:

> [TRADUCTION] Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.

Étant donné cette interprétation que j'approuve et que j'estime conforme la manière d'aborder l'interprétation des lois qui a été énoncée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les remarques sur lesquelles l'appelant attire notre attention violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme l'a souligné la Cour d'appel, le premier extrait fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé du juge. Le second extrait provient de la conclusion de l'exposé du juge mais il est un peu ambigu et, dans le contexte, semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, j'estime qu'elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé. Je conclus donc que le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* dans ces extraits de son exposé au jury.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code criminel* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles établies par le Juge en chef de la façon suivante:

Q. 1. Does section 643 of the *Criminal Code* in so far as it allows the Crown to ask the trial judge to read as evidence before a jury the evidence of an accomplice given at the preliminary inquiry, when the said accomplice refuses to give evidence at the trial, violate ss. 7, 11(*d*) and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No as to ss. 7 and 11(*d*). It is not necessary to answer the question with respect to s. 12 as the appellant did not argue this issue.

Q. 2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is the resort to that section justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In light of the answer to Question 1 it is not necessary to answer this question.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: Alain Dumas, Québec.

Solicitor for the respondent: Michel Parent, Sept-Îles.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Q. 1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11*d*) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non, pour ce qui concerne l'art. 7 et l'al. 11*d*). Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question pour ce qui est de l'art. 12 puisque l'appelant n'a pas plaidé ce point.

Q. 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Compte tenu de la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant: Alain Dumas, Québec.

Procureur de l'intimé: Michel Parent, Sept-Îles.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Madhur Lata Prassad *Appellant*

v.

Minister of Employment and Immigration *Respondent*

INDEXED AS: PRASSAD *v.* CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 19608.

1988: November 28; 1989: March 23.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Adjournment of inquiry — Powers of adjudicator — Application for a Minister's permit authorizing a person to remain in Canada — Whether adjudicator must adjourn immigration inquiry to enable appellant to pursue her application made under s. 37(1) of the Immigration Act, 1976 — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(3), 37(1), 113(e) — Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1).

Appellant was deported from Canada on June 6, 1984 and re-entered the country without the written consent of the Minister of Employment and Immigration contrary to s. 57(1) of the *Immigration Act, 1976*. On November 2, 1984, the immigration inquiry held by an adjudicator pursuant to s. 27(3) of the Act was adjourned to give appellant's counsel time to prepare. Two weeks after the adjournment, appellant sent a letter to the Minister seeking a permit authorizing her to remain in Canada pursuant to s. 37(1)(*b*) of the Act. When the inquiry reconvened on November 21, 1984, appellant requested an adjournment to permit her application to the Minister to be considered. The adjudicator refused the request and proceeded with the inquiry. At the conclusion of the inquiry, a deportation order was made against the appellant. The Federal Court of Appeal dismissed appellant's application, made under s. 28 of the *Federal Court Act*, to review and set aside the adjudicator's decision. The Court held that the adjudicator did not err in refusing an adjournment of the inquiry to permit the appellant to pursue an application under s. 37(1) of the Act.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Madhur Lata Prassad *Appelante*

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration *Intimé*

RÉPERTORIÉ: PRASSAD *c.* CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 19608.

1988: 28 novembre; 1989: 23 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Ajournement d'enquête — Pouvoirs de l'arbitre — Demande de permis du ministre en vue d'être autorisé à demeurer au Canada — L'arbitre doit-il ajourner l'enquête d'immigration pour permettre à l'appelante de poursuivre ses démarches en vertu de l'art. 37(1) de la Loi sur l'immigration de 1976? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(3), 37(1), 113e) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1).

L'appelante, expulsée du Canada le 6 juin 1984, est entrée de nouveau au pays sans l'autorisation écrite du ministre de l'Emploi et de l'Immigration, contrairement au par. 57(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le 2 novembre 1984, l'enquête d'immigration tenue par un arbitre en application du par. 27(3) de la Loi a été ajournée pour permettre à l'avocat de l'appelante de se préparer. Deux semaines après l'ajournement, l'appelante a envoyé une lettre au ministre lui demandant un permis l'autorisant à demeurer au Canada, conformément à l'al. 37(1)*b*) de la Loi. À la reprise de l'enquête le 21 novembre 1984, l'appelante a demandé un ajournement pour permettre au ministre d'examiner sa demande. L'arbitre a refusé d'accéder à la demande et a poursuivi l'enquête. À la fin de l'enquête, une ordonnance d'expulsion a été rendue contre l'appelante. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre présentée par l'appelante en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour a conclu que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur en refusant d'ajourner l'enquête pour que l'appelante poursuive ses démarches en application du par. 37(1) de la Loi.

Arrêt (Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and Sopinka JJ.: An adjudicator, acting pursuant to s. 27(3) of the *Immigration Act, 1976*, is not required to adjourn an inquiry to enable the subject of that inquiry to pursue an application under s. 37(1) of the Act. The adjudicator is given discretion under s. 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, and s. 113(*e*) of the Act to determine whether an adjournment shall be granted or refused, and such discretion is guided by the general principle that a "full and proper inquiry" be held. In exercising this discretion to adjourn, the adjudicator may consider such factors as the number of adjournments already granted and the length of time for which an adjournment is sought. Where an adjournment is requested in order that an application under s. 37 might be pursued, the adjudicator may also consider the opportunity available to the subject of the inquiry to apply to the Minister prior to the request for an adjournment. Here, the adjudicator properly refused to adjourn the inquiry. Appellant could have applied at any time between the date of her removal from Canada on June 6, 1984, and the recommencement of the inquiry on November 21, 1984. She did not send a letter to the Minister's office until November 16, 1984.

The decision of the Court in *Ramawad* is distinguishable from the present case. *Ramawad* involved provisions of the former *Immigration Act* and Regulations specific to an application for an employment visa. The final determination of the visa application required the decision of the Minister. In the present case, the s. 37(1) application was not an integral part of the proceedings before the adjudicator under s. 27(3) but a remedy that was clearly separate from that proceeding. The mere fact that there was an alternative remedy open to the appellant did not convert it into an automatic concomitant right to have other proceedings adjourned to accommodate the application. Nothing in s. 37 suggests that an application under that section is to be treated any differently than an application for other remedies.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The adjudicator erred in refusing to adjourn the immigration inquiry. This Court's reasoning in *Ramawad* applies to an application for a Minister's permit pursuant to s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*. While a person has no legal right to obtain a permit under s. 37(1), such a person has a right in the sense of a legal entitlement to obtain a decision from the Minister as to whether his case is deserving of special relief. Since the

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, La Forest et Sopinka: L'arbitre qui agit en application du par. 27(3) de la *Loi sur l'immigration de 1976* n'est pas obligé d'ajourner une enquête pour permettre à la personne qui en fait l'objet de poursuivre ses démarches en application du par. 37(1) de la Loi. Le paragraphe 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* et l'al. 113*e*) de la Loi confèrent à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire de décider si l'ajournement sera accordé ou refusé et l'exercice de ce pouvoir est régi par le principe général de la «tenue régulière d'une enquête approfondie». Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, l'arbitre peut considérer des facteurs comme le nombre d'ajournements déjà accordés et la durée de l'ajournement demandé. Lorsqu'on sollicite un ajournement en raison d'une demande fondée sur l'art. 37, l'arbitre peut également tenir compte de la possibilité qu'avait la personne qui fait l'objet de l'enquête de s'adresser au ministre avant la présentation d'une demande d'ajournement. En l'espèce, c'est à bon droit que l'arbitre a refusé d'ajourner l'enquête. L'appelante aurait pu s'adresser au ministre à n'importe quel moment entre la date de son renvoi du Canada, le 6 juin 1984, et la date de reprise de l'enquête, le 21 novembre 1984. Elle n'a pas envoyé de lettre au bureau du ministre avant le 16 novembre 1984.

On peut faire un distinction entre l'arrêt *Ramawad* de cette Cour et le présent pourvoi. L'arrêt *Ramawad* portait sur des dispositions de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et de son Règlement qui visaient spécifiquement les demandes de visa d'emploi. On ne pouvait résoudre de façon définitive la question de la demande de visa sans obtenir la décision du ministre. En l'espèce, la demande présentée au ministre en vertu du par. 37(1) ne fait pas partie intégrante de la procédure devant l'arbitre selon le par. 27(3) mais constitue une voie de recours tout à fait distincte de cette procédure. Le simple fait que l'appelante dispose d'un autre recours ne transforme pas ce dernier en un droit automatique concomitant à l'ajournement des autres procédures afin de faciliter la demande. Rien dans l'art. 37 ne suggère qu'une demande présentée en vertu de cet article devrait être traitée différemment d'une demande présentée dans le cadre d'autres recours.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): L'arbitre a commis une erreur en refusant d'ajourner l'enquête d'immigration. Le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Ramawad* s'applique à une demande de permis du ministre présentée en vertu du par. 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Bien qu'une personne n'ait pas de droit à l'obtention d'un permis en vertu du par. 37(1), cette personne possède néanmoins un droit en ce sens qu'elle est légitimement fondée à obtenir une

Minister has no power to issue a permit to a person against whom a removal order has been made (s. 37(2)), although such a person might otherwise be deserving of special consideration, the denial of a request to adjourn the immigration inquiry pending disposition of the application for a Minister's permit will generally constitute the denial of the right to obtain a decision from the Minister as well. This result could not have been intended by Parliament. Moreover, the expanding doctrine of administrative fairness strongly militates in favour of ensuring that the inquiry is not held in a way which denies the applicant his entitlement to a decision from the Minister. Therefore, where an application for a permit is made pursuant to s. 37(1), the adjudicator must adjourn the immigration inquiry pending the disposition of the applicant's request by the Minister or someone authorized to exercise the Minister's authority. This will be the case where there has not been a previous refusal to grant such a permit, based on the circumstances existing at the time the application is made. Although the adjudicator has a general discretion to adjourn by virtue of s. 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, where an application under s. 37(1) of the Act is made before a determination is reached on the merits of the immigration inquiry, the adjudicator may exercise this discretion and refuse the adjournment only in those cases where doing so will not compromise the applicant's entitlement to a consideration of his case and a decision from the Minister.

Cases Cited

By Sopinka J.

Distinguished: *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375; **applied**: *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274; *Louhisdon v. Employment and Immigration Canada*, [1978] 2 F.C. 589; *Oloko v. Canada Employment and Immigration*, [1978] 2 F.C. 593; *Murray v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 518; *Stalony v. Minister of Employment and Immigration* (1980), 36 N.R. 609; **considered**: *Laneau v. Rivard*, [1978] 2 F.C. 319; *Nesha v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 42; **referred to**: *Re Cedarvale Tree Services Ltd. and Labourers' International Union of North America, Local 183* (1971), 22 D.L.R. (3d) 40; *Pierre v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 849; *Tam v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 2 F.C. 31; *Minister of Manpower and Immigration v. Tsakiris*, [1977] 2 F.C. 236; *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775; *Minister of Employment and Immigration v. Hae Soo Han*, [1984] 1 F.C. 976.

décision du ministre pour déterminer si son cas mérite un redressement spécial. Puisque le ministre n'a pas le pouvoir de délivrer un permis à une personne qui a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion (par. 37(2)), même si cette personne peut par ailleurs mériter une considération spéciale, le refus d'ajourner l'enquête d'immigration pour attendre la décision du ministre sur une demande de permis constituera généralement une négation du droit d'obtenir une décision du ministre. Le Parlement n'a pas pu vouloir ce résultat. De plus, la doctrine de l'équité administrative milite clairement en faveur du besoin d'assurer que l'enquête n'est pas tenue d'une manière qui nie au requérant son droit à une décision du ministre. Par conséquent, lorsqu'une demande de permis est faite en vertu du par. 37(1), l'arbitre doit ajourner l'enquête d'immigration jusqu'à ce que le ministre, ou une personne autorisée à exercer le pouvoir du ministre, rende une décision sur la demande du requérant. Ce sera le cas lorsque ce permis n'aura pas été refusé auparavant d'après les circonstances qui existaient au moment où la demande a été faite. Bien qu'en vertu du par. 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* l'arbitre ait un pouvoir discrétionnaire général d'ajourner, lorsqu'une demande fondée sur le par. 37(1) de la Loi est présentée avant qu'une décision soit rendue sur le fond de l'enquête d'immigration, l'arbitre ne peut exercer ce pouvoir discrétionnaire et refuser l'ajournement que lorsque cela ne compromettra pas le droit du requérant à un examen de son cas et à une décision du ministre.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Distinction d'avec l'arrêt: *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375; **arrêts appliqués**: *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274; *Louhisdon c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 589; *Oloko c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 593; *Murray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 518; *Stalony v. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1980), 36 N.R. 609; **arrêts examinés**: *Laneau c. Rivard*, [1978] 2 C.F. 319; *Nesha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 42; **arrêts mentionnés**: *Re Cedarvale Tree Services Ltd. and Labourers' International Union of North America, Local 183* (1971), 22 D.L.R. (3d) 40; *Pierre c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 849; *Tam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 2 C.F. 31; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsakiris*, [1977] 2 C.F. 236; *Lodge c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Hae Soo Han*, [1984] 1 C.F. 976.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration, [1978] 2 S.C.R. 375; *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274; *Louhisdon v. Employment and Immigration Canada*, [1978] 2 F.C. 589; *Oloko v. Canada Employment and Immigration*, [1978] 2 F.C. 593; *Murray v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 518; *Laneau v. Rivard*, [1978] 2 F.C. 319; *Nesha v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 42; *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163 (C.A.), aff'd in part on another issue [1984] 2 S.C.R. 565; *Beeston v. Minister of Employment and Immigration* (1982), 41 N.R. 260.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 [now R.S.C. 1985, c. F-7], s. 28.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 [now R.S.C. 1985, c. I-2], ss. 27(2)(*h*), (3), 29(1), (5), 30(1), 31(1), 32(6), 37(1), (2), (4), (6), 43(1), 45(1), 57(1) [rep. & subs. 1984, c. 40, s. 36(4)], 113, 115(2).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1).

Authors Cited

Wydrzynski, Christopher James. *Canadian Immigration Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. D-4, dismissing appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a deportation order. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Andrew J. A. McKinley, for the appellant.

H. J. Wruck, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this case is whether the adjudicator of an immigration inquiry must adjourn the inquiry to enable the appellant to pursue an application to the Minister under s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (now R.S.C. 1985, c. I-2), as amended. Here the adjudicator refused to grant the appellant's

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

Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1978] 2 R.C.S. 375; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274; *Louhisdon c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 589; *Oloko c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 593; *Murray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 518; *Laneau c. Rivard*, [1978] 2 C.F. 319; *Nesha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 42; *Jiminez-Perez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163 (C.A.), conf. en partie sur un autre point [1984] 2 R.C.S. 565; *Beeston c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1982), 41 N.R. 260.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10 [maintenant L.R.C. (1985), chap. F-7], art. 28.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52 [maintenant L.R.C. (1985), chap. I-2], art. 27(2)(*h*), (3), 29(1), (5), 30(1), 31(1), 32(6), 37(1), (2), (4), (6), 43(1), 45(1), 57(1) [abr. & rempl. 1984, chap. 40, art. 36(4)], 113, 115(2).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1).

Doctrine citée

Wydrzynski, Christopher James. *Canadian Immigration Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. F-11, qui a rejeté la demande d'examen et d'annulation de l'ordonnance d'expulsion présentée en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pourvoi rejeté, le juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Andrew J. A. McKinley, pour l'appelante.

H. J. Wruck, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question en l'espèce est de savoir si l'arbitre dans une enquête d'immigration était tenu de l'ajourner pour permettre à l'appelante de poursuivre ses démarches auprès du ministre en vertu du par. 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52 (maintenant L.R.C. (1985), chap. I-2), et modifi-

request for an adjournment. The Federal Court of Appeal dismissed an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C. 1985, c. F-7), as amended, to review and set aside the decision of the adjudicator. The appellant appeals to this Court from that dismissal.

The immigration inquiry before the adjudicator arose out of the following circumstances. The appellant, also known as Sandhya Kishun, is a citizen of Fiji. She is neither a permanent resident nor a citizen of Canada. She originally entered Canada as a visitor in 1975 and continued in that status until a deportation order was made against her on September 15, 1982. She was removed from Canada on June 6, 1984, pursuant to that order.

The appellant's stay in Canada between 1975 and 1982 was authorized by a Minister's permit issued under s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*. This permit was extended a number of times. Following an immigration inquiry, the deportation order of September 15, 1982, was made pursuant to s. 37(6) of the Act. The appellant had been convicted of a number of criminal offences during her stay in Canada.

On August 17, 1984, the appellant re-entered Canada without having first obtained the written consent of the Minister contrary to s. 57(1) of the Act. She then became subject to a report under s. 27(2)(*h*) of the Act and was arrested.

On November 2, 1984, an inquiry was commenced under s. 27(3) of the Act. At the hearing, the appellant was ordered released upon the posting of a cash bond, and the inquiry was adjourned to November 21, 1984, to permit counsel for the appellant time to prepare.

When the inquiry reconvened, counsel for the appellant delivered to the adjudicator a copy of a letter, dated November 16, 1984, which had been sent to the respondent. In the letter, the appellant applied to the Minister of Employment and Immigrations. En l'espèce, l'arbitre a refusé d'accéder à la demande d'ajournement de l'appelante. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre, présentée en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10 (maintenant L.R.C. (1985), chap. F-7), et modifications. L'appelante fait appel de ce rejet devant cette Cour.

Les circonstances à l'origine de l'enquête tenue par l'arbitre sont les suivantes. L'appelante, également connue sous le nom de Sandhya Kishun, est citoyenne des îles Fidji. Elle n'est ni résidente permanente ni citoyenne du Canada. Elle est entrée au Canada à titre de visiteur en 1975 et elle a conservé ce statut jusqu'à ce qu'une ordonnance d'expulsion soit rendue contre elle le 15 septembre 1982. Conformément à cette ordonnance, elle a été renvoyée du Canada le 6 juin 1984.

Le ministre avait autorisé le séjour de l'appelante au Canada entre 1975 et 1982 en lui délivrant un permis en application du par. 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La durée de validité du permis a été prorogée plusieurs fois. Après une enquête d'immigration, une ordonnance d'expulsion a été rendue le 15 septembre 1982 en vertu du par. 37(6) de la Loi. Au cours de son séjour au Canada, l'appelante a été déclarée coupable d'un certain nombre d'infractions criminelles.

Le 17 août 1984, l'appelante est entrée de nouveau au Canada sans autorisation écrite du ministre, contrairement au par. 57(1) de la Loi. Elle était donc susceptible de faire l'objet d'un rapport en application de l'al. 27(2)*h*) de la Loi et a été arrêtée.

Le 2 novembre 1984, une enquête fut ouverte en vertu du par. 27(3) de la Loi. À l'audience, on a ordonné la mise en liberté de l'appelante sur inscription d'un cautionnement en espèces et l'enquête a été ajournée au 21 novembre 1984 pour permettre à son avocat de se préparer.

À la reprise de l'enquête, l'avocat de l'appelante a remis à l'arbitre la copie d'une lettre en date du 16 novembre 1984 qui avait été envoyée à l'intimé. Dans la lettre, l'appelante demandait au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de lui délivrer,

gration for a Minister's permit authorizing her to remain in Canada pursuant to s. 37(1)(*b*) of the Act. She also applied to the Governor in Council for exemption from the Regulations pursuant to s. 115(2) and permission to establish permanent residence in Canada. Officials in the Minister's office indicated that they had not received the letter as of the date upon which the inquiry reconvened.

Counsel for the appellant then requested an adjournment of the inquiry to permit her applications to the Minister and to the Governor in Council to be considered. The adjudicator refused the request and proceeded with the inquiry. At the conclusion of the inquiry a deportation order was made against the appellant pursuant to s. 32(6) of the Act.

On March 5, 1985, the Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of the adjudicator. Thurlow C.J., speaking for the Court, considered the court bound by its consistent previous judgments, including the decision in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.) The Court held that the adjudicator did not err in refusing an adjournment of the inquiry to permit the appellant to pursue applications under ss. 37(1) and 115(2) of the *Immigration Act, 1976*. On July 9, 1985, the Federal Court of Appeal granted the appellant leave to appeal its decision to this Court, [1985] 2 F.C. 81.

The resolution of this appeal requires a careful examination of the applicable provisions of the *Immigration Act, 1976*, and the relevant procedures.

Legislation and Procedures

The following are the relevant provisions of the *Immigration Act, 1976*:

27. ...

(2) Where an immigration officer or peace officer has in his possession information indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or a permanent resident, is a person who

. . .

(*h*) came into Canada contrary to section 57,

. . .

conformément à l'al. 37(1)*b*) de la Loi, un permis l'autorisant à demeurer au Canada. Elle a également demandé au gouverneur en conseil une dispense d'application des règlements en vertu du par. 115(2) et la permission d'établir sa résidence permanente au Canada. Les fonctionnaires du bureau du ministre ont indiqué qu'ils n'avaient pas reçu la lettre le jour de la reprise de l'enquête.

L'avocat de l'appelante a alors demandé que l'enquête soit ajournée pour permettre l'examen de ses demandes au ministre et au gouverneur en conseil. L'arbitre a refusé d'accéder à la demande et a poursuivi l'enquête. À la fin de l'enquête, une ordonnance d'expulsion a été rendue contre l'appelante en application du par. 32(6) de la Loi.

Le 5 mars 1985, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre présentée par l'appelante en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge en chef Thurlow, s'exprimant au nom de la Cour, a décidé que la Cour était liée par ses décisions antérieures constantes, y compris l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.) La Cour a conclu que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur en refusant d'ajourner l'enquête pour que l'appelante poursuive ses démarches en application des par. 37(1) et 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le 9 juillet 1985, la Cour d'appel fédérale autorisait l'appelante à faire appel de cette décision devant cette Cour, [1985] 2 C.F. 81.

Ce pourvoi exige un examen soigneux des dispositions applicables de la *Loi sur l'immigration de 1976* et des procédures pertinentes.

La loi et la procédure

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration de 1976*:

27. ...

(2) Tout agent d'immigration ou agent de la paix, en possession de renseignements indiquant qu'une personne se trouvant au Canada, autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent,

. . .

h) est entrée au Canada en violation de l'article 57,

. . .

he shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information unless that person has been arrested without warrant and held in detention pursuant to section 104.

(3) Subject to any order or direction of the Minister, the Deputy Minister shall, on receiving a report pursuant to subsection (1) or (2), and where he considers that an inquiry is warranted, forward a copy of that report and a direction that an inquiry be held to a senior immigration officer.

31. (1) An adjudicator shall give his decision as soon as possible after an inquiry has been completed and his decision shall be given in the presence of the person concerned wherever practicable.

32. ...

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), he shall, subject to subsections 45(1) and 47(3), make a deportation order against the person unless, in the case of a person other than a person described in paragraph 19(1)(*c*), (*d*), (*e*), (*f*), or (*g*) or 27(2)(*c*), (*h*) or (*i*), he is satisfied that

(*a*) having regard to all the circumstances of the case, a deportation order ought not to be made against the person, and

(*b*) the person will leave Canada on or before a date specified by the adjudicator,

in which case he shall issue a departure notice to the person specifying therein the date on or before which the person is required to leave Canada.

37. (1) The Minister may issue a written permit authorizing any person to come into or remain in Canada if that person is

(*a*) in the case of a person seeking to come into Canada, a member of an inadmissible class, or

(*b*) in the case of a person in Canada, a person with respect to whom a report has been or may be made under subsection 27(2).

(2) Notwithstanding subsection (1), a permit may not be issued to

(*a*) a person against whom a removal order has been made who has not been removed from Canada pursuant to such an order or has not otherwise left Canada, unless an appeal from that order has been allowed;

(*b*) a person to whom a departure notice has been issued who has not left Canada; or

doit adresser à ce sujet un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre, à moins que la personne concernée n'ait été arrêtée sans mandat et détenue en vertu de l'article 104.

(3) Sous réserve des instructions ou directives du Ministre, le sous-ministre saisi d'un rapport visé aux paragraphes (1) ou (2), doit, au cas où il estime que la tenue d'une enquête s'impose, adresser à un agent d'immigration supérieur une copie de ce rapport et une directive prévoyant la tenue d'une enquête.

31. (1) Après l'enquête, l'arbitre doit rendre sa décision le plus tôt possible, en présence de la personne concernée, si les circonstances le permettent.

32. ...

(6) L'arbitre, après avoir conclu que la personne faisant l'objet d'une enquête est visée par le paragraphe 27(2), doit, sous réserve des paragraphes 45(1) et 47(3), en prononcer l'expulsion; cependant, dans le cas d'une personne non visée aux alinéas 19(1)*c*), *d*), *e*), *f*) ou *g*) ou 27(2)*c*), *h*) ou *i*), l'arbitre doit émettre un avis d'interdiction de séjour fixant à ladite personne un délai pour quitter le Canada, s'il est convaincu

a) qu'une ordonnance d'expulsion ne devrait pas être rendue eu égard aux circonstances de l'espèce; et

b) que ladite personne quittera le Canada dans le délai imparti.

37. (1) Le Ministre peut délivrer un permis écrit autorisant une personne à entrer au Canada ou à y demeurer. Peuvent se voir octroyer un tel permis

a) les personnes faisant partie d'une catégorie non admissible, désireuses d'entrer au Canada, ou

b) les personnes se trouvant au Canada, qui font l'objet ou sont susceptibles de faire l'objet du rapport prévu au paragraphe 27(2).

(2) Par dérogation au paragraphe (1), ne peuvent obtenir le permis

a) les personnes ayant fait l'objet d'une ordonnance de renvoi, qui se trouvent encore au Canada sauf si l'appel interjeté de cette ordonnance a été accueilli;

b) les interdits de séjour qui n'ont pas encore quitté le Canada; ou

(*c*) a person in Canada with respect to whom an appeal made pursuant to section 79 has been dismissed.

. . .

(4) The Minister may at any time, in writing, extend or cancel a permit.

57. (1) Subject to section 58, where a deportation order is made against a person, the person shall not, after he is removed from or otherwise leaves Canada, come into Canada without the written consent of the Minister unless an appeal from the order has been allowed.

Section 113 of the Act specifies certain of an adjudicator's powers:

113. An adjudicator has all the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and, without restricting the generality of the foregoing, may, for the purposes of an inquiry,

(*a*) issue a summons to any person requiring him to appear at the time and place mentioned therein to testify with respect to all matters within his knowledge relative to the subject-matter of the inquiry and to bring with him and produce any document, book or paper that he has in his possession or under his control relative to the subject-matter of the inquiry;

(*b*) administer oaths and examine any person on oath;

(*c*) issue commissions or requests to take evidence in Canada;

(*d*) engage the services of such counsel, interpreters, technicians, clerks, stenographers and other persons as he deems necessary for a full and proper inquiry; and

(*e*) do all other things necessary to provide a full and proper inquiry.

Section 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, as amended, provides:

35. (1) The adjudicator presiding at an inquiry may adjourn the inquiry at any time for the purpose of ensuring a full and proper inquiry.

The applicable inquiry procedures created by these provisions are as follows. An immigration officer may have information that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who falls into any of the categories listed in s. 27(2), including being a person who, having been subject to a deportation order, re-entered Canada without the written con-

c) les personnes se trouvant encore au Canada dont l'appel interjeté en vertu de l'article 79 a été rejeté.

. . .

(4) Le Ministre peut, par écrit et à tout moment, proroger la durée de validité d'un permis ou l'annuler.

57. (1) Sous réserve de l'article 58, la personne qui fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion ne peut plus revenir au Canada sans l'autorisation écrite du Ministre, à moins qu'un appel de ladite ordonnance n'ait été accueilli.

L'article 113 de la Loi précise certains pouvoirs de l'arbitre:

113. Tout arbitre a les pouvoirs et attributions des commissaires nommés en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes* et, aux fins d'enquête, peut notamment

a) adresser une citation à toute personne l'enjoignant à comparaître aux date et lieu indiqués pour témoigner sur toute question dont elle a connaissance, relative à l'objet de l'enquête, et à produire tout document, livre ou écrit en sa possession ou sous sa responsabilité, qui se rapporte à l'objet de l'enquête;

b) faire prêter serment et interroger sous serment;

c) délivrer des commissions ou requêtes en vue de recueillir des preuves au Canada;

d) retenir les services de conseil, d'interprètes, de techniciens, de commis, de sténographes et du personnel qu'il estime nécessaires à la tenue d'une enquête approfondie;

e) faire tout ce qui est nécessaire à la tenue régulière d'enquêtes approfondies.

Le paragraphe 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, et modifications, prévoit:

35. (1) L'arbitre qui préside l'enquête peut l'ajourner à tout moment afin de veiller à ce qu'elle soit complète et régulière.

Selon ces dispositions, la procédure d'enquête est la suivante: si un agent d'immigration possède des renseignements indiquant qu'une personne, autre qu'un citoyen canadien ou résident permanent, relève de l'une des catégories énumérées au par. 27(2), ce qui serait le cas d'une personne qui a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion et qui est entrée de nouveau au Canada sans l'autorisation

sent of the Minister. The immigration officer must forward that information in a report to the Deputy Minister. If the Deputy Minister considers it is warranted, an immigration inquiry shall be held.

The inquiry is held before an adjudicator. The subject of the inquiry is present (s. 29(1)) and is entitled to be represented by legal counsel (s. 30(1)). Upon hearing evidence from both sides, the adjudicator will render a decision. If the adjudicator decides that the subject of the inquiry is a person described in s. 27(2), the adjudicator shall make a deportation order against that person.

Submissions of Counsel

Counsel for the appellant submitted that once an application for adjournment is made to the adjudicator, the adjudicator is obliged to adjourn to enable the applicant to pursue an application to the Minister under s. 37 of the Act. The appellant relies on the decision of this Court in *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375, and on the fact that an order for deportation forecloses any opportunity to obtain the Minister's permit. Although the same argument was made in relation to an application to the Governor in Council under s. 115(2) of the Act in the Federal Court of Appeal, this argument was expressly abandoned by the appellant in this Court.

Counsel for the respondent submitted that by virtue of s. 35(1) of the Regulations, the adjudicator was obliged to refuse a request for an adjournment. He submitted that an application to the Minister under s. 37 is extraneous to the conduct of a full and proper inquiry under s. 27(3) of the Act. In the alternative, counsel for the respondent submitted that the adjudicator has a discretion to refuse the adjournment.

Powers of the Adjudicator

In order to arrive at the correct interpretation of statutory provisions that are susceptible of different meanings, they must be examined in the setting in which they appear. We are dealing here with the powers of an administrative tribunal in relation to its procedures. As a general rule, these tribunals are considered to be masters in their own

écrite du ministre, cet agent d'immigration doit transmettre ces renseignements dans un rapport au sous-ministre. Une enquête est tenue si le sous-ministre estime qu'elle s'impose.

L'enquête est tenue devant un arbitre. La personne qui fait l'objet de l'enquête est présente (par. 29(1)) et peut être représentée par un conseiller juridique (par. 30(1)). Après avoir entendu les deux parties, l'arbitre rend une décision. Si l'arbitre décide que la personne qui fait l'objet de l'enquête est visée au par. 27(2), il prononce contre elle une ordonnance d'expulsion.

Les prétentions des avocats

L'avocat de l'appelante prétend que lorsqu'une demande d'ajournement est présentée à l'arbitre, celui-ci est tenu d'ajourner l'enquête pour permettre au requérant de poursuivre ses démarches auprès du ministre en application de l'art. 37 de la Loi. L'appelante s'appuie sur l'arrêt de cette Cour *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375, et sur le fait qu'une ordonnance d'expulsion la prive de toute possibilité d'obtenir un permis du ministre. Bien que le même argument ait été invoqué au sujet d'une demande présentée au gouverneur en conseil en vertu du par. 115(2) de la Loi en Cour d'appel fédérale, l'appelante l'a expressément abandonné devant cette Cour.

L'avocat de l'intimé soutient qu'en vertu du par. 35(1) du Règlement, l'arbitre était obligé de refuser la demande d'ajournement. Il prétend qu'une demande adressée au ministre en application de l'art. 37 est étrangère à la tenue de l'enquête approfondie prévue au par. 27(3) de la Loi. Subsidiairement, l'avocat de l'intimé soutient que l'arbitre a le pouvoir discrétionnaire de refuser l'ajournement.

Les pouvoirs de l'arbitre

Afin d'interpréter correctement des dispositions législatives susceptibles de sens différents, il faut les examiner en contexte. Nous traitons ici des pouvoirs d'un tribunal administratif à l'égard de sa procédure. En règle générale, ces tribunaux sont considérés maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par loi ou règlement, ils fixent

house. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice. Adjournment of their proceedings is very much in their discretion.

In *Re Cedarvale Tree Services Ltd. and Labourers' International Union of North America, Local 183* (1971), 22 D.L.R. (3d) 40, the Ontario Court of Appeal was asked to hold that the Labour Relations Board was obliged to adjourn when its jurisdiction was attacked by a motion for *certiorari* in the High Court. Arnup J.A., speaking for the Court, stressed that the Board was "master of its own house" (p. 49) and was not required to adjourn when served with a notice of motion for *certiorari*. The Board was free to adopt such procedures as appeared to it to be just and convenient in the particular circumstances. Arnup J.A. concluded, at p. 50:

> ... it is for the Board itself to decide how it shall proceed. If procedural guide lines of a mandatory nature are to be laid down, they should come from the Legislature and not from the Court.

Jackett C.J., in *Pierre v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 849, put it this way, at p. 851:

> In considering a complaint that a tribunal has refused to grant an adjournment, it must be remembered that, in the absence of some specific rule governing the manner in which the particular tribunal should exercise its discretion to grant an adjournment, the question as to whether an adjournment should be granted is a discretionary matter for the tribunal itself and that a supervisory tribunal has no jurisdiction to review the tribunal's decision to refuse an adjournment unless the refusal results in the decision made by the tribunal at the termination of the hearing being voidable as having been made without complying with the requirements of natural justice.

The power of an adjudicator to adjourn the proceedings is specifically addressed in s. 35(1) of the Regulations and more generally in s. 113(*e*) of the Act. The effect of these provisions is to confirm a discretion in the adjudicator, the exercise of

leur propre procédure à la condition de respecter les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de respecter les règles de justice naturelle. Il est donc clair que l'ajournement de leurs procédures relève de leur pouvoir discrétionnaire.

Dans l'arrêt *Re Cedarvale Tree Services Ltd. and Labourers' International Union of North America, Local 183* (1971), 22 D.L.R. (3d) 40, on a demandé à la Cour d'appel de l'Ontario de conclure que la Commission des relations de travail était obligée d'ajourner sa procédure lorsque sa compétence était contestée par requête en *certiorari* devant la Haute Cour. Le juge Arnup, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a insisté sur le fait que la Commission était [TRADUCTION] «maîtresse chez elle» (p. 49) et n'était pas tenue d'ajourner sa procédure lorsqu'un avis de requête en *certiorari* lui était signifié. Elle était libre d'adopter la procédure qui lui semblait juste et appropriée dans les circonstances particulières. Le juge Arnup a conclu, à la p. 50:

> [TRADUCTION] ... il appartient à la Commission elle-même de décider comment procéder. S'il est nécessaire d'établir des directives obligatoires en matière de procédure, c'est à la législature de le faire et non à la Cour.

Le juge en chef Jackett, dans la décision *Pierre c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 849, s'exprime ainsi, à la p. 851:

> Dans l'examen d'une plainte relative à un refus d'ajournement par un tribunal, il ne faut pas oublier qu'en l'absence de toute règle spécifique régissant le mode d'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire dans l'octroi d'un ajournement, la question d'accorder ou de refuser l'ajournement demandé est de nature discrétionnaire pour le tribunal même, et qu'une cour supérieure ayant droit de surveillance n'a pas compétence pour réviser un refus d'ajournement, à moins qu'à cause de ce refus, la décision rendue par le tribunal à la fin de l'audience ne soit annulable pour violation des règles de justice naturelle.

Le pouvoir d'un arbitre d'ajourner l'enquête est expressément prévu au par. 35(1) du Règlement et, de façon plus générale, à l'al. 113*e*) de la Loi. L'effet de ces dispositions est de reconnaître à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice

which is guided by the general principle that a full and proper inquiry be held. I agree with the statement made by Wydrzynski, in *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), at p. 265:

> The adjudicator is given discretion to determine whether an adjournment shall be granted, but, of course, this discretion is guided by the notion of a "full and proper" inquiry. In other words, the discretion must be exercised in accordance with principles of fairness and natural justice.

The appellant does not argue that the inquiry proceedings violated the principles of natural justice. She argues instead that she has a right to apply to the Minister under s. 37 and therefore the adjudicator is required to grant an adjournment to permit her to do so. Such a result can only obtain if s. 37 or some other provision deprives the adjudicator of the discretionary power to adjourn enjoyed by administrative tribunals and confirmed by s. 113(*e*) of the Act and s. 35 of the Regulations. In light of the usual practice relating to the power to adjourn which I have outlined above, I would expect to find rather explicit language in the statute or regulation if this result were intended.

There is no doubt that the adjudicator has a discretion to adjourn to permit an application under s. 37(1). (See *Tam v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 2 F.C. 31 (C.A.), and *Widmont*, *supra*.) In this regard, I respectfully disagree with the respondent's submission that s. 35(1) of the Regulations obliges the adjudicator to reject an application for an adjournment to permit an application under s. 37(1). The contrary proposition then remains to be addressed: is the adjudicator obliged to grant the application for adjournment in these circumstances?

The corner-stone of the appellant's argument is that once a removal order is made the Minister cannot grant an application under s. 37 and therefore the adjudicator must give the appellant this opportunity. This overstates the consequences of the refusal of an adjournment. The application to

est régi par le principe général de la tenue régulière d'une enquête approfondie. Je suis d'accord avec l'affirmation de Wydrzynski dans *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), à la p. 265:

> [TRADUCTION] L'arbitre a le pouvoir discrétionnaire de décider si un ajournement sera accordé mais ce pouvoir discrétionnaire est régi par la notion de tenue régulière d'une enquête «approfondie». En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les principes de l'équité et de la justice naturelle.

L'appelante ne prétend pas que la procédure d'enquête a violé les principes de justice naturelle. Elle prétend plutôt qu'elle a le droit de s'adresser au ministre en application de l'art. 37 et que l'arbitre est donc tenu de lui accorder l'ajournement pour le lui permettre. On ne peut parvenir à ce résultat que si l'art. 37 ou une autre disposition prive l'arbitre du pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'enquête dont bénéficient les tribunaux administratifs et qui est reconnu à l'arbitre par l'al. 113*e*) de la Loi et l'art. 35 du Règlement. Compte tenu de la pratique habituelle relative au pouvoir d'accorder un ajournement que j'ai exposée auparavant, je m'attendrais à ce que la loi ou le règlement s'exprime en termes explicites si tel était le résultat voulu.

Il ne fait aucun doute que l'arbitre a le pouvoir discrétionnaire d'accorder un ajournement pour permettre la présentation d'une demande en vertu du par. 37(1) (voir *Tam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 2 C.F. 31 (C.A.), et *Widmont*, précité). À cet égard, je ne peux accepter la prétention de l'intimé selon lequel le par. 35(1) du Règlement oblige l'arbitre à rejeter une demande d'ajournement pour permettre la présentation d'une demande en vertu du par. 37(1). Il nous reste donc à examiner la proposition inverse: l'arbitre est-il obligé d'accorder une demande d'ajournement dans ces circonstances?

L'argument central de l'appelante consiste à dire que, après le prononcé d'une ordonnance de renvoi, le ministre ne peut accorder une demande présentée en vertu de l'art. 37 et que l'arbitre est donc tenu d'accorder cette possibilité à l'appelante. C'est exagérer les conséquences du refus d'accor-

the Minister is barred only as long as the removal order remains unexecuted. No doubt removal from the country may make such an application more difficult, but did Parliament intend that this potential difficulty requires that the proceedings before the adjudicator be automatically stayed upon application to the Minister under s. 37?

This relationship between a removal order and a Minister's permit under s. 37(1) was created in the first amendments to the *Immigration Act* of 1952 (S.C. 1966-67, c. 90, s. 26) and has been continued into the present Act. Parliament amended the *Immigration Act* of 1952 a number of times prior to repealing it in 1976. Its replacement, the present *Immigration Act, 1976*, has subsequently been frequently amended. However, in not one of these amendments did Parliament remove the statutory bar which an unexecuted removal order poses to the issuance of a Minister's permit. Neither has Parliament seen fit to require an adjudicator to adjourn an inquiry in this circumstance, nor to empower the Minister to impose a stay of inquiry proceedings upon receipt of an application under s. 37(1).

This may be usefully contrasted with other provisions of the Act which explicitly require an adjournment for specified purposes. The adjudicator shall adjourn the inquiry if: the subject of the inquiry is under eighteen years of age and unrepresented by a parent or guardian (s. 29(5)); the subject of the inquiry who is to be removed from Canada claims, during the inquiry, to be a Canadian citizen (s. 43(1)); or the subject of the inquiry who is to be removed from Canada claims, during the inquiry, to be a Convention refugee (s. 45(1)).

Moreover an adjudicator is not required to adjourn an inquiry to await the outcome of other proceedings taken under the *Immigration Act* such as an application for sponsorship (see *Minister of Manpower and Immigration v. Tsakiris*, [1977] 2 F.C. 236 (C.A.)) As well, the Federal Court of Appeal has held that an adjudicator is not required to adjourn the inquiry to enable the subject of the

der un ajournement. Ce n'est que tant que l'ordonnance de renvoi n'est pas exécutée que la demande au ministre est interdite. Nul doute que le renvoi du pays rend la présentation d'une telle demande plus difficile mais le Parlement a-t-il voulu que cette difficulté potentielle ait pour effet que l'enquête devant l'arbitre soit automatiquement suspendue dès la présentation d'une demande au ministre en vertu de l'art. 37?

Le rapport entre une ordonnance de renvoi et un permis du ministre en vertu du par. 37(1) remonte aux premières modifications de la *Loi sur l'immigration* de 1952 (S.C. 1966-67, chap. 90, art. 26) et a été conservé dans la présente Loi. Le Parlement a modifié plusieurs fois la *Loi sur l'immigration* de 1952 avant de l'abroger en 1976. Celle qui l'a remplacée, l'actuelle *Loi sur l'immigration de 1976*, a souvent été modifiée depuis. Cependant le Parlement n'a pas supprimé dans ces modifications l'interdiction législative de délivrer un permis du ministre tant que l'ordonnance de renvoi n'est pas exécutée. Il n'a pas jugé bon non plus d'obliger l'arbitre à ajourner l'enquête dans ce cas, ni de permettre au ministre d'imposer la suspension de la procédure d'enquête sur réception d'une demande visée au par. 37(1).

Il peut être utile de faire une comparaison avec d'autres dispositions de la Loi qui exigent expressément un ajournement dans des cas précis. L'arbitre doit ajourner l'enquête dans les cas suivants: la personne visée est âgée de moins de dix-huit ans et n'est pas représentée par son père, sa mère ou son tuteur (par. 29(5)); la personne visée, alors qu'elle doit être renvoyée du Canada, revendique la citoyenneté canadienne au cours de l'enquête (par. 43(1)); la personne visée, alors qu'elle doit être renvoyée du Canada, revendique au cours de l'enquête le statut de réfugié au sens de la Convention (par. 45(1)).

En outre, l'arbitre n'est pas tenu d'ajourner une enquête pour attendre le résultat d'autres procédures prises en vertu de la *Loi sur l'immigration*, comme une demande de parrainage (voir *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsakiris*, [1977] 2 C.F. 236 (C.A.)) De même, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'un arbitre n'est pas tenu d'ajourner l'enquête pour permettre à la per-

inquiry to pursue an application under the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C. 1985, c. H-6): *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775. Likewise, an adjudicator is not required to adjourn the inquiry to enable the subject of the inquiry to apply for Canadian citizenship under the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now R.S.C. 1985, c. C-29): *Minister of Employment and Immigration v. Hae Soo Han*, [1984] 1 F.C. 976. In *Han*, a deportation order issued at the close of the inquiry, before the processing of the citizenship application, would have precluded the granting of citizenship to the applicant (p. 981).

The logic of the appellant's submission would thus require that the adjudicator adjourn the inquiry whenever the result of that inquiry has the potential to inhibit the subject of that inquiry from pursuing an alternative remedy. This would amount to reading into the legislation an automatic stay. Absent clear statutory language, it is untenable to hinder the adjudication process under the *Immigration Act, 1976*, by laying down such an inflexible rule for the conduct of an inquiry.

The appellant's submission, therefore must be rejected unless, as the appellant contends, such a conclusion is preordained by this Court's decision in *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration, supra*. I now turn to consider that decision and cases in which it has been applied. The appellant bolsters her reliance on *Ramawad* by reference to its interpretation by the Trial Division of the Federal Court in *Laneau v. Rivard*, [1978] 2 F.C. 319, and *Nesha v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 42, and by the minority of the Federal Court of Appeal in *Louhisdon v. Employment and Immigration Canada*, [1978] 2 F.C. 589; *Oloko v. Canada Employment and Immigration*, [1978] 2 F.C. 593, and *Widmont, supra*. On the other hand, the respondent relies on the consistent interpretation of *Ramawad* by the majority in the Federal Court of Appeal (see *Louhisdon, supra*; *Oloko, supra*; *Widmont, supra*; *Murray v. Minister of Employment and*

sonne qui en fait l'objet de poursuivre ses démarches en application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 (maintenant L.R.C. (1985), chap. H-6): *Lodge c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775. De même encore, l'arbitre n'est pas tenu d'ajourner une enquête pour permettre à la personne qui en fait l'objet de demander la citoyenneté canadienne en application de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-29): *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Hae Soo Han*, [1984] 1 C.F. 976. Dans *Han*, une ordonnance d'expulsion prononcée à la fin de l'enquête, avant le traitement de la demande de citoyenneté, aurait empêché le demandeur d'obtenir la citoyenneté canadienne (p. 981).

Logiquement, l'argument de l'appelante obligerait donc l'arbitre à ajourner l'enquête chaque fois que le résultat de celle-ci risquerait d'interdire à la personne qui en fait l'objet de poursuivre une autre voie de recours. Cela équivaudrait à voir dans la Loi une suspension automatique. En l'absence de langage législatif clair, il est injustifiable d'entraver le processus décisionnel prévu dans la *Loi sur l'immigration de 1976* en posant une règle aussi rigide pour la tenue d'une enquête.

L'argument de l'appelante doit donc être rejeté à moins, comme elle le prétend, qu'une telle conclusion ressorte de l'arrêt de cette Cour, *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, précité. Je vais maintenant examiner cet arrêt et des décisions dans lesquelles il a été appliqué. L'appelante s'appuie sur l'arrêt *Ramawad* en invoquant l'interprétation qu'en a retenue la Division de première instance de la Cour fédérale dans les décisions *Laneau c. Rivard*, [1978] 2 C.F. 319, et *Nesha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 42, et, par la minorité de la Cour d'appel fédérale, dans *Louhisdon c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 589, *Oloko c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 593, et *Widmont*, précitée. Par ailleurs, l'intimé s'appuie sur l'interprétation constante de l'arrêt *Ramawad* retenue par la majorité en Cour d'appel fédérale (voir *Louhisdon*, précité; *Oloko*, précité; *Widmont*, précité; *Murray c. Ministre de l'Emploi*

Immigration, [1979] 1 F.C. 518, and *Stalony v. Minister of Employment and Immigration* (1980), 36 N.R. 609). Determining which interpretation can be sustained requires a careful examination of what was actually decided in *Ramawad*.

Ramawad was decided under the former *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. The appellant entered Canada as a non-immigrant under s. 7(1)(*h*) of that Act. Upon his arrival he was granted an employment visa authorizing him to work for one year as a jeweller for Jolyn Jewellery Products. One of the conditions of the visa was that the appellant obtain further authorization from an immigration officer if he altered his conditions of employment. The appellant was subsequently dismissed by his employer, and took work with another jewellery company. The appellant failed to inform immigration officials of his change in employment; they did not become aware of the change until the appellant applied for an extension of his visa at the end of the one-year authorization. Upon being informed that his visa had expired when he breached its condition, the appellant applied for a new employment visa. The appellant was, at that point, deemed to be seeking entry into Canada. Section 3C(1) of the *Immigration Regulations, Part I*, SOR/73-20, stated:

> 3C. (1) Subject to section 3F,
>
> (*a*) no person may enter Canada as a non-immigrant for the purpose of engaging in employment, and
>
> (*b*) no person other than
>
> (i) a Canadian citizen,
>
> (ii) a permanent resident, or
>
> (iii) a person authorized to enter Canada under a written permit issued by the Minister pursuant to section 8 of the Act that expressly states that the holder thereof is authorized to engage in employment,
>
> shall engage in employment in Canada, unless he is in possession of a valid employment visa.

A Special Inquiry Officer held an inquiry under s. 23(2) of the *Immigration Act*. Section 3D(2) of the Regulations required that an issuing officer issue an employment visa on application unless "(*b*) the applicant has violated the conditions of any employment visa issued to him within the

et de l'Immigration, [1979] 1 C.F. 518, et *Stalony v. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1980), 36 N.R. 609). Il faut donc examiner soigneusement ce qui a vraiment été décidé dans l'arrêt *Ramawad* pour déterminer quelle interprétation retenir.

L'arrêt *Ramawad* a été rendu en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2. L'appelant était entré au Canada à titre de non-immigrant en vertu de l'al. 7(1)*h*) de cette Loi. À son arrivée, il avait obtenu un visa d'emploi l'autorisant à travailler pendant un an comme bijoutier pour Jolyn Jewellery Products. Une des conditions du visa était que l'appelant obtienne une nouvelle autorisation d'un agent d'immigration s'il modifiait ses conditions d'emploi. L'appelant a été congédié ultérieurement par son employeur et s'est trouvé du travail chez un autre bijoutier. L'appelant a omis d'aviser les fonctionnaires de l'immigration de son changement d'emploi; ils en ont été informés lorsque l'appelant a demandé la prorogation de son visa à l'expiration de l'autorisation d'un an. En apprenant que son visa avait expiré parce qu'il en avait violé les conditions, l'appelant a demandé un nouveau visa d'emploi. À cette étape, l'appelant était réputé demander l'entrée au Canada. Le paragraphe 3C(1) du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, DORS/73-20, prévoyait:

> 3C. (1) Sous réserve de l'article 3F,
>
> *a*) nul ne peut entrer au Canada en qualité de non-immigrant pour y exercer un emploi, et
>
> *b*) nul autre
>
> (i) qu'un citoyen canadien,
>
> (ii) un résident permanent, ou
>
> (iii) une personne autorisée à entrer au Canada en vertu d'un permis écrit délivré par le Ministre en application de l'article 8 de la Loi, et qui énonce expressément que le détenteur est autorisé à exercer un emploi,
>
> ne peut exercer un emploi au Canada sans posséder un visa d'emploi valide.

Un enquêteur spécial a tenu une enquête en application du par. 23(2) de la *Loi sur l'immigration*. Le paragraphe 3D(2) du Règlement exigeait que le fonctionnaire compétent délivre un visa d'emploi sur demande sauf «*b*) si le candidat a enfreint les conditions d'un visa d'emploi qui lui a

preceding two years". The Special Inquiry Officer determined that the appellant had violated his previous visa by changing employers without authorization, thus he could not be issued an employment visa and could not stay in Canada. The appellant was ordered to be detained and deported.

Just prior to the conclusion of the inquiry, counsel for the appellant sought to invoke the benefit of s. 3G(*d*) of the Regulations. Section 3G read:

> 3G. Notwithstanding subparagraph 3D(2)(*a*)(i) and paragraph 3D(2)(*b*), an employment visa may be issued
>
> . . .
>
> (*d*) to a person in respect of whom subparagraph 3D(2)(*a*)(i) and paragraph 3D(2)(*b*) should not, in the opinion of the Minister, be applied because of the existence of special circumstances.

The Special Inquiry Officer responded at p. 380:

> With full respect to counsel, I have carefully considered all the evidence adduced at this inquiry and, in my opinion, there are no special circumstances in existence at the present time in order to apply paragraph 3G(*d*) of the Immigration Regulations as requested by counsel.

This Court allowed an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application to set aside the deportation order. This Court based its decision on the appellant's first ground of appeal: namely, that the Special Inquiry Officer acted without authority when, in the purported exercise of the Minister's authority, the Special Inquiry Officer decided that the "special circumstances" envisaged in s. 3G(*d*) did not exist. Pratte J., speaking for the Court, held that the authority of the Minister to consider "special circumstances" under s. 3G(*d*) had not been implicitly delegated to the Special Inquiry Officer. Usurpation of this authority by the Special Inquiry Officer rendered his decision invalid (p. 382).

The main issue having been decided, Pratte J. then went on to hold that the invalid decision made by the Special Inquiry Officer vitiated the deportation order issued by him. The right of the appellant applying for an employment visa to have the Minister consider "special circumstances" under

été délivré au cours des deux années précédentes». L'enquêteur spécial a conclu que l'appelant avait violé son visa précédent en changeant d'employeur sans autorisation et qu'il ne pouvait donc plus obtenir de visa d'emploi ni rester au Canada. L'enquêteur a ordonné la détention et l'expulsion de l'appelant.

Juste avant la fin de l'enquête, l'avocat de l'appelant a tenté d'invoquer l'al. 3G*d*) du Règlement:

> 3G. Nonobstant les dispositions du sous-alinéa 3D(2)*a*)(i) et de l'alinéa 3D(2)*b*), un visa d'emploi peut être délivré
>
> . . .
>
> *d*) à une personne à l'égard de laquelle les dispositions du sous-alinéa 3D(2)*a*)(i) et de l'alinéa 3D(2)*b*) ne devraient pas s'appliquer, de l'avis du Ministre, en raison de circonstances particulières.

L'enquêteur spécial a répondu (à la p. 380):

> [TRADUCTION] Avec égards envers l'avocat, j'ai examiné attentivement la preuve soumise à l'enquête et il n'y a, à mon avis, aucune circonstance particulière en l'espèce qui justifierait l'application de l'al. 3G*d*) du Règlement sur l'immigration comme le demande l'avocat.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre le jugement de la Cour d'appel fédérale qui rejetait la demande d'annulation de l'ordonnance d'expulsion. Cette Cour a fondé sa décision sur le premier moyen d'appel de l'appelant qui consistait à dire que l'enquêteur spécial avait excédé ses pouvoirs en prétendant exercer le pouvoir du ministre lorsqu'il a décidé que les «circonstances particulières» envisagées à l'al. 3G*d*) n'existaient pas. Le juge Pratte, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu que le pouvoir du ministre de prendre en considération les «circonstances particulières» en vertu de l'al. 3G*d*) n'avait pas été délégué implicitement à l'enquêteur spécial. La décision de l'enquêteur spécial était invalide parce qu'il avait usurpé ce pouvoir (p. 382).

La principale question ayant été tranchée, le juge Pratte a ensuite conclu que l'invalidité de la décision de l'enquêteur spécial avait vicié l'ordonnance d'expulsion qu'il avait prononcée. En exerçant abusivement le pouvoir du ministre, l'enquêteur spécial avait supprimé le droit de l'appelant,

s. 3G(*d*) of the Regulations was nullified by the Special Inquiry Officer's improper exercise of the Minister's authority. Pratte J. concluded his discussion of the merits with a broadly-worded final paragraph at p. 384:

> In my view, the making of an application seeking the opinion of the Minister pursuant to para. 3G(*d*) has the effect of suspending the authority of the Special Inquiry Officer to issue a deportation order, and the only possible course of action for the Special Inquiry Officer under such circumstances is to adjourn making his decision until such time as the Minister has disposed of the application.

Ramawad involved provisions of the Act and Regulations specific to an application for an employment visa. The determination of that issue depended on whether there was a violation of a condition of a prior employment visa and whether the violation would be waived by the Minister by reason of special circumstances. This issue could not be finally determined without obtaining the decision of the Minister. Obviously the appellant was entitled to the Minister's decision before this issue was resolved against him. The Special Inquiry Officer failed to consider whether the adjournment was necessary for a full and proper inquiry; he simply decided that there were no special circumstances. In doing so, he usurped the Minister's authority. In these circumstances the determination of the applicant's right to an employment visa gave him the right to have the Minister's decision because that issue was to be determined in part by the Minister. I therefore agree with Pratte J. in *Louhisdon*, *supra*, at p. 591, that

> [a]ll that was decided in that case [*Ramawad*], in my opinion, is that a person who is seeking an employment visa under sections 3B *et seq* of the *Immigration Regulations*, *Part I*, and who requests that his case be submitted to the Minister so that the latter may exercise the power conferred on him by section 3G(*d*) of the Regulations, may not be deported on the ground that he has no employment visa until the matter has been put before the Minister.

In the present case the application to the Minister under s. 37(1) is not an integral part of the proceedings before the adjudicator under s. 27(3)

demandeur d'un visa d'emploi, à ce que le ministre considère les «circonstances particulières» en application de l'al. 3G*d*) du Règlement. Le juge Pratte a conclu son examen au fond par un dernier paragraphe formulé en termes larges (à la p. 384):

> À mon avis, dès que l'on demande au Ministre son avis conformément à l'al. 3G*d*), tout pouvoir de l'enquêteur spécial de rendre une ordonnance d'expulsion est alors suspendu et la seule chose que ce dernier peut faire dans ces circonstances est d'ajourner sa décision jusqu'à ce que le Ministre ait tranché la question.

L'arrêt *Ramawad* portait sur des dispositions de la Loi et du Règlement qui visaient spécifiquement les demandes de visa d'emploi. La résolution de ce litige dépendait de l'existence d'une violation d'une condition d'un visa d'emploi antérieur et de la question de savoir si le ministre pouvait passer outre à cette violation en raison de circonstances particulières. On ne pouvait répondre à cette question de façon définitive sans obtenir la décision du ministre. L'appelant avait évidemment le droit d'obtenir la décision du ministre avant que cette question soit tranchée à son encontre. L'enquêteur spécial a omis de se demander si l'ajournement était nécessaire à la tenue régulière d'une enquête approfondie; il a simplement décidé qu'il n'existait aucune circonstance particulière. Ce faisant, il a usurpé le pouvoir du ministre. Dans ces circonstances, la décision relative au droit du requérant d'obtenir un visa d'emploi conférait à ce dernier le droit d'obtenir la décision du ministre parce que cette question devait être résolue en partie par le ministre. Je partage donc l'avis du juge Pratte dans *Louhisdon*, précité, à la p. 591, selon lequel

> [t]out ce qu'on a décidé dans cette affaire [*Ramawad*], selon moi, c'est que celui qui sollicite un visa d'emploi en vertu des articles 3B et suivants du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, et qui demande que son cas soit soumis au Ministre pour qu'il exerce le pouvoir que lui confère l'article 3G*d*) du Règlement ne peut, aussi longtemps que le Ministre n'a pas été saisi de l'affaire, être expulsé en raison du fait qu'il n'a pas de visa d'emploi.

En l'espèce, la demande présentée au ministre en vertu du par. 37(1) ne fait pas partie intégrante de la procédure devant l'arbitre selon le par. 27(3)

but a remedy that is clearly separate from that proceeding. The mere fact that there is an alternative remedy open to the appellant does not convert it into an automatic concomitant right to have other proceedings adjourned to accommodate the application. Nothing in s. 37 suggests that an application under that section is to be treated any differently than an application for other remedies which, as I have discussed, have not been accorded the recognition of an automatic stay.

As I have decided that *Ramawad*, *supra*, must be read in the context of its facts and the particular employment visa provisions at issue, I need not discuss at length the decisions which have interpreted that decision. I will, however, make a few comments on those decisions which have interpreted *Ramawad*, *supra*, as authority for the broad proposition which the appellant puts forth.

In *Laneau v. Rivard*, *supra*, Decary J. of the Federal Court Trial Division, was the first to use the decision in *Ramawad*, *supra*, to require that an adjournment be granted in order that the subject of the inquiry might pursue her application for a Minister's permit. In *Laneau*, the applicant met all the requirements of the former *Immigration Act* until she was forced to stop work as a domestic due to complications in her pregnancy. The applicant's fiancé, a Canadian citizen, did not show up for their wedding. The applicant feared that a deportation order might make it impossible for her to pursue a paternity suit against her former fiancé. Thus, the applicant applied to the Minister for a permit over five months prior to the commencement of the inquiry. The timeliness of the application by the applicant was clearly of importance to Decary J. (at p. 320):

> It is important to note that this application was made before the immigration authorities summoned or even communicated with applicant;

The merits of the applicant's case heavily influenced a number of the decisions in which *Ramawad*, *supra*, was interpreted broadly. In

mais constitue une voie de recours tout à fait distincte de cette procédure. Le simple fait que l'appelante dispose d'un autre recours ne transforme pas ce dernier en un droit automatique concomitant à l'ajournement des autres procédures afin de faciliter la demande. Rien dans l'art. 37 ne suggère qu'une demande présentée en vertu de cet article devrait être traitée différemment d'une demande présentée dans le cadre d'autres recours qui, selon mon analyse, ne donnent pas lieu à une suspension automatique.

Puisque j'ai conclu que l'arrêt *Ramawad*, précité, doit être interprété dans le contexte des faits de cette affaire et des dispositions particulières relatives au visa d'emploi en cause, je n'ai pas à examiner en détail les décisions qui l'ont interprété. Je vais cependant faire quelques remarques sur les décisions qui ont interprété l'arrêt *Ramawad*, précité, comme précédent à l'appui de l'argumentation générale présentée par l'appelante.

Dans *Laneau c. Rivard*, précité, le juge Decary de la Division de première instance de la Cour fédérale a été le premier à utiliser l'arrêt *Ramawad*, précité, pour exiger qu'un ajournement soit accordé afin que la personne qui faisait l'objet de l'enquête puisse poursuivre ses démarches en vue d'obtenir un permis du ministre. Dans l'affaire *Laneau*, la requérante remplissant toutes les conditions exigées par l'ancienne *Loi sur l'immigration* avant d'être obligée d'arrêter de travailler comme aide ménagère en raison de complications de sa grossesse. Son fiancé, un citoyen canadien, ne s'est pas présenté à leur mariage. La requérante craignait qu'une ordonnance d'expulsion l'empêche de poursuivre son action en déclaration de paternité intentée contre son ancien fiancé. Elle a donc fait au ministre une demande de permis plus de cinq mois avant le début de l'enquête. Pour le juge Decary, il est clair que le moment choisi par la requérante pour présenter sa demande était important (à la p. 320):

> ... cette demande, il est important de le souligner, fut faite avant même que les autorités de l'immigration n'aient convoqué, ou communiqué avec la requérante;

Le bien-fondé de la cause du requérant a lourdement influencé un certain nombre de décisions dans lesquelles l'arrêt *Ramawad*, précité, a reçu

Nesha v. Minister of Employment and Immigration, *supra*, the applicant had worked steadily as a housekeeper for the five years since her illegal entry into Canada. She wrote a letter to the Minister requesting special consideration immediately upon her arrest under the *Immigration Act, 1976*. In that letter, the applicant outlined the threats made against her by her common-law husband in Guyana and her belief that she would be killed by him upon her return to that country. In finding that the adjudicator was required to adjourn the inquiry, Smith D.J. commented at p. 51:

> It does not seem just, in any event, that genuine cases, in which the known facts indicate there is sufficient merit to warrant a reasonable hope of success, should be frustrated in advance by the issuing of a deportation order. It is difficult for me to think that Parliament intended such an outcome.
>
> It is not my function to pass an opinion on the present applicant's case. I will only say that if the allegations in her letter to the Minister of July 29, 1980, should be shown to be correct, it is not impossible to think her application might succeed.

This passage was cited by MacGuigan J., in dissent in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, *supra*, and followed by this comment at p. 298:

> The merits of the application of the respondent here for a Minister's permit seem equally apparent.

In *Widmont*, the respondent entered Canada legally from Poland and was unaware of the expiry date on her visitor's visa due to her inability to speak either French or English. The respondent herself approached immigration authorities to clarify her status due to her upcoming marriage to a Canadian citizen. Whatever the comparative circumstances of the present appellant may be, I do not believe that sympathy for the circumstances in which the subject of the inquiry finds himself or herself, is sufficient to transform an adjudicator's discretion to adjourn into a duty to adjourn. No doubt such circumstances are relevant to the exercise of the adjudicator's discretion and they will,

une interprétation large. Dans *Nesha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, la requérante avait travaillé sans interruption comme ménagère pendant cinq ans après son entrée illégale au Canada. Elle avait écrit au ministre en invoquant les circonstances particulières dès qu'elle avait été arrêtée en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Dans sa lettre, la requérante soulignait que son conjoint de fait en Guyane lui avait fait des menaces et qu'elle croyait qu'il la tuerait lorsqu'elle retournerait dans son pays. En décidant que l'arbitre était tenu d'ajourner l'enquête, le juge suppléant Smith a fait remarquer, à la p. 51:

> En tout cas, il ne semble pas juste que des cas sérieux, dont les faits connus révèlent qu'ils ont une chance raisonnable de succès, se voient fermer à l'avance un recours par la délivrance d'une ordonnance d'expulsion. Je ne saurais admettre que le Parlement a voulu un tel résultat.
>
> Il ne m'appartient pas d'exprimer d'opinion sur le cas de la présente requérante. Je dirai seulement que si les allégations contenues dans la lettre qu'elle a adressée au Ministre le 29 juillet 1980 s'avèrent exactes, il est permis de penser que sa demande sera accueillie.

Le juge MacGuigan, dissident dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, précité, a cité cet extrait et l'a fait suivre de cette remarque, à la p. 298:

> Le bien-fondé de la demande d'un permis du Ministre faite par l'intimée en l'espèce semble tout aussi évident.

Dans l'affaire *Widmont*, l'intimée, qui venait de Pologne, était entrée au Canada légalement et ne connaissait pas la date d'expiration de son visa parce qu'elle ne parlait ni l'anglais ni le français. L'intimée elle-même avait contacté les fonctionnaires de l'immigration pour clarifier son statut compte tenu de son mariage prochain avec un citoyen canadien. Quels que soient les points de comparaison avec la présente espèce, je ne crois pas que la sympathie que l'on éprouve en raison des circonstances auxquelles fait face la personne qui fait l'objet de l'enquête suffise à transformer le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre d'ajourner l'enquête en une obligation. Nul doute que de telles circonstances sont pertinentes quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre et aboutiront, lorsque ce sera justifié, à un ajournement. Toute-

where warranted, result in an adjournment. They are not, however, *per se*, a proper basis for appellate review of the adjudicator's discretion.

I conclude that an adjudicator acting pursuant to s. 27(3) of the Act is neither bound to accede to a request for an adjournment to enable an application under s. 37 to be brought, nor is he or she required to refuse it. Rather the adjudicator has a discretion. In some circumstances, an adjournment may well be granted to enable such an application; in other circumstances, it may properly be refused. While the adjudicator must be cognizant that a "full and proper inquiry" be held, the adjudicator must also ensure that the statutory duty to hold an inquiry is fulfilled. As Wydrzynski, op. cit., notes at p. 266:

> Above all, there is a need to proceed expeditiously, and adjournments should not be viewed as a method to interminably delay the inquiry.

The adjudicator might consider such factors as the number of adjournments already granted and the length of time for which an adjournment is sought in exercising his or her discretion to adjourn. Where an adjournment is requested in order that an application under s. 37 might be pursued, the adjudicator might also consider the opportunity available to the subject of the inquiry to apply to the Minister prior to the request for an adjournment. In the present appeal, the appellant could have applied at any time between the date of her removal from Canada on June 6, 1984, and the recommencement of the inquiry on November 21, 1984; she did not send a letter to the Minister's office until November 16, 1984.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The facts, set out in my colleague Justice Sopinka's opinion, are not in issue here. It is not for us to decide whether appellant should be given immigrant status in this country. A single question of law is raised in this appeal: did the adjudicator err in

Je conclus qu'un arbitre qui agit en application du par. 27(3) de la Loi n'est obligé ni d'accorder ni de rejeter une demande d'ajournement pour permettre qu'une demande soit présentée en application de l'art. 37. L'arbitre dispose plutôt d'un pouvoir discrétionnaire. Dans certains cas, il est fort possible qu'un ajournement soit accordé pour permettre la présentation d'une telle demande; dans d'autres cas, il peut être refusé à bon droit. Si l'arbitre doit être bien conscient que la Loi exige la tenue d'une «enquête approfondie», il doit également voir à ce que soit observée l'obligation prévue par la Loi de tenir une enquête. Comme le souligne Wydrzynski, *op. cit.*, à la p. 266:

> [TRADUCTION] Avant tout, il est nécessaire de procéder de façon expéditive, et il ne faudrait pas considérer les ajournements comme un moyen de retarder indéfiniment l'enquête.

L'arbitre peut considérer des facteurs comme le nombre d'ajournements déjà accordés et la durée de l'ajournement demandé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'enquête. Lorsqu'un ajournement est demandé en raison d'une demande fondée sur l'art. 37, l'arbitre pourrait également tenir compte de la possibilité qu'avait la personne qui fait l'objet de l'enquête de s'adresser au ministre avant la présentation d'une demande d'ajournement. En l'espèce, l'appelante aurait pu s'adresser au ministre à n'importe quel moment entre la date de son renvoi du Canada, le 6 juin 1984, et la date de la reprise de l'enquête, le 21 novembre 1984; elle n'a pas envoyé de lettre au bureau du ministre avant le 16 novembre 1984.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Les faits, exposés dans l'opinion de mon collègue, le juge Sopinka, ne sont pas ici en litige. Il ne nous appartient pas de décider si l'appelante devrait obtenir le statut d'immigrante au Canada. Une seule question de droit se pose dans ce pourvoi:

refusing to adjourn the immigration inquiry pending a decision on the application made by the appellant prior to the inquiry pursuant to ss. 37(1) and 115(2) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52?

These sections confer onto the Minister and Governor in Council special powers to grant, in certain cases, the right to remain in Canada. The relief under s. 37 takes the form of a ministerial permit. That provision reads in relevant part as follows:

37. (1) The Minister may issue a written permit authorizing any person to come into or remain in Canada if that person is

(*a*) in the case of a person seeking to come into Canada, a member of an inadmissible class, or

(*b*) in the case of a person in Canada, a person with respect to whom a report has been or may be made under subsection 27(2).

(2) Notwithstanding subsection (1), a permit may not be issued to

(*a*) a person against whom a removal order has been made who has not been removed from Canada pursuant to such an order or has not otherwise left Canada, unless an appeal from that order has been allowed;

(*b*) a person to whom a departure notice has been issued who has not left Canada; or

(*c*) a person in Canada with respect to whom an appeal made pursuant to section 79 has been dismissed.

Exemptions may be granted as well by the Governor in Council acting pursuant to s. 115(2) of the *Immigration Act, 1976*, which provides:

115. ...

(2) The Governor in Council may by regulation exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Governor in Council is satisfied that the person should be exempted from such regulation or his admission should be facilitated for reasons of public policy or due to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

The granting of adjournments by the adjudicator is provided for by s. 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172:

l'arbitre a-t-il commis une erreur en refusant d'ajourner l'enquête d'immigration en attendant la décision sur la requête préalable de l'appelante faite en vertu des par. 37(1) et 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52?

Ces dispositions donnent au ministre et au gouverneur en conseil des pouvoirs spéciaux d'accorder dans certains cas le droit de demeurer au Canada. Le redressement prévu à l'art. 37 prend la forme d'un permis du ministre, tel qu'il appert des extraits pertinents de cet article:

37. (1) Le Ministre peut délivrer un permis écrit autorisant une personne à entrer au Canada ou à y demeurer. Peuvent se voir octroyer un tel permis

a) les personnes faisant partie d'une catégorie non admissible, désireuses d'entrer au Canada, ou

b) les personnes se trouvant au Canada, qui font l'objet ou sont susceptibles de faire l'objet du rapport prévu au paragraphe 27(2).

(2) Par dérogation au paragraphe (1), ne peuvent obtenir le permis

a) les personnes ayant fait l'objet d'une ordonnance de renvoi, qui se trouvent encore au Canada sauf si l'appel interjeté de cette ordonnance a été accueilli;

b) les interdits de séjour qui n'ont pas encore quitté le Canada; ou

c) les personnes se trouvant encore au Canada dont l'appel interjeté en vertu de l'article 79 a été rejeté.

Le gouverneur en conseil peut également accorder des dispenses en se fondant sur le par. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui dispose:

115. ...

(2) Lorsqu'il est convaincu qu'une personne devrait être dispensée de tout règlement établi en vertu du paragraphe (1) ou que son admission devrait être facilitée pour des motifs de politique générale ou des considérations d'ordre humanitaire, le gouverneur en conseil peut, par règlement, dispenser cette personne du règlement en question ou autrement faciliter son admission.

L'arbitre peut accorder des ajournements en vertu du par. 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172:

35. (1) The adjudicator presiding at an inquiry may adjourn the inquiry at any time for the purpose of ensuring a full and proper inquiry.

The starting point for the analysis of these statutory provisions is the judgment of this Court in *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375. The appellant in that case entered the country as a non-immigrant pursuant to s. 7(1)(*h*) of the old *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. Upon his arrival, he was given an employment visa which authorized him to work as a jeweller for Jolyn Jewellery Products. One of the conditions under which the visa was issued was a duty on the appellant to seek further authorization from immigration officials prior to changing his employment. Some time after he had started to work, the appellant was fired by his employer and subsequently found employment with another jewellery company. However, the immigration officers were not informed of this change in the conditions of employment until the appellant applied for an extension of his visa.

This oversight by the appellant caused an inquiry to be held by the Special Inquiry Officer under s. 23(2) of the *Immigration Act*. Under paragraph 3D(2)(*b*) of the old *Immigration Regulations, Part I*, the officer was under a duty to renew an employment visa, unless the applicant had "violated the conditions of any employment visa issued to him within the preceding two years." There was also a discretion conferred by para. 3G(*d*) of the *Immigration Regulations, Part I*, to issue an employment visa notwithstanding para. 3D(2)(*b*):

3G. Notwithstanding ... paragraph 3D(2)(*b*), an employment visa may be issued.

. . .

(*d*) a person in respect of whom ... paragraph 3D(2)(*b*) should not, in the opinion of the Minister, be applied because of the existence of special circumstances.

Near the conclusion of the inquiry, the appellant's counsel invoked the benefit of para. 3G(*d*). The Special Inquiry Officer answered that there were no special circumstances in existence at that time to apply para. 3G(*d*) as requested by counsel.

35. (1) L'arbitre qui préside l'enquête peut l'ajourner à tout moment afin de veiller à ce qu'elle soit complète et régulière.

Le point de départ de l'analyse de ces dispositions législatives est l'arrêt de cette Cour *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375. L'appelant dans cette affaire est entré au Canada à titre de non-immigrant en vertu de l'al. 7(1)*h*) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2. À son arrivée, il a obtenu un visa d'emploi l'autorisant à exercer la profession de bijoutier chez Jolyn Jewellery Products. Une des conditions de son visa était qu'il obtienne une nouvelle autorisation des fonctionnaires de l'immigration avant de changer d'emploi. Peu de temps après avoir commencé à travailler, l'appelant a été remercié de ses services par son employeur et s'est par la suite trouvé un emploi chez un autre bijoutier. Les fonctionnaires de l'immigration n'ont cependant été avisés de ce changement dans ses conditions d'emploi que lorsque l'appelant a demandé la prorogation de son visa.

Cet oubli de l'appelant est à l'origine de la tenue d'une enquête par l'enquêteur spécial en vertu du par. 23(2) de la *Loi sur l'immigration*. En vertu de l'al. 3D(2)*b*) de l'ancien *Règlement sur l'immigration, Partie I*, le fonctionnaire était tenu de renouveler un visa d'emploi sauf si le candidat avait «enfreint les conditions d'un visa d'emploi qui lui a été délivré au cours des deux années précédentes». L'alinéa 3G*d*) du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, conférait également un pouvoir discrétionnaire de délivrer un visa d'emploi nonobstant l'al. 3D(2)*b*):

3G. Nonobstant [...] l'alinéa 3D(2)*b*), un visa d'emploi peut être délivré

. . .

d) à une personne à l'égard de laquelle les dispositions [...] de l'alinéa 3D(2)*b*) ne devraient pas s'appliquer, de l'avis du Ministre, en raison de circonstances particulières.

Vers la fin de l'enquête, l'avocat de l'appelant a invoqué l'al. 3G*d*). L'enquêteur spécial a répondu qu'il n'existait alors aucune circonstance particulière qui permettait d'appliquer l'al. 3G*d*) comme

The officer then ordered the appellant to be detained and deported.

This Court allowed an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application under s. 28 of the *Federal Court Act* to set aside the deportation order. Delivering the reasons for the unanimous Court, Pratte J. held that, as a matter of statutory interpretation, the power to grant relief under para. 3G(*d*) had not been implicitly delegated by the Minister to the Special Inquiry Officer. Accordingly, the officer's determination that there were no special circumstances to grant the relief was "invalid" (p. 382).

It was further held that the invalidity of the officer's decision vitiated the deportation order. Pratte J. said that para. 3G(*d*) conferred a "substantive right" onto the appellant which the Special Inquiry Officer had no power to abrogate. Under section 8 of the old *Immigration Act*, the Minister had no power to issue a permit once a deportation order had been issued. Accordingly, when he dismissed the request for an adjournment and issued a deportation order, the officer "effectively denied the appellant his right to have the Minister decide whether the special circumstances envisaged in para. 3G(*d*) existed" (p. 383). (Emphasis added.) Pratte J. concluded (at p. 384):

> In my view, the making of an application seeking the opinion of the Minister pursuant to para. 3G(*d*) has the effect of suspending the authority of the Special Inquiry Officer to issue deportation order, and the only possible course of action for the Special Inquiry Officer under such circumstances is to adjourn making his decision until such time as the Minister has disposed of the application. [Emphasis added.]

There is no indication in *Ramawad* purporting to restrict the application of the judgment to the facts of the case nor to the specific provisions of the old *Immigration Regulations, Part I*. To the contrary, the reasoning in *Ramawad* was based on a broad appreciation of the statutory scheme and a purposive interpretation of the ministerial powers of relief. Such considerations appeared to some to be likely to help the disposition of other cases;

le demandait l'avocat. L'enquêteur a alors ordonné la détention et l'expulsion de l'appelant.

Cette Cour a accueilli le pourvoi contre le jugement de la Cour d'appel fédérale qui avait rejeté, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d'annulation de l'ordonnance d'expulsion. Rédigeant les motifs unanimes de la Cour, le juge Pratte a conclu que, pour ce qui était de l'interprétation législative, le ministre n'avait pas implicitement délégué à l'enquêteur spécial le pouvoir d'accorder le redressement visé à l'al. 3G*d*). Par conséquent, la décision de l'enquêteur selon laquelle il n'existait aucune circonstance particulière lui permettant d'accorder le redressement était «invalide» (p. 382).

La Cour a également jugé que l'invalidité de la décision de l'enquêteur viciait l'ordonnance d'expulsion. Le juge Pratte a estimé que l'al. 3G*d*) conférait à l'appelant un «droit» que l'enquêteur spécial n'avait aucun pouvoir d'abroger. En vertu de l'art. 8 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le ministre n'avait aucun pouvoir de délivrer un permis une fois prononcée l'ordonnance d'expulsion. Par conséquent, lorsqu'il a rejeté la demande d'ajournement et rendu une ordonnance d'expulsion, l'enquêteur «a en réalité privé l'appelant de son droit de faire trancher par le Ministre la question de l'existence de circonstances particulières au sens de l'al. 3G*d*)» (p. 383). (Je souligne.) Le juge Pratte a conclu (à la p. 384):

> À mon avis, dès que l'on demande au Ministre son avis conformément à l'al. 3G*d*), tout pouvoir de l'enquêteur spécial de rendre une ordonnance d'expulsion est alors suspendu et la seule chose que ce dernier peut faire dans ces circonstances est d'ajourner sa décision jusqu'à ce que le Ministre ait tranché la question. [Je souligne.]

Rien dans l'arrêt *Ramawad* n'indique qu'on entendait restreindre son application aux faits de l'espèce ou à des dispositions précises de l'ancien *Règlement sur l'immigration, Partie I*. Au contraire, le raisonnement de *Ramawad* est fondé sur une appréciation globale de l'économie de la loi et sur une interprétation des pouvoirs du ministre d'accorder un redressement qui tient compte du but de la loi. Certains ont vu là la possibilité que

indeed, one author commented: "The application of the *Ramawad* decision to the right to apply for a Minister's permit would seem to be obvious" (Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), at p. 352). In *Laneau v. Rivard*, [1978] 2 F.C. 319, the Trial Division of the Federal Court applied the *Ramawad* reasoning to prevent the Special Inquiry Officer from proceeding with an inquiry held under the auspices of the old *Immigration Act*, on the ground that an application for a Minister's permit had been made before the inquiry was ever begun. As well, *Ramawad* was applied by the Trial Division of the Federal Court to an inquiry brought about in application of the new *Immigration Act, 1976*. In *Nesha v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 42, an order was issued to stop a special inquiry initiated by a report made pursuant to s. 27(2) of the *Immigration Act, 1976*, pending the Minister's consideration of an application for a permit pursuant to s. 37 of the Act which had also been made before the inquiry began.

ces considérations puissent s'appliquer à d'autres cas; en fait, un auteur a fait ce commentaire: [TRADUCTION] «L'application de l'arrêt *Ramawad* au droit de demander un permis du ministre semblerait évidente» (Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), à la p. 352). Dans *Laneau c. Rivard*, [1978] 2 C.F. 319, la Division de première instance de la Cour fédérale a appliqué le raisonnement de l'arrêt *Ramawad* pour empêcher l'enquêteur spécial de procéder à une enquête en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, parce que la demande de permis du ministre avait été présentée avant le début de l'enquête. De même, la Division de première instance de la Cour fédérale a appliqué l'arrêt *Ramawad* à une enquête instituée en application de la nouvelle *Loi sur l'immigration de 1976*. Dans la décision *Nesha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 42, la Division de première instance a rendu une ordonnance interdisant la poursuite d'une enquête spéciale commencée par un rapport fait en vertu du par. 27(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, jusqu'à ce que soit rendue la décision du ministre sur une demande de permis en vertu de l'art. 37 de la Loi, présentée également avant le début de l'enquête.

To others, however, the reasoning in *Ramawad* could not be applied beyond the facts or statutory background of that case. In *Louhisdon v. Employment and Immigration Canada*, [1978] 2 F.C. 589, a majority of the Federal Court of Appeal (Pratte and Ryan JJ.) decided that a Special Inquiry Officer acting pursuant to the old *Immigration Act* had not erred in refusing to grant a request to adjourn the making of the deportation order and to refer the matter to the Minister for a decision as to whether a special permit should be issued under s. 8 of the Act. Writing for the majority, Pratte J. found that "[s]ection 8 of the *Immigration Act* simply gives the Minister the power to grant a permit; it does not create any right in favour of those who might benefit from the exercise of this power" (p. 591). Accordingly, Pratte J. held that the appellant in that case could not complain that the making of the deportation order deprived him of the "option of obtaining a permit".

Pour d'autres cependant, le raisonnement de l'arrêt *Ramawad* ne saurait s'appliquer qu'aux faits de cette affaire ou aux dispositions législatives spécifiques en cause. Dans l'arrêt *Louhisdon c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 589, la Cour d'appel fédérale à la majorité (les juges Pratte et Ryan) a décidé qu'un enquêteur spécial agissant en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration* n'avait pas commis d'erreur en refusant d'accorder l'ajournement du prononcé de l'ordonnance d'expulsion et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il décide s'il y avait lieu de délivrer un permis spécial en vertu de l'art. 8 de la Loi. Le juge Pratte, au nom de la majorité, a conclu que «[l]'article 8 de la *Loi sur l'immigration* n'accorde au Ministre que le pouvoir de décerner un permis; il ne crée aucun droit en faveur de ceux qui pourraient bénéficier de l'exercice de ce pouvoir» (p. 591). Par conséquent, le juge Pratte a conclu que l'appelant ne pouvait se plaindre que le prononcé de l'ordonnance d'expulsion le privait de «la possibilité que le Ministre lui délivre un permis».

With respect to the decision of this Court in *Ramawad*, Pratte J. concluded as follows:

In my view, the decision of the Supreme Court in *Ramawad* cannot help applicant. All that was decided in that case, in my opinion, is that a person who is seeking an employment visa under sections 3B *et seq* of the *Immigration Regulations, Part I*, and who requests that his case be submitted to the Minister so that the latter may exercise the power conferred on him by section 3G(*d*) of the Regulations, may not be deported on the ground that he had no employment visa until the matter has been put before the Minister.

Ryan J. concurred in the reasons expressed by Pratte J. Le Dain J. (as he then was) dissented for the reasons given in the companion case of *Oloko v. Canada Employment and Immigration*, [1978] 2 F.C. 593.

In *Oloko*, the Special Inquiry Officer had originally granted an adjournment to allow the applicant to seek a Minister's permit under the authority of s. 8 of the *Immigration Act*. The permit was refused. When the inquiry resumed, the applicant's wife had just given birth to a premature baby and the applicant once again requested an adjournment in order that these new circumstances be considered by the Minister. The request was denied on the ground that the circumstances which might justify consideration on a humanitarian basis had already been fully considered, and a deportation order was made.

A majority of the Federal Court of Appeal (Pratte and Ryan JJ.) dismissed the subsequent application to quash the deportation order. Delivering the reasons of the majority, Pratte J. simply referred to his reasons in *Louhisdon*.

Le Dain J. wrote a forceful dissent. Contrary to the majority, he was of the view that the reasoning in *Ramawad* applied. He said that there was as much of a "substantive right" to obtain a decision under s. 8 of the *Immigration Act* as there was under para. 3G(*d*) of the old *Immigration Regulations, Part I*. Further, as in *Ramawad*, Le Dain J. expressed the view that it was not open for an immigration official not vested with the Minister's authority to prevent an applicant from having his case considered for a permit. In the circumstances

Pour ce qui est de l'arrêt *Ramawad* de cette Cour, le juge Pratte conclut:

À mon avis, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ramawad* ne peut aider le requérant. Tout ce qu'on a décidé dans cette affaire, selon moi, c'est que celui qui sollicite un visa d'emploi en vertu des articles 3B et suivants du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, et qui demande que son cas soit soumis au Ministre pour qu'il exerce le pouvoir que lui confère l'article 3G*d*) du Règlement ne peut, aussi longtemps que le Ministre n'a pas été saisi de l'affaire, être expulsé en raison du fait qu'il n'a pas de visa d'emploi.

Le juge Ryan a souscrit aux motifs du juge Pratte. Le juge Le Dain (plus tard juge de cette Cour) était dissident pour les motifs donnés dans une affaire connexe, *Oloko c. Emploi et Immigration Canada*, [1978] 2 C.F. 593.

Dans l'affaire *Oloko*, l'enquêteur spécial a d'abord accordé un ajournement pour permettre au requérant de demander un permis du ministre en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'immigration*. Le permis a été refusé. À la reprise de l'enquête, l'épouse du requérant venait de donner naissance à un enfant prématuré et le requérant a encore une fois demandé un ajournement pour que le ministre tienne compte de leur nouvelle situation. La demande a été refusée pour le motif que les circonstances qui pouvaient justifier un examen pour des motifs humanitaires avaient déjà été examinées, et une ordonnance d'expulsion a été rendue.

La Cour d'appel fédérale à la majorité (les juges Pratte et Ryan) a rejeté la demande subséquente d'annulation de cette ordonnance d'expulsion. Le juge Pratte, qui a rédigé les motifs de la majorité, a simplement renvoyé à ses motifs dans l'arrêt *Louhisdon*.

Le juge Le Dain a rédigé une forte dissidence. Contrairement à la majorité, il a estimé que le raisonnement de l'arrêt *Ramawad* s'appliquait. Selon lui, il existait tout autant «un droit» d'obtenir une décision en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'immigration* qu'en vertu de l'al. 3G*d*) de l'ancien *Règlement sur l'immigration, Partie I*. En outre, comme dans l'arrêt *Ramawad*, le juge Le Dain a exprimé l'opinion qu'il n'était pas loisible à un fonctionnaire de l'immigration non autorisé à exercer le pouvoir du ministre d'empêcher l'examen de

before him, Le Dain J. found that in dismissing the request for an adjournment on the ground that all the facts had already been fully considered in the first application, the Special Inquiry Officer usurped the discretion of the Minister to grant a permit. Le Dain J. added (at pp. 601-2):

> In my respectful opinion it is a clear implication of the *Ramawad* decision that when an application is made in the course of an inquiry for the consideration of a case on a humanitarian basis, in other words, for a Minister's permit, and there has not been a previous refusal to grant such a permit, based on the circumstances existing at the time the application is made, the authority of the Special Inquiry Officer to proceed with the inquiry is suspended until the application has been dealt with.

The majority decisions in *Louhisdon* and *Oloko* were approved by the Federal Court of Appeal in *Murray v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 518 (leave to appeal to this Court refused, January 24, 1979, [1979] 1 S.C.R. x), although in that case, no formal application had been made for a ministerial permit prior to the inquiry.

The *Louhisdon*, *Oloko* and *Murray* decisions were reconsidered by the Federal Court of Appeal in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274. In *Widmont*, the applicant sought an order prohibiting the adjudicator presiding an immigration inquiry from rendering a decision before the disposition of an application for a ministerial permit made in the course of the inquiry. A majority of the Federal Court of Appeal (Urie and Mahoney JJ.) allowed the appeal from the decision of the Trial Division which had granted the order sought. Nevertheless, the Court of Appeal stayed execution of the judgment until the expiration of the time fixed to apply for leave to appeal to this Court, which was never done by the applicant.

In his reasons, Mahoney J. remarked that the *Immigration Act, 1976*, makes "no express provision for the adjournment of an inquiry to allow the

la demande de permis d'un requérant. Considérant les circonstances dont il était saisi, le juge Le Dain a conclu qu'en rejetant la demande d'ajournement pour le motif que tous les faits avaient déjà été pleinement pris en considération dans la première demande, l'enquêteur spécial avait usurpé le pouvoir discrétionnaire du ministre d'accorder un permis. Le juge Le Dain ajoute (aux pp. 601 et 602):

> À mon humble avis, la décision dans l'affaire *Ramawad* implique clairement que lorsqu'une demande est faite, au cours d'une enquête, pour qu'un cas examiné sur un aspect humanitaire, en d'autres termes, pour obtenir un permis du Ministre, et que ce permis n'a pas été refusé auparavant, d'après les circonstances qui existaient au moment où la demande a été faite, le pouvoir de l'enquêteur spécial de procéder à l'enquête est suspendu jusqu'à ce que la demande ait été étudiée.

Les arrêts *Louhisdon* et *Oloko* rendus à la majorité ont été approuvés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Murray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 518 (autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, le 24 janvier 1979, [1979] 1 R.C.S. x) mais, dans cette dernière affaire, aucune demande formelle de permis du ministre n'avait été présentée avant l'enquête.

Dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274, la Cour d'appel fédérale a réexaminé les arrêts *Louhisdon*, *Oloko* et *Murray*. Dans l'affaire *Widmont*, la requérante a requis une ordonnance interdisant à l'arbitre qui présidait une enquête d'immigration de rendre une décision avant que le ministre ait fait connaître sa décision sur une demande de permis présentée au cours de l'enquête. La Cour d'appel fédérale à la majorité (les juges Urie et Mahoney) a accueilli l'appel de la décision de la Division de première instance qui avait accordé l'ordonnance demandée. La Cour d'appel a décidé néanmoins de surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à l'expiration du délai fixé pour demander une autorisation de pourvoi en cette Cour, ce que la requérante n'a jamais fait.

Dans ses motifs, le juge Mahoney a noté que la *Loi sur l'immigration de 1976* ne contenait «aucune disposition explicite sur l'ajournement des

Minister to deal with a request for a permit under subsection 37(1)" (p. 285). By contrast, he noted that there are provisions mandating an adjournment in a number of other circumstances (ss. 29(5), 43(1), 45(1) of the Act, and s. 27(3) of the *Immigration Regulations, 1978*). Commenting on s. 35(1) of the Regulations, which gives a discretion to adjourn "for the purpose of ensuring a full and proper inquiry", Mahoney J. said (at p. 285):

> I think it fair to say that the currently accepted view is that the Minister's consideration of whether to issue a permit under subsection 37(1) has nothing at all to do with ensuring a full and proper inquiry and that, therefore, an adjudicator is not required to adjourn for that purpose.

He then considered the *Ramawad* case and subsequent interpretation in *Louhisdon*, *Oloko* and *Murray*, and concluded that it had been "consistently held that the refusal of an adjudicator to adjourn an inquiry to allow the person concerned to seek relief under either section 37 or 115 did not vitiate the ensuing deportation order or departure notice" (p. 289). Mahoney J. saw no reason to reverse or distinguish these cases (at p. 292):

> The majority and dissenting judgments in *Louhisdon* leave me in no doubt that the Court there fully considered the issue. It chose to restrict the application of *Ramawad* to its own facts, rather than to apply its principle more generally. It may have been wrong. If it was it is plainly a situation which Parliament, indeed the Governor in Council, is at liberty to alter and the Supreme Court to correct. Whether it be termed judicial comity or an application of the principle of *stare decisis*, I consider myself obliged to apply *Louhisdon*. [Emphasis added.]

Urie J. agreed with these reasons. He wrote additional, concurring reasons, saying that *Louhisdon* and *Oloko* were not distinguishable "in any meaningful sense", and found himself unable to say that these cases had been wrongly decided because he was not "satisfied that the Courts in *Louhisdon, Oloko* and *Murray* cases and in subse-

enquêtes en vue de permettre au Ministre de statuer sur une demande de permis présentée en vertu du paragraphe 37(1)» (p. 285). Par contre, il a signalé la présence de dispositions qui exigeaient un ajournement dans plusieurs autres circonstances (par. 29(5), 43(1), 45(1) de la Loi, et le par. 27(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978*). Commentant le par. 35(1) du Règlement qui donne le pouvoir discrétionnaire d'ajourner «afin de veiller à ce qu'elle [l'enquête] soit complète et régulière», le juge Mahoney a dit (à la p. 285):

> Je crois qu'on peut à bon droit affirmer que tous s'entendent pour dire que la décision du Ministre d'octroyer un permis en vertu du paragraphe 37(1) n'a rien à voir avec l'obligation de veiller à ce que l'enquête soit complète et régulière et que, par conséquent, l'arbitre n'est pas tenu d'ajourner une enquête à cette fin.

Il a alors examiné l'arrêt *Ramawad* et son interprétation ultérieure dans les arrêts *Louhisdon*, *Oloko* et *Murray*, et a conclu que «la Cour fédérale a statué de façon constante que le refus de l'arbitre d'ajourner une enquête afin de permettre à la personne en cause de demander un redressement en vertu des articles 37 ou 115 ne vicie pas l'ordonnance d'expulsion ou l'avis d'interdiction de séjour prononcé par la suite» (p. 289). Le juge Mahoney n'a vu aucune raison de renverser ces arrêts ou de les distinguer (à la p. 292):

> Je suis persuadé, à la lecture des jugements de la majorité et du juge dissident dans l'affaire *Louhisdon*, que la Cour a examiné la question à fond. La Cour a choisi de restreindre l'application de l'arrêt *Ramawad* à ses propres faits, au lieu de donner une application plus générale aux principes qui y étaient dégagés. La Cour a peut-être eu tort. Dans ce cas, il s'agit manifestement d'une situation que le Parlement, et, bien sûr, le gouverneur en conseil, sont libres de modifier et que la Cour suprême peut corriger. Qu'on qualifie le problème de question de courtoisie judiciaire ou d'application du principe du *stare decisis*, je me considère obligé d'appliquer l'arrêt *Louhisdon*. [Je souligne.]

Le juge Urie a été d'accord avec ces motifs. Il a rédigé des motifs supplémentaires au même effet, disant que les arrêts *Louhisdon* et *Oloko* comportaient de légères différences mais qu'elles n'étaient pas «suffisamment importantes» pour établir une distinction. Il s'est dit incapable d'affirmer que ces arrêts étaient erronés parce qu'il n'était pas «con-

quent appeals which followed those cases, failed properly to distinguish the *Ramawad* case" (p. 282).

MacGuigan J. wrote a strong dissent. Contrary to the majority, he did not feel bound to apply *Louhisdon* and *Oloko*, as he believed his "higher duty [was] surely to apply the law as interpreted by the Supreme Court of Canada" (pp. 295-96). He could not agree with the restrictive interpretation of *Ramawad* adopted in these cases. He emphasized that an applicant had a right to have a demand under s. 37 of the *Immigration Act, 1976*, considered by the Minister, and that the applicant should be given a genuine opportunity to exercise that right "before that opportunity is forever foreclosed by an order of deportation issued by a lower-level official" (p. 297). In MacGuigan J.'s opinion, it did not matter whether an application was on its face a meritorious or non-meritorious one for ministerial intervention. The judgment to be exercised pursuant to s. 37 of the Act involved not only humanitarian and compassionate considerations, but political ones as well, and, in MacGuigan J.'s view, such powers of appreciation fell outside the adjudicator's sphere of inquiry. Accordingly, he concluded that "an adjudicator must grant an adjournment in all cases when faced with an application for a Minister's permit under subsection 37(1)" (p. 300). (Emphasis added.)

This Court is now being asked to bring a definitive end to this jurisprudential controversy. It is not without significance that this appeal comes to this Court by way of special leave from the Federal Court of Appeal, [1985] 2 F.C. 81.

In her oral pleadings, the appellant abandoned her ground of appeal based on the application pursuant to s. 115(2) of the *Immigration Act, 1976*. I will accordingly limit my own reasons to the request for an adjournment in the context of an application under s. 37(1) of the Act.

Generally speaking, the statutory regime instituted by the *Immigration Act, 1976*, is a very

vaincu que les tribunaux n'ont pas établi les distinctions appropriées entre l'arrêt *Ramawad* et les décisions *Louhisdon*, *Oloko*, *Murray* et les appels qui les ont suivis» (p. 282).

Le juge MacGuigan a rédigé une forte dissidence. Contrairement à la majorité, il ne s'est pas estimé tenu d'appliquer les arrêts *Louhisdon* et *Oloko* car il a été d'avis que son «obligation première [était] certainement d'appliquer la loi selon l'interprétation qu'en a faite la Cour suprême du Canada» (p. 296). Il n'a pu accepter l'interprétation restrictive de l'arrêt *Ramawad* adoptée dans ces arrêts. Il a souligné qu'un requérant avait le droit de voir sa demande fondée sur l'art. 37 de la *Loi sur l'immigration de 1976* examinée par le ministre et que le requérant devrait avoir une possibilité réelle d'exercer ce droit «avant que cette occasion ne lui soit enlevée à jamais par un ordre d'expulsion délivré par un fonctionnaire d'un niveau inférieur» (p. 297). Selon le juge MacGuigan, il n'importait pas de savoir si une demande paraissait ou ne paraissait pas mériter l'intervention du ministre. Le jugement à exercer en application de l'art. 37 de la Loi implique non seulement des considérations à caractère humanitaire, mais aussi à caractère politique, et, de l'avis du juge MacGuigan, ces pouvoirs d'appréciation ne peuvent relever de la compétence de l'arbitre dans le cadre d'une enquête. Par conséquent, il a conclu «qu'un arbitre doit accorder un ajournement dans tous les cas où il est confronté à une demande de permis du Ministre en vertu du paragraphe 37(1)» (p. 300). (Je souligne.)

On prie maintenant cette Cour de mettre fin à cette controverse dans la jurisprudence. Il n'est pas sans importance de signaler que ce pourvoi nous vient par suite d'une autorisation spéciale de la Cour d'appel fédérale, [1985] 2 C.F. 81.

Dans sa plaidoirie, l'appelante a abandonné son moyen d'appel fondé sur la demande faite en application du par. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Je limiterai donc mes motifs à la demande d'ajournement dans le contexte d'une demande fondée sur le par. 37(1) de la Loi.

De manière générale, le régime institué par la *Loi sur l'immigration de 1976* est très rigide. Les

rigid one. Persons other than Canadian citizens must comply with the strict conditions and requirements of the legislation. Where there exists information indicating that a non-citizen has failed to act in conformity with the statute or has breached the conditions of his right to remain in the country, immigration officials are empowered to submit a report to the Deputy Minister. The latter may in his discretion cause an immigration inquiry to be held, for the purpose of determining whether the allegations in the report are well-founded. If this is found to be so, the adjudicator presiding the inquiry is under a statutory duty to make a removal order against the person concerned. Visitors and immigrants thus find themselves in a more vulnerable situation under the law than Canadian citizens. In addition to criminal justice which applies to all, improper conduct on the part of non-citizens can result further in their removal from the country.

The purpose of s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*, is to provide some relief from the harshness of the penalties provided by the statutory scheme. This remedial provision allows the Minister or a person designated by him to override the other provisions of the Act in order to tailor particular solutions to suit the needs of individual cases. It holds out to persons subjected to a pending inquiry that there is for them a possibility to remain in Canada notwithstanding the fact that a technical application of the statute may result in their deportation. As pointed out by Wydrzynski, op. cit., at p. 350, "permits are normally made available in situations of hardship involving humanitarian and compassionate circumstances". In this context, while I think it clear that a person suffering hardship of this kind has no legal right to obtain a permit under s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*, it appears equally clear to me that such a person has a right in the sense of a legal entitlement to obtain a decision from the Minister as to whether his or her case is deserving of special relief. The Minister has no power to issue a permit to a person against whom a removal order has been made, pursuant to s. 37(2) of the *Immigration Act, 1976*, although such a person might otherwise be deserving of special consideration. Accordingly, the denial of a request to adjourn the

personnes qui n'ont pas la citoyenneté canadienne doivent se conformer aux conditions et exigences strictes de la loi. Lorsque des renseignements indiquent qu'un non-citoyen n'a pas agi conformément à la loi ou a violé les conditions de son droit de demeurer au Canada, les fonctionnaires de l'immigration ont le pouvoir de présenter un rapport au sous-ministre. À sa discrétion, ce dernier peut faire tenir une enquête d'immigration en vue de déterminer le bien-fondé des allégations du rapport. Si elles sont bien fondées, l'arbitre qui préside l'enquête est sous l'obligation légale de rendre une ordonnance d'expulsion contre la personne visée. Les visiteurs et les immigrants se trouvent ainsi dans une situation plus vulnérable en vertu de la loi que les citoyens canadiens. En plus des sanctions pénales applicables à tous, les non-citoyens coupables de conduite répréhensible sont passibles d'expulsion.

Le paragraphe 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* a pour but d'apporter une certaine souplesse à la rigueur des peines prévues par le régime établi par la Loi. Cette disposition réparatrice permet au ministre ou à une personne qu'il désigne de passer outre aux autres dispositions de la Loi et de façonner des solutions particulières qui répondent aux besoins de cas particuliers. Il indique aux personnes qui font l'objet d'une enquête qu'elles ont une possibilité de demeurer au Canada, même si l'application formaliste de la loi pouvait aboutir à leur expulsion. Comme le signale Wydrzynski, *op. cit.*, à la p. 350, [TRADUCTION] «les demandes de permis sont normalement prévues pour les cas où une situation difficile fait entrer en jeu des considérations d'ordre humanitaire». Dans ce contexte, s'il est clair, à mon avis, qu'une personne se trouvant dans une situation difficile de ce genre n'a pas de droit, comme tel, à l'obtention d'un permis en vertu du par. 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, il est tout aussi clair que cette personne possède néanmoins un droit, en ce sens qu'elle est légitimement fondée à obtenir une décision du ministre pour déterminer si son cas mérite un redressement spécial. Selon le par. 37(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, le ministre n'a pas le pouvoir de délivrer un permis à une personne qui a fait l'objet d'une ordonnance

immigration inquiry pending disposition of the application for a Minister's permit generally will constitute the denial of the right to obtain a decision from the Minister as well. In my view, this result could not have been intended by Parliament. Because of the type of persons and situations s. 37 of the Act contemplates, it must rather have been intended that a priority be attached to the processing of an application for a ministerial permit. This point is clearly dealt with by Le Dain J. in his dissenting reasons in *Oloko*. Speaking with characteristic persuasiveness, he explained (at pp. 600-601):

With great respect I am unable to see how this reasoning [in *Ramawad*] does not apply to an application in the course of an inquiry that a case be considered for a Minister's permit. There is in my opinion as much of a "substantive right" to obtain a decision as to whether a Minister's permit will be granted in a particular case as there is to obtain the Minister's decision as to whether a failure to comply with the conditions of an employment visa should be waived on the ground of special circumstances. Both decisions are discretionary in nature and a favourable answer may be regarded as a matter of "privilege", but the right in each case is the right to have one's application considered and dealt with, one way or another. The power to issue a Minister's permit was conferred, it seems to me, at least in part for the benefit of persons seeking to enter or to remain in the country and not as a power to be exercised only on the Minister's initiative. I think it must have been intended that it should be possible for a person seeking to enter or remain in the country to apply for a Minister's permit and to receive a decision from the Minister or a person authorized to exercise his authority. I would take the view that a person must not be effectively prevented by action of the immigration authorities from having an application for a Minister's permit considered before it is too late—that is, before an order of deportation is pronounced against him. It is true that an application for a Minister's permit may be made outside the country before a person seeks admission. There may also be an opportunity for a person who is in the country and who seeks to remain therein to apply for a Minister's permit before deportation proceedings are commenced. But there will often be circumstances in which a person has had no reason to suspect the possible need of a Minister's permit, and for whom the first effective opportunity to apply for such a permit

d'expulsion, même si cette personne peut par ailleurs mériter une considération spéciale. Par conséquent, le refus d'ajourner l'enquête d'immigration pour attendre la décision du ministre sur une demande de permis constituera généralement une négation du droit d'obtenir une décision du ministre. À mon avis, le Parlement n'a pas pu vouloir ce résultat. À cause du genre de personnes et de situations qu'envisage l'art. 37 de la Loi, il est plus probable qu'il ait voulu qu'on accorde une certaine priorité à l'étude d'une demande de permis du ministre. Le juge Le Dain, dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Oloko*, traite clairement de ce point. Parlant avec une persuasion caractéristique, il explique (aux pp. 600 et 601):

En toute déférence, je ne peux voir pourquoi ce raisonnement [dans *Ramawad*] ne pourrait s'appliquer lorsqu'une demande est présentée, au cours d'une enquête, pour que le cas soit étudié en vue d'obtenir un permis du Ministre. À mon avis, on peut parler d'un «droit» lorsqu'il s'agit d'obtenir une décision sur la question de savoir si un permis du Ministre sera accordé dans un cas particulier autant que lorsqu'il est question d'obtenir la décision du Ministre sur la question de savoir si l'on devrait passer outre au défaut de se conformer aux conditions d'un visa d'emploi, à cause de circonstances particulières. Les deux décisions sont de nature discrétionnaire et, si elles sont favorables, elles peuvent être considérées comme un «privilège», mais, dans chaque cas, il existe un droit de voir sa demande étudiée quel qu'en soit le résultat. Il me semblerait que le pouvoir de délivrer un permis du Ministre a été conféré, au moins en partie, à l'avantage des personnes qui désirent entrer ou demeurer au pays et ce pouvoir peut être exercé autrement que de la propre initiative du Ministre. Je pense qu'on a voulu qu'il soit possible, pour une personne qui désire entrer ou demeurer au pays, de faire une demande en vue d'obtenir un permis du Ministre et de recevoir une décision de la part de ce dernier ou d'une personne autorisée à exercer son pouvoir. Selon moi, une personne ne devrait pas être empêchée en réalité, par le fait des autorités de l'immigration, de faire examiner sa demande d'obtention d'un permis du Ministre avant qu'il ne soit trop tard, c'est-à-dire avant qu'une ordonnance d'expulsion soit prononcée contre elle. Il est vrai que cette demande peut être faite à l'extérieur du pays, avant que l'intéressé demande son admission. La même demande peut aussi être faite par une personne qui se trouve au pays et qui désire y demeurer, avant que des procédures d'expulsion soient entreprises contre elle. Mais il existe de nombreuses

arises in the course of an inquiry. It may not be until the conclusion of an inquiry that a person concerned becomes aware of the need to seek a Minister's permit. It may not be until he sees the nature of the evidence adduced and hears the Special Inquiry Officer's summing up that he realizes that his case is one calling for the humanitarian consideration permitted under section 8 of the Act. [Emphasis added.]

Moreover, the expanding doctrine of administrative fairness strongly militates in favour of ensuring that the inquiry is not held in a way which denies the applicant his entitlement to a decision from the Minister (see, in the context of an Order-in-Council under s. 115(2) of the *Immigration Act, 1976*, *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163 (C.A.), at p. 171, aff'd in part on another point [1984] 2 S.C.R. 565).

The language of s. 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, must accordingly be interpreted in light of this priority which attaches to applications for a ministerial permit. As a general rule, where an application for a permit is made pursuant to s. 37(1) of the *Immigration Act, 1976*, the adjudicator must adjourn the immigration inquiry pending the disposition of the applicant's request by the Minister or someone authorized to exercise the Minister's authority. This will be the case where "there has not been a previous refusal to grant such a permit, based on the circumstances existing at the time the application is made" (*Oloko*, *supra*, at p. 601, *per* Le Dain J., dissenting). Although the adjudicator has discretion to adjourn by virtue of s. 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, where an application under s. 37(1) of the Act is made before a determination is reached on the merits of the immigration inquiry, the adjudicator may exercise this discretion and refuse the adjournment in those cases where doing so will not compromise the applicant's entitlement to a consideration of his case and a decision from the Minister.

The respondent argues that the recognition of such a priority to applications for a ministerial

circonstances dans lesquelles une personne n'a eu aucune raison de se douter qu'elle aurait besoin d'un permis du Ministre et pour qui la première occasion de demander ce permis se présente au cours d'une enquête. Il peut arriver que la personne concernée ne se rende compte qu'à la fin de l'enquête qu'elle a besoin de demander un permis du Ministre. Il se peut qu'elle ne se rende compte que son cas peut donner lieu à une considération pour des motifs humanitaires permise par l'article 8 de la Loi qu'après avoir constaté la nature de la preuve fournie et entendu le résumé de l'enquêteur spécial. [Je souligne.]

De plus, la doctrine de l'équité administrative milite clairement en faveur du besoin d'assurer que l'enquête n'est pas tenue d'une manière qui nie au requérant son droit à une décision du ministre (voir, dans le contexte d'un décret en vertu du par. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, l'arrêt *Jiminez-Perez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163 (C.A.), à la p. 171, confirmé en partie sur un autre point, [1984] 2 R.C.S. 565).

Le libellé du par. 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* doit donc être interprété en fonction de la priorité à donner aux demandes de permis du ministre. En règle générale, lorsqu'une demande de permis est faite en vertu du par. 37(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, l'arbitre doit ajourner l'enquête d'immigration jusqu'à ce que le ministre, ou une personne autorisée à exercer le pouvoir du ministre, rende une décision sur la demande du requérant. Ce sera le cas lorsque «ce permis n'a pas été refusé auparavant, d'après les circonstances qui existaient au moment où la demande a été faite» (*Oloko*, précité, à la p. 601, opinion dissidente du juge Le Dain). Bien qu'en vertu du par. 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, l'arbitre ait le pouvoir discrétionnaire d'ajourner, lorsqu'une demande fondée sur le par. 37(1) de la Loi est présentée avant qu'une décision soit rendue sur le fond de l'enquête d'immigration, l'arbitre peut exercer ce pouvoir discrétionnaire et refuser l'ajournement dans les cas où cela ne compromettra pas le droit du requérant à un examen de son cas et à une décision du ministre.

L'intimé allègue que la reconnaissance d'une telle priorité aux demandes de permis du ministre

permit would "result in considerable and needless delays" and would ultimately "disrupt and paralyze the conduct of immigration inquiries". In my view there is no merit to this contention. There already are a great number of applications made for ministerial permits at various stages of the immigration process. An administrative structure has been put into place to consider and deal with these applications as efficiently as possible. It appears that the Minister has delegated his authority to issue permits to Managers of Canada Immigration Centres, which speeds up the procedure (see *Beeston v. Minister of Employment and Immigration* (1982), 41 N.R. 260 (F.C.A.)) In *Widmont*, *supra*, at p. 293, Mahoney J. said in this respect: "I cannot conceive that anything should be much easier or inexpensive than for the Minister to so order his bureaucracy that applications under section 37 would routinely be dealt with speedily and with no resulting adverse effect, including undue delay, on the adjudicative process". I share this confidence in the flexibility of the immigration system and would only add that any additional expense which might be required to bring the existing administrative structures in line with Parliament's intention and the requirements of administrative fairness is no extravagant luxury given the need for remedial provisions such as s. 37 in a public service mindful of individual concerns and especially those individuals who are in a more vulnerable position.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the deportation order issued against the appellant and remit the matter in the hands of the adjudicator for a redetermination of the request for an adjournment.

Appeal dismissed, WILSON *and* L'HEUREUX-DUBÉ JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Rothe & Co., Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.

[TRADUCTION] «aurait comme résultat des délais considérables et inutiles» et en définitive [TRADUCTION] «interromprait et paralyserait la tenue d'enquêtes d'immigration». À mon avis, cette prétention n'est pas fondée. Il y a déjà un grand nombre de demandes de permis du ministre faites à différents stades du processus d'immigration. On a mis en place une structure administrative pour examiner ces demandes de la façon la plus efficace possible. Il appert que le ministre a délégué son pouvoir d'émettre des permis à des directeurs de Centres d'Immigration Canada, ce qui accélère la procédure (voir *Beeston c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1982), 41 N.R. 260 (C.A.F.)) Dans l'arrêt *Widmont*, précité, le juge Mahoney a dit à ce sujet à la p. 293: «Rien n'est plus facile ni économique pour le Ministre que d'ordonner à ses fonctionnaires de s'occuper au jour le jour des demandes présentées en vertu de l'article 37 avec diligence et sans que le processus de prise de décision de l'arbitre en souffre, notamment en raison de retards injustifiés». Je partage cette confiance dans la souplesse du système d'immigration et j'ajouterais seulement qu'aucune dépense supplémentaire qui pourrait être requise pour que les structures administratives existantes se conforment à l'intention du Parlement et aux exigences de l'équité administrative ne serait une dépense extravagante étant donné le besoin de dispositions réparatrices, comme l'art. 37, dans un service public conscient des inquiétudes des individus, et en particulier de ceux qui sont dans une situation plus vulnérable.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance d'expulsion rendue contre l'appelante et de renvoyer l'affaire à l'arbitre pour qu'il réexamine la demande d'ajournement.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON *et* L'HEUREUX-DUBÉ *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante: Rothe & Co., Vancouver.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Vancouver.

The Law Society of Alberta *Appellant*

v.

Robert G. Black, G. Patrick H. Vernon, Basil R. Cheeseman, L. Thomas Forbes, James C. McCartney, Douglas S. Ewens, D. Murray Paton, Richard A. Shaw, Edward P. Kerwin, G. Blair Cowper-Smith and Peter D. Quinn carrying on the practice of law under the firm name of Black & Company *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: BLACK *v.* LAW SOCIETY OF ALBERTA

File No.: 19889.

1988: March 22, 23; 1989: April 20.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Employment — Interprovincial law firm — Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province — In-province firm including non-resident lawyers — Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms — Whether or not rules infringing Charter mobility rights — If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Employment — Interprovincial law firm — Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province — In-province firm including non-resident lawyers — Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms — Whether or not rules infringing Charter right to freedom of association — If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

The Law Society of Alberta *Appelante*

c.

Robert G. Black, G. Patrick H. Vernon, Basil R. Cheeseman, L. Thomas Forbes, James C. McCartney, Douglas S. Ewens, D. Murray Paton, Richard A. Shaw, Edward P. Kerwin, G. Blair Cowper-Smith et Peter D. Quinn pratiquant le droit sous la raison sociale de Black & Company *Intimés*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BLACK *c.* LAW SOCIETY OF ALBERTA

N° du greffe: 19889.

1988: 22, 23 mars; 1989: 20 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Emploi — Cabinet d'avocats multiprovincial — Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province — Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants — Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats — Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Emploi — Cabinet d'avocats multiprovincial — Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province — Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants — Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats — Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Respondents proposed to establish an interprovincial law firm. A Calgary firm was established and was to be made up of persons exclusively members of the Law Society of Alberta. Some members lived in Calgary, others in Toronto. As members, they would be required to meet all the qualifications for membership in the Law Society and be subject to its rules of ethics. All partners of the Calgary firm were also members of a Toronto firm.

The Law Society of Alberta enacted two rules in response to this situation. Rule 154 prohibited members of the Law Society who ordinarily reside and practise in Alberta from entering into partnership with anyone who was not an active member ordinarily resident in Alberta. Rule 75B prohibited the members of the Law Society from being partners in more than one firm. The validity of these rules is at issue.

Respondents brought an action against the Law Society challenging the validity of the two rules on administrative law and *Charter* grounds. Pending trial of the action, the respondents applied for and were granted an interlocutory injunction restraining the Law Society from enforcing these rules against them. The Law Society did not attack the injunction respecting Rule 154, but was successful in overturning the order restraining the enforcement of Rule 75B.

The trial judge upheld the rules but the Court of Appeal found that they violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were not saved by s. 1. The constitutional questions stated in this Court queried: (1) whether these rules infringed or denied mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Charter*; (2) if so, whether they were justified under s. 1; (3) whether these rules infringed or denied freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; and (4), if so, whether they were justified under s. 1.

Held (McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ.: Before the advent of the *Charter*, mobility rights received some protection arising out of the structural elements of federalism. Section 6, however, is expressed in terms of the rights of the citizen. Inherent in citizenship is the right to reside wherever one wishes in the

Les intimés comptaient établir un cabinet d'avocats multiprovincial. Un cabinet d'avocats, établi à Calgary, devait être composé exclusivement de personnes membres de la Law Society of Alberta. Certains membres demeuraient à Calgary, d'autres à Toronto. À titre de membres, ils devaient remplir toutes les conditions requises pour être membre de la Law Society et ils étaient assujettis à son code de déontologie. Tous les associés du cabinet de Calgary étaient également membres d'un cabinet de Toronto.

La Law Society of Alberta a adopté deux règlements pour remédier à cette situation. Le règlement 154 interdit aux membres de la Law Society qui résident ordinairement en Alberta de s'associer avec quelqu'un qui n'est pas un membre actif qui réside ordinairement en Alberta. Le règlement 75B interdit aux membres de la Law Society de s'associer à plus d'un cabinet d'avocats. C'est la validité de ces règlements qui est en cause.

Les intimés ont intenté contre la Law Society une action dans laquelle ils contestent la validité des deux règlements en invoquant des motifs de droit administratif et des moyens fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pendant l'instruction de l'action, les intimés ont demandé et obtenu une injonction interlocutoire visant à empêcher la Law Society d'appliquer ces règlements à leur égard. La Law Society n'a pas contesté l'injonction concernant le règlement 154, mais elle a réussi à faire infirmer l'ordonnance visant à empêcher la mise en application du règlement 75B.

Le juge de première instance a conclu à la validité des règlements, mais la Cour d'appel a jugé qu'ils violaient la *Charte* et n'était pas sauvegardés par l'article premier. Les questions constitutionnelles formulées par la Cour sont les suivantes: (1) les règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*? (2) Dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? (3) Les règlements portent-ils atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*? Et, (4) dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier?

Arrêt (les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième une réponse négative.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest: Avant l'avènement de la *Charte*, la liberté de circulation et d'établissement bénéficiait d'une certaine protection découlant des éléments structuraux du fédéralisme. Toutefois, l'art. 6 est formulé en fonction des droits des citoyens. La citoyenneté comporte le droit

country and to pursue the gaining of a livelihood without regard to provincial boundaries. Like other *Charter* rights, the rights guaranteed in s. 6 must be interpreted generously and in a purposive manner.

A purposive approach to the *Charter* dictates a broad approach to mobility. Section 6(2) protects the right of a citizen (and of a permanent resident) to move about the country, to reside where he or she wishes and to pursue his or her livelihood without regard to provincial boundaries. The provinces may regulate these rights but, subject to ss. 1 and 6 of the *Charter*, cannot do so in terms of provincial boundaries. That would derogate from the inherent rights of the citizen to be treated equally in his or her capacity as a citizen throughout Canada. This approach is consistent with the rights traditionally attributed to the citizen and with the language of the *Charter*.

The section 6(2) right "to pursue the gaining of a livelihood in any province" does not require the physical movement of the individual to a province. A person can pursue a living in a province without being there personally. This approach is consistent with the heading "Mobility Rights" preceding s. 6. The wording of s. 6(3)(*a*), too, suggests that s. 6(2)(*b*) should have this meaning.

Both Rule 154 and Rule 75B violate s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. The combined effect of the rules seriously impaired respondents' ability to gain a livelihood through the practice of law in Alberta.

Section 6(2) is subject to both s. 6(3) and to limitations under s. 1. Sections 1 and 6(3) are significantly different. Section 6(3) merely qualifies s. 6(2); it does not usurp the function of s. 1. and is not a legislative translation of how s. 1 is to be interpreted in the context of s. 6(2).

Section 6(3) of the *Charter* validates laws of general application but only if such laws do not discriminate primarily on the basis of province of residence. Rule 154 does not fall within s. 6(3)(*a*) of the *Charter* since it clearly discriminates on the basis of a lawyer's province of residence. Rule 75B and Rule 154 are intertwined. They are aimed at prohibiting residents and non-residents from associating for the practice of law. The effect of Rule 75B, is to discriminate on the basis of residence for it most severely affects those who would want to maintain an interprovincial law firm. Very few resident

inhérent de résider n'importe où dans le pays et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. À l'instar des autres droits garantis par la *Charte*, les droits garantis par l'art. 6 doivent recevoir une interprétation libérale fondée sur l'objet visé.

Une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet visé oblige à adopter une interprétation générale de la liberté de circulation. Le paragraphe 6(2) protège le droit d'un citoyen (et celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent réglementer ces droits, mais sous réserve de l'article premier et de l'art. 6 de la *Charte*, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Ce serait déroger aux droits que possède le citoyen, en sa qualité même de citoyen, d'être traité également partout au Canada. Cette interprétation est conforme aux droits reconnus traditionnellement au citoyen et au texte de la *Charte*.

Le droit, garanti au par. 6(2), «de gagner [sa] vie dans toute province» n'exige pas le déplacement physique de l'individu vers une province. Une personne peut gagner sa vie dans une province sans s'y trouver personnellement. Cette interprétation est conforme à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède l'art. 6. Le texte de l'al. 6(3)*a*) laisse croire, lui aussi, que l'al. 6(2)*b*) devrait avoir ce sens.

Les règlements 154 et 75B violent tous les deux l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. L'effet conjugué des règlements compromet sérieusement la capacité des intimés de gagner leur vie en pratiquant le droit en Alberta.

Le paragraphe 6(2) est subordonné au par. 6(3) et aux restrictions de l'article premier. L'article premier et le par. 6(3) sont très différents. Le paragraphe 6(3) ne fait que nuancer le par. 6(2); il ne s'approprie pas le rôle de l'article premier et ne constitue par une transcription législative de la façon dont l'article premier doit être interprété dans le contexte du par. 6(2).

L'alinéa 6(3)*a*) de la *Charte* déclare valides les lois d'application générale, mais seulement si elles n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence. Le règlement 154 n'est pas visé par l'al. 6(3)*a*) de la *Charte* puisqu'il établit nettement une distinction fondée sur la province de résidence de l'avocat. Les règlements 75B et 154 sont intimement liés. Ils ont pour objet d'interdire aux résidents de s'associer avec des non-résidents pour pratiquer le droit. Le règlement 75B a pour effet d'établir une distinction fondée sur la résidence puisque les plus durement touchés par ce règlement sont ceux qui voudraient maintenir un cabinet multiprovincial. Très peu d'avocats résí-

lawyers would have occasion to enter more than one partnership.

Nor are Rules 154 and 75B justified under s. 1. While regulating the competence and ethical standards of the legal profession constitutes a legitimate legislative objective, the limitations on s. 6(2) rights resulting from Rule 154 were completely disproportionate to the objective sought. Problems such as the assumption of responsibility for the work of a non-member, or the competence of a non-resident member in local matters, or discipline, were not so significantly greater in the case of interprovincial firms as to warrant prohibiting resident and non-resident members from associating for the practice of law. Many reasonable alternatives exist which would not so drastically affect mobility rights. Rule 75B, too, is much more sweeping than was necessary to control the problems, such as breaches of confidentiality and conflict of interest, at which the Rule is said to be directed.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting in part): The right to freedom of association guaranteed in s. 2(*d*) of the *Charter* was infringed by Rules 154 and 75B. Rule 154 prevented resident members from forming associations or partnerships with non-resident members. Rule 75B prevented the forming of more than one association in the practice of law. Neither, however, infringed any mobility right under s. 6 of the *Charter*. No one was forbidden to enter Alberta or to practise law or to form a partnership there.

Both rules were aimed at a legitimate legislative objective—the regulation and control of the legal profession. Rule 154, nevertheless, could not be justified under s. 1 of the *Charter* for it defeated, rather than supported, many Law Society's legitimate objects. Concerns relating to local customs and knowledge, discipline, and the insurance fund would be set to rest more effectively if residents and non-residents were to create partnerships and associations. Rule 75B, however, was justified under s. 1 for it was designed to maintain the ethical practice of law by preventing conflicts of interest and it impaired the right to free association as little as possible.

dants auraient la possibilité de faire partie de plus d'une association.

Les règlements 154 et 75B ne sont pas non plus justifiés en vertu de l'article premier. Bien que la réglementation des normes de compétence et d'éthique des membres de la profession juridique constitue un objectif législatif légitime, les restrictions apportées aux droits contenus au par. 6(2) en raison du règlement 154 sont tout à fait disproportionnées à l'objectif législatif poursuivi. Des problèmes comme l'attribution de responsabilité pour le travail effectué par un non-membre, la compétence d'un membre non résidant dans les affaires locales ou la discipline ne sont pas accrus, dans le cas de cabinets multiprovinciaux, au point de justifier d'interdire aux membres résidants de s'associer avec des membres non résidants en vue de pratiquer le droit. Il existe plusieurs autres moyens raisonnables qui ne porteraient pas atteinte si radicalement à la liberté de circulation et d'établissement. Le règlement 75B est lui aussi beaucoup plus général que nécessaire pour régler les problèmes notamment de secret professionnel et de conflits qui, dit-on, sont visés par ce règlement.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé (dissidents en partie): Les règlements 154 et 75B portent atteinte au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le règlement 154 empêche les membres résidants de s'associer avec des membres non résidants. Le règlement 75B empêche la formation de plus d'une association pour pratiquer le droit. Ni l'un ni l'autre cependant ne porte atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6 de la *Charte*. Il n'est interdit à personne d'entrer en Alberta, d'y pratiquer le droit ou d'y former une association.

Les deux règles visent un objectif législatif légitime—la réglementation et le contrôle de la profession juridique. Le règlement 154 ne peut néanmoins pas être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* car il contrevient à un bon nombre d'objectifs légitimes de la Law Society plutôt que de les appuyer. Les inquiétudes relatives à des matières telles que les coutumes locales et la connaissance des affaires locales, la discipline et le fonds d'indemnisation seraient plus facilement dissipées en permettant la formation d'associations composées de résidents et de non-résidents. Le règlement 75B est toutefois justifié en vertu de l'article premier car il vise à assurer une pratique du droit conforme à l'éthique en prévenant les conflits d'intérêts et il porte le moins possible atteinte à la liberté d'association.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, reversing (1983), 145 D.L.R. (3d), 502; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146; *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219; *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985); **referred to**: *Reference Re Compulsory Arbitration* (1984), 57 A.R. 268; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948); *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia* (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350; *Kerr v. Superintendent of Income Tax*, [1942] S.C.R. 435; *Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 56 U.S.L.W. 4669 (1988); *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*, [1985] 1 C.M.L.R. 99 (E.C.J. 1984); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Frazier v. Heebe*, 96 L.Ed. 2d 557 (1987).

By McIntyre J. (dissenting in part)

Law Society of Upper Canada v. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting the Barreau du Québec, R.S.Q. 1977, c. B-1, s. 59.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), (*c*), (*d*), 6(2)(*b*), 6(3)(*a*), 7.
Constitution Act, 1867, ss. 91(25), 121.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Constitution of the United States of America, Art. IV, s. 2(1).
Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(*c*).
Legal Profession Act, R.S.A. 1980, c. L-9, ss. 93, 96.
Rules of the Law Society of Alberta, ss. 75B, 129, 154.
Rules of the Supreme Court of New Hampshire, s. 42.

Authors Cited

Canada. Office of the Prime Minister. [P. E. Trudeau.] *A Time for Action—Toward the Renewal of the*

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, infirmant (1983), 145 D.L.R. (3d), 502; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef du Québec*, [1982] C.S. 1146, 142 D.L.R. (3d) 512; *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219; *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985); **arrêts mentionnés**: *Reference Re Compulsory Arbitration* (1984), 57 A.R. 268; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948); *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia* (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350; *Kerr v. Superintendent of Income Tax*, [1942] R.C.S. 435; *Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 56 U.S.L.W. 4669 (1988); *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*, [1985] 1 C.M.L.R. 99 (C.E.J. 1984); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Frazier v. Heebe*, 96 L.Ed. 2d 557 (1987).

Citée par le juge McIntyre (dissident en partie)

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), *c*), *d*), 6(2)*b*), 6(3)*a*), 7.
Constitution des États-Unis d'Amérique, art. IV, art. 2(1).
Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28*c*).
Legal Profession Act, R.S.A. 1980, chap. L-9, art. 93, 96.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(25), 121.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur le Barreau du Québec, L.R.Q. 1977, chap. B-1, art. 59.
Rules of the Law Society of Alberta, art. 75B, 129, 154.
Rules of the Supreme Court of New Hampshire, art. 42.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Comité sur la Constitution. *Vers un Canada nouveau*. Montréal: Fondation du Barreau canadien, 1978.

Canadian Federation. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1978.

Canada. Task Force on Canadian Unity. *A Future Together—Observations and Recommendations*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1970.

Canadian Bar Association. Committee on the Constitution. *Towards a New Canada*. Montreal: Canadian Bar Foundation, 1978.

Chrétien, Jean. *Powers Over the Economy: Securing the Canadian Economic Union in the Constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980.

Creighton, D. *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*. In *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, Appendix 2. Ottawa: King's Printer, 1939.

Hogg, Peter W. *Canada Act 1982 Annotated*. Toronto: Carswells, 1982.

Lee, Tanya and Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U. of T. L.J.* 268.

Quebec Liberal Party. Constitutional Committee. *A New Canadian Federation*. Montreal: Constitutional Committee of the Quebec Liberal Party, 1980.

Safarian, A. E. *Canadian Federalism and Economic Integration*. Ottawa: Privy Council Office, 1974.

Trebilcock, Michael J., et al., eds. *Federalism and the Canadian Economic Union*. Toronto: University of Toronto Press for the Ontario Economic Council, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1986), 44 Alta. L.R. 1, 68 A.R. 259, 27 D.L.R. (4th) 527, [1963] 3 W.W.R. 590, allowing an appeal from a judgment of Dea J. (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 214, 57 A.R. 1, 13 D.L.R. (4th) 436, [1984] 6 W.W.R. 385. Appeal dismissed, McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

R. A. McLennan, Q.C., B. R. Burrows and *J. P. Rossall*, for the appellant.

J. E. Redmond, Q.C., and *T. W. Wakeling*, for the respondents.

Yves deMontigny and *Julien Frenette*, for the intervener.

Canada. Bureau du Premier ministre. [P. E. Trudeau.] *Le temps d'agir: Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1978.

Canada. Groupe de travail sur l'unité canadienne, *Se retrouver: observations et recommandations*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1970.

Chrétien, Jean. *Pouvoirs touchant l'économie: fondements constitutionnels de l'union économique canadienne*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1980.

Creighton, D. *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*. In *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, Appendix 2. Ottawa: King's Printer, 1939.

Hogg, Peter W. *Canada Act 1982 Annotated*. Toronto: Carswells, 1982.

Lee, Tanya and Michael J. Trebilcock. «Economic Mobility and Constitutional Reform» (1987), 37 *U. of T. L.J.* 268.

Parti Libéral du Québec. Comité constitutionnel. *Une nouvelle fédération canadienne*. Montréal: Comité constitutionnel du parti libéral du Québec, 1980.

Safarian, A. E. *Canadian Federalism and Economic Integration*. Ottawa: Privy Council Office, 1974.

Trebilcock, Michael J., et al., eds. *Federalism and the Canadian Economic Union*. Toronto: University of Toronto Press for the Ontario Economic Council, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1986), 44 Alta. L.R. 1, 68 A.R. 259, 27 D.L.R. (4th) 527, [1963] 3 W.W.R. 590, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Dea (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 214, 57 A.R. 1, 13 D.L.R. (4th) 436, [1984] 6 W.W.R. 385. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents en partie. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième une réponse négative.

R. A. McLennan, c.r., B. R. Burrows et *J. P. Rossall*, pour l'appelante.

J. E. Redmond, c.r., et *T. W. Wakeling*, pour les intimés.

Yves deMontigny et *Julien Frenette*, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the validity of two rules enacted by the appellant, The Law Society of Alberta. The first rule (Rule 154) prohibits members of the Law Society who ordinarily reside and practise in Alberta from entering into partnership with anyone who is not an active member ordinarily resident in Alberta. The second rule (Rule 75B) prohibits the members of the Law Society from participating in dual or multiple partnerships. The question at issue is whether these rules violate the right to pursue the gaining of a livelihood in any province or to freedom of association as guaranteed, respectively, by s. 6(2)(*b*) and s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Law Society contends that the rules do not violate these provisions or, alternatively, if there is a *prima facie* violation, the rules are saved either as laws or practices of general application under s. 6(3)(*a*) or as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

Facts

In February 1981, the Toronto based firm of McCarthy & McCarthy submitted a proposal to the appellant Law Society, disclosing its intention to open an office in Calgary, Alberta, as part of its broader objective of becoming a national law firm with offices across Canada. Under the original proposal, the Calgary office was to be a branch of McCarthy & McCarthy and would operate under the firm name, McCarthy & McCarthy. The Calgary office was to consist solely of partners and associates qualified to practise law in Alberta although some would reside in Alberta and some in Ontario. It was made clear that only those partners who were qualified to practise in Alberta would be held out as being part of the Calgary firm.

The matter was referred to the Ethics Committee of the Law Society and was discussed by the Benchers of the Law Society at several meetings.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire porte sur la validité de deux règlements adoptés par l'appelante The Law Society of Alberta. Le premier, le règlement 154, interdit aux membres de la Law Society qui résident et pratiquent ordinairement en Alberta de s'associer avec une personne qui n'est pas un membre actif résidant ordinairement en Alberta. Le deuxième, le règlement 75B, interdit aux membres de la Law Society de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats. La question en litige est de savoir si ces règlements violent le droit de gagner sa vie dans toute province ou le droit à la liberté d'association garantis respectivement par les al. 6(2)*b*) et 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Law Society prétend que les règlements ne violent pas ces dispositions ou, subsidiairement, que s'il y a violation à première vue, les règlements sont sauvegardés à titre de lois ou d'usages d'application générale au sens de l'al. 6(3)*a*) ou de limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*.

Les faits

En février 1981, le cabinet d'avocats McCarthy & McCarthy, dont le siège social est à Toronto, a soumis un projet à la Law Society appelante dans lequel il déclarait son intention d'ouvrir un bureau à Calgary (Alberta) dans le cadre de son objectif plus général de devenir un cabinet d'avocats à l'échelle nationale qui aurait des bureaux un peu partout au Canada. Selon le projet initial, le bureau de Calgary serait une succursale de McCarthy & McCarthy et ferait affaires sous la raison sociale de McCarthy & McCarthy. Le bureau de Calgary ne serait composé que d'associés compétents pour pratiquer le droit en Alberta bien que certains d'entre eux résideraient en Alberta et d'autres en Ontario. Il était clair que seuls les associés compétents pour pratiquer en Alberta seraient réputés faire partie du cabinet de Calgary.

L'affaire a été soumise au comité d'éthique de la Law Society et examinée par les membres de son conseil au cours de plusieurs réunions. Le projet

While the original McCarthy proposal was under consideration, the proposal was amended. One of the major concerns that seemed to be troubling the Law Society was the use of the firm name, McCarthy & McCarthy, in Alberta. The amended proposal thus provided for the formation of a separate firm in Calgary operating under the name "Black and Associates". On April 9, 1981, before the Law Society was approached with the new proposal, the Benchers passed a motion providing that a committee consider the principle that resident members of the Law Society not be permitted to form partnerships or associations with persons who were not members of the Law Society. A committee was created to consider the motion.

Mr. Black, in a letter dated April 23, 1981, wrote to the Law Society requesting authorization of a firm being named "Black & Partners", comprised solely of lawyers authorized to practise in Alberta. The Ethics Committee referred this request to the Benchers and the matter was considered at various meetings. In June 1981, the Benchers approved in principle the predecessor of Rule 154, which provided that resident members not be permitted to practise law with non-members. The rule initially did not prohibit resident members from associating for the practice of law with non-resident members.

On September 1, 1981, Black & Co. was formed and commenced operations in Calgary. The partnership was made up exclusively of members of the Law Society of Alberta, some of whom resided in Calgary and some in Toronto. As members, they would be required to meet all the qualifications for membership in the Law Society and be subject to its rules of ethics.

All of the partners of Black & Co. were also partners of McCarthy & McCarthy. Shortly after Black & Co. began operations, W. Code, a Bencher of the Law Society, lodged a complaint against Mr. Black, one of the respondents, claiming that it was improper for him to be a member of more than one firm. The complaint was dismissed, however, since there was then no rule barring a person from belonging to more than one firm.

initial de McCarthy a été modifié pendant qu'il était à l'étude. L'une des questions majeures qui semblait préoccuper la Law Society concernait l'emploi de la raison sociale McCarthy & McCarthy en Alberta. Le projet modifié prévoyait donc la constitution d'un cabinet distinct qui ferait affaires à Calgary sous la raison sociale de «Black and Associates». Le 9 avril 1981, avant que le nouveau projet soit soumis à la Law Society, les membres du conseil ont adopté une résolution visant à faire examiner par un comité le principe de l'interdiction faite aux membres de la Law Society, qui résident dans la province, de s'associer avec des personnes qui n'en sont pas membres. Un comité fut constitué pour examiner cette résolution.

Dans une lettre en date du 23 avril 1981, Me Black a demandé à la Law Society l'autorisation de constituer un cabinet sous le nom de «Black & Partners», qui serait composé seulement d'avocats autorisés à pratiquer en Alberta. Le comité d'éthique a soumis cette demande aux membres du conseil qui l'ont étudiée à diverses réunions. Au mois de juin 1981, les membres du conseil ont donné leur accord de principe au règlement antérieur au règlement 154 qui prévoyait que les membres résidants ne pouvaient pratiquer le droit avec des non-membres. À l'origine, le règlement n'interdisait pas aux membres résidants de s'associer avec des membres non résidants pour pratiquer le droit.

Le 1er septembre 1981, le cabinet Black & Co. était constitué et commençait ses activités à Calgary. Il était composé uniquement de membres de la Law Society of Alberta, dont certains résidaient à Calgary et d'autres à Toronto. À titre de membres, ils devaient remplir toutes les conditions requises pour être membre de la Law Society et ils étaient assujettis à son code de déontologie.

Tous les associés de Black & Co. étaient également associés de McCarthy & McCarthy. Peu de temps après que Black & Co. eut commencé ses activités, W. Code, un membre du conseil de la Law Society, a déposé contre Me Black, l'un des intimés, une plainte selon laquelle il ne convenait pas que ce dernier soit membre de plus d'un cabinet. La plainte a cependant été rejetée puisqu'à l'époque aucun règlement n'empêchait une personne de faire partie de plus d'un cabinet.

In October 1981, the Legislation Committee of the Law Society introduced a draft of Rule 154, which was aimed at prohibiting firms composed of resident and non-resident members, in lieu of its predecessor which prohibited the association of members with non-members. Rule 154 was adopted by the Benchers at a meeting in February 1982. It provides:

154. An active member who ordinarily resides in and carries on the practice of law within Alberta shall not enter into or continue any partnership, association or other arrangement for the joint practice of law in Alberta with anyone who is not an active member ordinarily resident in Alberta.

Rule 154 was scheduled to come into effect on May 1, 1982. At a Benchers' meeting in November 1982, after considering a legal opinion given regarding Rule 154 (the contents of that opinion were not in evidence because privilege was claimed), it was agreed that the implementation of Rule 154 would be postponed until January 1, 1983. At the same meeting a motion that Rule 75B be added to the rules was carried and came into effect on March 31, 1983. That rule reads as follows:

75B. No member shall be a partner in or associated for the practice of law with more than one law firm.

At this meeting the Benchers agreed to invite counsel representing Black & Co. to present submissions to the Benchers regarding both Rule 154 and Rule 75B. The Law Society had sent out a notice to all its active members regarding the passage of Rule 154, but only counsel for Black & Co. was officially informed of the adoption of Rule 75B.

The respondents brought an action against the Law Society claiming that the two rules were *ultra vires*, invalid, and of no force and effect. Pending trial of the action, the respondents applied for an interlocutory injunction restraining the Law Society from enforcing these rules against them. McDonald J. of the Alberta Court of Queen's Bench granted the injunction (reported at (1983), 144 D.L.R. (3d) 439). The Law Society did not attack the injunction respecting Rule 154, but was suc-

En octobre 1981, le comité de la législation de la Law Society a déposé un avant-projet du règlement 154 qui visait à interdire les cabinets composés de membres résidants et de membres non résidants, en remplacement du règlement antérieur qui interdisait aux membres de s'associer à des non-membres. Les membres du conseil ont adopté le règlement 154 lors d'une réunion tenue au mois de février 1982. Le règlement prévoit:

[TRADUCTION] 154. Un membre actif qui réside ordinairement en Alberta et y pratique le droit ne peut s'associer ou se joindre de quelque autre manière à quelqu'un qui n'est pas un membre actif qui réside ordinairement en Alberta, pour pratiquer le droit en Alberta, ni continuer de le faire.

Le règlement 154 devait entrer en vigueur le 1er mai 1982. Lors d'une réunion des membres du conseil tenue en novembre 1982, après l'examen d'une opinion juridique concernant le règlement 154 (le contenu de cette opinion n'ayant pas été produit en preuve parce qu'un privilège a été invoqué), il a été convenu que la mise en vigueur du règlement 154 serait reportée au 1er janvier 1983. Lors de la même réunion, on a adopté une résolution visant à faire ajouter le règlement 75B aux règlements et à le faire entrer en vigueur le 31 mars 1983. Ce règlement se lit ainsi:

[TRADUCTION] 75B. Nul membre ne doit s'associer à plus d'un cabinet d'avocats en vue de pratiquer le droit.

Au cours de cette réunion, les membres du conseil ont convenu d'inviter l'avocat représentant Black & Co. à leur présenter des observations concernant les règlements 154 et 75B. La Law Society avait avisé tous ses membres actifs de l'adoption du règlement 154, mais seul l'avocat de Black & Co. a été officiellement informé de l'adoption du règlement 75B.

Les intimés ont intenté une action contre la Law Society en affirmant que les deux règlements étaient *ultra vires*, invalides et inopérants. Pendant l'instruction de l'action, les intimés ont demandé une injonction interlocutoire visant à empêcher la Law Society d'appliquer ces règlements à leur égard. Le juge McDonald de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a accordé l'injonction (publié à (1983), 144 D.L.R. (3d) 439). La Law Society n'a pas contesté l'injonction concernant le règle-

cessful in overturning the order restraining the enforcement of Rule 75B (reported at (1983), 8 D.L.R. (4th) 346).

The Courts Below

Alberta Court of Queen's Bench (1984), 33 Alta. L.R. 214

In the courts below, the two rules were challenged on both administrative law and *Charter* grounds. Dea J., who heard the case at first instance, upheld Rules 154 and 75B. He first rejected the challenges based on the principles of administrative law. He held that the rules were within the jurisdiction of the Law Society, as being within the scope of the regulatory powers delegated to it by the *Legal Profession Act*, R.S.A. 1980, c. L-9. He further held that the enactment of the rules was not an improper or unreasonable use of the Law Society's authority.

As to the administrative law issues, Dea J. held that the rules were not arbitrary, discriminatory or cast in overly broad terms. Their purpose, in his view, was to ensure the protection of the public. He suggested that it was illogical to apply the doctrine of restraint of trade to delegated legislation, especially when the primary legislation itself clearly restrains trade. In the event that the doctrine did apply to such delegated legislation, Dea J. was of the view that the rules, although clearly constituting a restraint of trade, were a reasonable and thus permissible restraint.

Dea J. went on to discuss the constitutionality of the two rules. He first dealt with the question of whether Rules 75B and 154 infringed the plaintiffs' (now respondents') "mobility rights" as guaranteed by s. 6(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He found the rules did infringe their right to pursue the gaining of a livelihood in Alberta, since they restricted their ability to form partnerships and thus practise law in the traditional manner utilized by the legal

ment 154, mais elle a réussi à faire infirmer l'ordonnance visant à empêcher la mise en application du règlement 75B (publié à (1983), 8 D.L.R. (4th) 346).

Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1984), 33 Alta. L.R. 214

Devant les tribunaux d'instance inférieure, les deux règlements ont été contestés pour des motifs fondés à la fois sur le droit administratif et sur la *Charte*. En première instance, le juge Dea a confirmé la validité des règlements 154 et 75B. Il a d'abord rejeté les arguments fondés sur les principes de droit administratif. Il a conclu que les règlements étaient de la compétence de la Law Society parce qu'ils relevaient des pouvoirs de réglementation que lui délègue la *Legal Profession Act*, R.S.A. 1980, chap. L-9. Il a statué de plus que la Law Society n'avait pas usé de son pouvoir de façon irrégulière ou abusive en adoptant lesdits règlements.

Quant aux questions de droit administratif, le juge Dea a conclu que les règlements n'étaient ni arbitraires, ni discriminatoires, ni rédigés en des termes trop généraux. À son avis, ils visaient à protéger le public. Il a laissé entendre qu'il était illogique d'appliquer à la législation déléguée le principe de la restriction à la liberté de commerce, surtout lorsque la loi de base apporte elle-même clairement des restrictions à la liberté de commerce. Le juge Dea s'est dit d'avis que, dans le cas où ce principe s'appliquerait à cette législation déléguée, les règlements, même s'ils apportaient clairement une restriction à la liberté de commerce, constitueraient une restriction raisonnable et donc permise.

Le juge Dea a ensuite analysé la constitutionnalité des deux règlements. Il a d'abord traité de la question de savoir si les règlements 75B et 154 violaient la «liberté de circulation et d'établissement» garantie aux demandeurs (maintenant intimés) par le par. 6(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu que les règlements violaient leur droit de gagner leur vie en Alberta puisqu'ils restreignaient leur capacité de s'associer et donc de pratiquer le droit à la manière tradi-

profession. Rule 75B, however, was in his view saved by s. 6(3)(*a*) of the *Charter* because it was a law of general application which did not discriminate primarily on the basis of residence. Rule 154, on the other hand, was not an appropriate limitation on the gaining of a livelihood as permitted by s. 6(3)(*a*), since it discriminated primarily on the basis of province of residence. Consequently, if Rule 154 were to be upheld, it would have to withstand scrutiny under s. 1 of the *Charter*.

Dea J. then considered whether the rules violated the freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*. Since the Law Society, although not conceding that there was an infringement, did not vigorously contest the proposition but focussed rather on its argument that the rules constituted a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*, Dea J. dealt with the rules on the basis that they did infringe s. 2(*d*). He commented, however, that freedom of association is intended to further the freedoms enumerated in ss. 2(*a*), (*b*) and (*c*) of the *Charter*. It was not, in his view, intended "to extend to situations restraining the ability of people to enter into commercial contracts with one another unless such a restraint can be said to bear on the person's freedom of religion, speech or assembly".

Turning to s. 1 of the *Charter*, Dea J. considered three factors: (a) the objective or rational basis of the limitation (rationality); (b) the extent of the limitation which is to be balanced against its rationality (proportionality); (c) the laws and practices in other jurisdictions generally regarded as free and democratic societies (comparison). He accepted that the objective of the rules was the control by the Law Society of the professional conduct of its members in response to its public mandate to assure to the public competent, ethical and financially responsible lawyers, and he also accepted that this objective was rational. With respect to the question of proportionality, Dea J. was of the view that the rules provided a reasonable solution to reasonably perceived risks. Finally, he found that a comparative analysis was not

tionnelle de la profession juridique. À son avis, l'al. 6(3)*a*) de la *Charte* sauvegardait cependant le règlement 75B parce que celui-ci constituait une loi d'application générale qui n'établissait aucune distinction fondée principalement sur la résidence. D'autre part, le règlement 154 ne constituait pas une restriction appropriée au droit de gagner sa vie, permise par l'al. 6(3)*a*), puisqu'il établissait une distinction fondée principalement sur la province de résidence. Par conséquent, pour que le règlement 154 soit maintenu, il devait résister à l'examen fondé sur l'article premier de la *Charte*.

Le juge Dea a ensuite examiné si les règlements violaient la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Puisque la Law Society, tout en n'admettant pas qu'il y avait violation, n'avait pas contesté vigoureusement le projet, mais avait plutôt insisté sur son argument que les règlements constituaient une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, le juge Dea a abordé les règlements en tenant pour acquis qu'ils violaient l'al. 2*d*). Il a cependant expliqué que la liberté d'association a pour but de favoriser les libertés énumérées aux al. 2*a*), *b*) et *c*) de la *Charte*. À son avis, elle n'avait pas pour but [TRADUCTION] «de viser des situations qui restreignent la capacité des gens de conclure des contrats commerciaux entre eux à moins que l'on puisse affirmer que cette restriction porte sur la liberté de religion, de parole ou de réunion des personnes».

Abordant l'article premier de la *Charte*, le juge Dea a pris en considération trois facteurs: a) le fondement objectif ou rationnel de la restriction (rationalité); b) l'étendue de la restriction qui doit être soupesée en fonction de sa rationalité (proportionnalité); c) les lois et usages d'autres ressorts qui sont généralement considérés comme des sociétés libres et démocratiques (comparaison). Il a accepté que les règlements avaient pour objectif de permettre à la Law Society de contrôler la conduite professionnelle de ses membres en raison de son mandat officiel qui est d'assurer au public l'accès à des avocats compétents, respectueux de l'éthique et responsables financièrement, et il a également accepté que cet objectif était rationnel. Quant à la question de la proportionnalité, le juge Dea a exprimé l'avis que les règlements appor-

helpful because of the lack of Canadian experience with national law firms and the scarcity of evidence from other jurisdictions. From this analysis, he concluded that the rules were demonstrably justified in a free and democratic society, and thus valid.

taient une solution raisonnable à des risques raisonnablement perçus. Enfin, il a conclu qu'une analyse comparative n'était d'aucune utilité vu l'absence, au Canada, de cabinets d'avocats à l'échelle nationale et compte tenu de la rareté de la preuve provenant d'autres ressorts. À partir de cette analyse, il a conclu que la justification des règlements pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et qu'ils étaient donc valides.

Alberta Court of Appeal (1986), 44 Alta. L.R. 1

La Cour d'appel de l'Alberta (1986), 44 Alta. L.R. 1

In the Court of Appeal, Kerans and Stevenson JJ.A. wrote separate opinions, Lieberman J.A. concurring with Stevenson J.A. All agreed that the appeal should be allowed on the ground that the two rules violated the *Charter* and were not salvaged by s. 1.

En Cour d'appel, les juges Kerans et Stevenson ont rédigé des motifs de jugement distincts, le juge Lieberman ayant souscrit à ceux du juge Stevenson. Tous ont convenu que l'appel devait être accueilli pour le motif que les deux règlements violaient la *Charte* et qu'ils n'étaient pas sauvegardés par l'article premier.

Kerans J.A. agreed with Dea J. that the rules were within the regulatory powers of the Law Society and were not an unreasonable exercise of that power. Although he accepted the trial judge's finding that the rules were enacted to regulate the conduct of members with respect to certain perceived ethical and administrative issues, Kerans J.A. expressed serious reservations about the true purpose of the rules. He was troubled by the Law Society's attempt to justify them on the basis of protecting an indigenous bar and by the apparent view of the trial judge that all non-resident practice should be discouraged.

Le juge Kerans a convenu avec le juge Dea que les règlements relevaient des pouvoirs de réglementation de la Law Society et qu'ils ne constituaient pas un exercice abusif de ce pouvoir. Bien qu'il ait accepté la conclusion du juge de première instance que les règlements avaient été adoptés pour régir la conduite des membres en regard de certaines questions éthiques et administratives précises, le juge Kerans a exprimé de sérieuses réserves quant à l'objet véritable de ces règlements. Il était préoccupé par le fait que la Law Society avait tenté de les justifier par la volonté de protéger le barreau local et par le fait que le juge de première instance était manifestement d'avis qu'il fallait décourager toute pratique par des non-résidents.

With respect to the question of whether the rules infringed s. 6(2) of the *Charter*, Kerans J.A. agreed with the trial judge that Rule 154 violated s. 6(2) of the *Charter*, but that Rule 75B was a law of general application which on its face was not directed towards non-residents and, therefore, was an appropriate limitation on the gaining of a livelihood as permitted by s. 6(3).

Quant à la question de savoir si les règlements violaient le par. 6(2) de la *Charte*, le juge Kerans était d'accord avec le juge de première instance pour dire que le règlement 154 violait le par. 6(2) de la *Charte*, mais que le règlement 75B était une loi d'application générale qui, à première vue, ne visait pas les non-résidents et constituait donc une restriction appropriée au droit de gagner sa vie, permise par le par. 6(3).

He, however, found that both rules violated s. 2(*d*), freedom of association, since they limited the very formation of an association between two

Il a cependant conclu que les deux règlements violaient la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) puisqu'ils limitaient la formation même d'une

individuals. He distinguished *Reference Re Compulsory Arbitration* (1984), 57 A.R. 268 (C.A.), on the basis that the concerted actions of an association rather than its formation were at issue in that case. He noted that the pursuit of a livelihood through a trade or calling is a vital, fundamental human activity. He went on to suggest that the right to work as a lawyer, in particular, may be fundamental since access to lawyers and thus the maintenance of a legal profession is essential to the rule of law. He concluded that lawyers have the right to associate among themselves and with others inside and outside Alberta.

Kerans J.A. went on to determine whether the rules could be upheld by virtue of s. 1 of the *Charter*. He rejected the three-stage test employed by Dea J. Before adopting his own framework, Kerans, J.A. discussed at length the nature and purpose of s. 1 and the role of the judiciary. In his view, s. 1 defies the notion that there should be judicial deference to the legislatures and Parliamentary supremacy over the *Charter*.

Kerans J.A., at p. 38, adopted the following four-stage analysis which, he argued, would "complement and fulfill" the test set out by Chief Justice Dickson in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103:

(1) The limitation must be reasonably clear or ascertainable and made by recognized authority.

(2) It must bear a rational relationship to a valid governmental objective. This involves (a) the identification of the object of the violating law; (b) a decision whether that object is valid; (c) a decision whether that object bears a rational relationship to the proposed limitation.

(3) The limitation must, in the circumstances of the case, maintain and enhance a free and democratic society more than would affirmation of the right. Sometimes the question may have to be framed negatively: would the limitation less adversely affect a free and democratic society than the harm to be done by affirmation of the Charter-protected right? In either event, this involves

association entre deux individus. Il a fait une distinction d'avec l'arrêt *Reference Re Compulsory Arbitration* (1984), 57 A.R. 268 (C.A.), en affirmant qu'il était question, dans cette affaire, des actions concertées d'une association plutôt que de sa formation. Il a souligné que le fait de gagner sa vie en exerçant une profession ou un métier est une activité vitale et fondamentale de l'être humain. Il a ensuite laissé entendre que le droit de travailler comme avocat, notamment, peut être fondamental puisque l'accès aux avocats, et par voie de conséquence le maintien d'une profession juridique, est essentiel à la primauté du droit. Il a conclu que les avocats ont le droit de s'associer entre eux et avec d'autres à l'intérieur et à l'extérieur de l'Alberta.

Le juge Kerans a ensuite examiné si les règlements pouvaient être maintenus en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a rejeté l'analyse en trois étapes effectuée par le juge Dea. Avant d'adopter son propre cadre d'analyse, le juge Kerans a examiné en détail la nature et l'objet de l'article premier et le rôle du pouvoir judiciaire. À son avis, l'article premier va à l'encontre de l'idée que les tribunaux devraient respecter la suprématie du Parlement et des législatures provinciales sur la *Charte*.

Le juge Kerans a adopté, à la p. 38, l'analyse suivante qui comporte quatre étapes et qui, selon lui, [TRADUCTION] «compléterait et respecterait» le critère établi par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103:

[TRADUCTION] (1) La restriction doit être raisonnablement claire ou vérifiable et établie par une autorité reconnue.

(2) Elle doit avoir un lien rationnel avec un objectif gouvernemental régulier. Cela implique a) l'identification de l'objet de la loi contestée; b) une décision quant au caractère régulier de l'objet; c) une décision quant à l'existence d'un lien rationnel entre cet objet et la restriction proposée.

(3) Dans les circonstances de l'espèce, la restriction doit maintenir et favoriser une société libre et démocratique davantage que ne le ferait l'affirmation du droit. La question peut parfois devoir être formulée sous la forme négative: la restriction serait-elle moins préjudiciable à une société libre et démocratique que le tort que causerait l'affirmation d'un droit garanti par la Charte?

(a) a categorization of the importance to a free society of the right sought to be limited, (b) consideration of the importance of the actual violation to the holder of the right in the case under review, (c) consideration of the importance to a free society of the object of the limit, and finally (d) a balancing to determine whether affirmation or limitation more effectively maintains a free society.

(4) No less intrusive means would equally serve the same object as the limitation proposed.

Applying this test, Kerans J.A. found that the rules were prescribed by law and sufficiently precise. With respect to the second branch of his test, he again accepted the trial judge's finding that the object of the rules was to control members of the Law Society and thus "assure 'competent, ethical, and financially responsible' lawyers". This was found to be a valid objective since a more competent, accessible and trustworthy legal profession was characterized as being "essential to the rule of law". Kerans J.A. expressed some reservations as to whether the object of the legislation was rationally related to the limitation. He nevertheless accepted the findings of the trial judge and confirmed that such a rational relationship existed.

The rules also passed the third stage of Kerans J.A.'s test. Although he considered that the rights involved were "of prime importance in our society" and that their violation, especially by virtue of Rule 154, was significant, he accepted the object of the limit as being sufficient to warrant some restriction. Balancing the right against the limitation, he found that regulation of non-residents may be permissible, in order to avoid conflicts of interest, to require continuing competence and proper management of trust funds where special problems arise.

It was only at the fourth and final stage that Kerans J.A. held that the rules failed his test. He

Dans un cas comme dans l'autre, cela implique a) une détermination de l'importance que revêt le droit que l'on cherche à restreindre pour une société libre, b) un examen de l'importance que la violation même revêt pour le détenteur du droit dans le cas examiné, c) un examen de l'importance que revêt l'objet de la restriction pour une société libre, et finalement, d) une évaluation permettant de déterminer laquelle de l'affirmation ou de la restriction maintient d'une manière plus efficace une société libre.

(4) Il n'existe aucune mesure moins envahissante qui répondrait tout aussi bien au même objet que la restriction proposée.

Appliquant ce critère, le juge Kerans a conclu que les règlements étaient prescrits par une loi et suffisamment précis. Quant au deuxième volet de son analyse, il a encore une fois accepté la conclusion du juge de première instance que les règlements avaient pour objet de contrôler les membres de la Law Society et donc [TRADUCTION] «d'assurer l'accès à des avocats «compétents, respectueux de l'éthique et responsables financièrement»». Il a conclu qu'il s'agissait là d'un objectif régulier puisqu'il a considéré que l'existence d'une profession juridique plus compétente, plus accessible et plus fiable est [TRADUCTION] «essentielle à la primauté du droit». Le juge Kerans a exprimé certaines réserves sur la question de savoir si l'objet de la mesure législative avait un lien rationnel avec la restriction. Il a néanmoins accepté les conclusions du juge de première instance et confirmé l'existence de ce lien rationnel.

Les règlements ont également franchi avec succès la troisième étape de l'analyse du juge Kerans. Bien qu'il ait estimé que les droits visés étaient [TRADUCTION] «d'une importance primordiale dans notre société» et que leur violation, surtout en raison du règlement 154, était grave, il a accepté que l'objet de la restriction était suffisamment important pour justifier une certaine restriction. Soupesant le droit en fonction de la restriction, il a conclu que la réglementation visant les non-résidents pouvait être permise afin d'éviter des conflits d'intérêts, pour exiger une compétence continue et une saine gestion des fonds en fiducie lorsque des problèmes particuliers surgissent.

Ce n'est qu'à la quatrième et dernière étape que le juge Kerans a conclu que les règlements ne

advocated a measure of judicial deference at the fourth stage of the test and remarked emphatically that "legislation should not be struck down as 'intrusive' or 'disproportionate' unless there is a clear and convincing alternative".

Kerans J.A. found that Dea J. erred in not inquiring whether the Law Society had satisfied him that no equally effective but less intrusive means was available. In his view, there were equally effective but less severe means available to the Law Society to achieve its goals. He examined a number of possible alternatives in the following passage at pp. 59-60:

First, a critical requirement might be that the non-resident also be a member in good standing in a sister society. Second, the Law Society might oblige a non-resident to attend continuing education programs. Ironically, it might also oblige that person to have a local association! I fail to comprehend why, if there are problems of this sort, the solution is to cut the non-resident adrift from association with resident members—an association which should be beneficial to the non-resident in terms of his keeping abreast of things, and to the law society in terms of keeping control of things. How these concerns can lead to the opposite rule utterly escapes me.

Third, the law society might indeed require that all Alberta clients' materials and monies be kept in Alberta. Fourth, it might send its officials out of the province to perform their tasks, and charge non-residents accordingly. In any event, it should be able to exercise its enforcement powers in other provinces . . . .

It is then said that "any inter-provincial practice arrangement could generate confusion as to which assurance fund would be legitimately called upon to remedy the defalcation", a problem which exists, of course, for all non-resident members. The law society has successfully argued that it has a discretionary power to award or reject claims made upon that fund. See *Petrashuyk v. Law Soc. of Alta.* 35 Alta. L.R. (2d) 259, [1985] 2 W.W.R. 549, 10 Admin. L.R. 117, 8 C.C.L.J. 27, 16 D.L.R. (4th) 22, 58 A.R. 94 (C.A.). In the exercise of that power, it can make regulations to deal with this issue.

résistaient pas à son analyse. Il a préconisé une certaine mesure de respect judiciaire à la quatrième étape de l'analyse et a souligné énergiquement que [TRADUCTION] «la mesure législative ne devrait pas être annulée comme étant «envahissante» ou «disproportionnée» à moins qu'il n'existe un autre solution claire et persuasive».

Le juge Kerans a conclu que le juge Dea avait commis une erreur en ne se demandant pas si la Law Society l'avait convaincu qu'il n'existait pas une mesure moins envahissante mais tout aussi efficace. À son avis, la Law Society disposait de moyens tout aussi efficaces mais moins draconiens pour parvenir à ses fins. Il en a examiné un certain nombre dans le passage suivant, aux pp. 59 et 60:

[TRADUCTION] Premièrement, une condition cruciale pourrait consister à exiger que le non-résident soit aussi membre en règle d'une société du barreau apparentée. Deuxièmement, la Law Society pourrait obliger un non-résident à suivre des cours de formation permanente. Ironiquement, elle pourrait également l'obliger à faire partie d'une association locale! Je ne vois pas pourquoi, si des problèmes de ce genre existent, la solution est d'empêcher carrément le non-résident de s'associer avec des membres résidants, une association qui profiterait au non-résident en lui permettant de tenir ses connaissances à jour et à la Law Society en lui permettant d'exercer un contrôle sur la situation. Je ne vois absolument pas comment ces préoccupations peuvent conduire à la règle contraire.

Troisièmement, la Law Society pourrait effectivement exiger que tous les documents et sommes appartenant à des clients albertains soient conservés en Alberta. Quatrièmement, elle pourrait envoyer ses représentants exercer leurs fonctions à l'extérieur de la province et faire payer les non-résidents en conséquence. Quoi qu'il en soit, elle devrait pouvoir exercer ses pouvoirs d'exécution dans d'autres provinces.

On affirme ensuite que «tout arrangement en matière de pratique multiprovinciale pourrait engendrer de la confusion quant au fonds d'indemnisation auquel on pourrait légitimement recourir pour remédier à des détournements de fonds», un problème qui se pose évidemment pour tous les membres non résidants. La Law Society a fait valoir avec succès qu'elle a le pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de rejeter les réclamations relatives à ce fonds. Voir l'arrêt *Petrashuyk v. Law Soc. of Alta.* 35 Alta. L.R. (2d) 259, [1985] 2 W.W.R. 549, 10 Admin. L.R. 117, 8 C.C.L.J. 27, 16 D.L.R. (4th) 22, 58 A.R. 94 (C.A.) Dans l'exercice de ce pouvoir, elle peut adopter des règlements concernant cette question.

Turning next to the problem of conflicts of interest which was cited as a justification for the rules, Kerans J.A. found that, with respect to Rule 75B, the risks present in dual partnerships are equivalent to those encountered by any large firm with branch offices. Since there was no evidence of any significant conflicts in large firms, the Law Society's concern regarding conflicts of interest was considered to be unsupported. He also relied on the fact that the plaintiffs had employed techniques specifically aimed at managing conflict problems. He was of the view that it was imperative for the Law Society to show the inadequacy of these techniques, and this they had not done. He concluded that the breaches of ss. 2(*d*) and 6 of the *Charter* were not saved by s. 1. Both rules, therefore, were held to be invalid.

Stevenson J.A. agreed with the conclusion reached by Kerans J.A. but gave separate reasons. He agreed that Rule 154 violated s. 6(2)(*b*) of the *Charter* and that both rules violated s. 2(*d*). He firmly rejected the proposition put forward by Dea J. that the purpose of s. 2(*d*) is limited to advancing the freedoms recognized by s. 2(*a*) and (*b*). The rules struck at the very formation of associations and they, therefore, violated s. 2(*d*). Neither rule was saved by s. 1. Stevenson J.A. noted that the concerns raised by the Law Society in defence of Rule 154 related specifically to non-resident practitioners. Prohibiting resident lawyers from associating with non-resident lawyers was considered to be an irrational response to the perceived problems. With respect to Rule 75B and conflicts of interest, Stevenson J.A. expressed sentiments similar to those of Kerans J.A. He was not convinced that the problem of conflicts of interest in the present case would be any different from those regarding large firms operating at different locations in the province. Yet the rule did not focus on the size or location of the firms, but was rather an outright and unjustifiable prohibition. The rules did not interfere with the plaintiffs' *Charter* rights "as little as possible" as required by

Examinant ensuite le problème des conflits d'intérêts soulevé pour justifier les règlements, le juge Kerans a conclu qu'en ce qui concerne le règlement 75B les risques découlant d'une association de différents cabinets sont équivalents à ceux que connaissent les grands cabinets qui possèdent des succursales. Vu qu'il n'y avait aucune preuve de conflits sérieux dans de grands cabinets, on a considéré que la crainte exprimée par la Law Society au sujet des conflits d'intérêts était non fondée. Le juge Kerans s'est également appuyé sur le fait que les demandeurs avaient employé des techniques destinées précisément à régler ces problèmes de conflits. Il était d'avis qu'il fallait absolument que la Law Society démontre que ces techniques étaient inadéquates, ce qu'elle n'avait pas fait. Il a conclu que les violations de l'al. 2*d*) et de l'art. 6 de la *Charte* n'étaient pas sauvegardées par l'article premier. Les deux règlements furent donc déclarés invalides.

Le juge Stevenson de la Cour d'appel s'est dit d'accord avec la conclusion du juge Kerans, mais il a rédigé des motifs distincts. Il a convenu que le règlement 154 violait l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* et que les deux règlements violaient l'al. 2*d*). Il a rejeté catégoriquement la proposition du juge Dea portant que l'al. 2*d*) a pour seul objet de favoriser les libertés garanties par les al. 2*a*) et *b*). Les règlements touchaient la formation même d'associations et violaient donc l'al. 2*d*). Aucun des règlements n'était sauvegardé par l'article premier. Le juge Stevenson a souligné que les préoccupations soulevées par la Law Society à l'appui du règlement 154 concernaient expressément les praticiens non résidants. Interdire aux avocats résidants de s'associer avec des avocats non résidants était considéré comme une solution irrationnelle aux problèmes perçus. Quant au règlement 75B et aux conflits d'intérêts, le juge Stevenson a exprimé des sentiments semblables à ceux du juge Kerans. Il n'était pas convaincu que le problème des conflits d'intérêts en l'espèce était différent de ceux relatifs aux grands cabinets qui ont des bureaux à différents endroits dans la province. Ce règlement ne portait cependant pas sur la taille ou l'emplacement des cabinets, mais constituait plutôt une interdiction absolue et injustifiable. Les règlements ne portaient pas «le moins possible» atteinte aux

Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Oakes*, *supra*.

droits garantis aux demandeurs par la *Charte*, tel que prescrit par le juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, précité.

Issues

On July 3, 1986, Dickson C.J. stated the following constitutional questions:

1. Does Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringe or deny mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringes or denies mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are Rule 154 and Rule 75B justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringe or deny freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringes or denies freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are Rule 154 and Rule 75B justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorney General of Quebec intervened to support the appellant Law Society. The Attorneys General of Canada and Alberta had originally intervened but both withdrew their intervention before the hearing of this appeal.

The respondents also raised the issue of whether Rules 154 and 75B are unreasonable or an unreasonable restraint of trade and beyond the jurisdiction of the Law Society. They did not, however, present any argument on this point.

Section 6 of the *Charter*

Section 6 of the *Charter* provides:

Mobility Rights

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

Les questions en litige

Le 3 juillet 1986, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. À supposer que les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces règlements 154 et 75B sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. Les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent-ils atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. À supposer que les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces règlements 154 et 75B sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le procureur général du Québec est intervenu à l'appui de la Law Society appelante. Les procureurs généraux du Canada et de l'Alberta sont intervenus à l'origine, mais ils se sont retirés avant l'audition de ce pourvoi.

Les intimés ont également soulevé la question de savoir si les règlements 154 et 75B étaient déraisonnables ou constituaient une restriction déraisonnable à la liberté de commerce et excédaient la compétence de la Law Society. Ils n'ont cependant pas présenté d'argument sur ce point.

L'article 6 de la *Charte*

L'article 6 de la *Charte* prévoit:

Liberté de circulation et d'établissement

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(*a*) to move to and take up residence in any province; and

(*b*) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(*a*) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(*b*) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

The appellant Law Society contends that s. 6(2)(*b*) does not protect the right to gain a livelihood, but rather protects only the right to move to another province (and, I presume, take up residence) for the purpose of gaining a livelihood. Both rules, it argued, affect the mobility of legal services, not the mobility of persons. Only the latter is protected by s. 6, it maintained.

La Law Society appelante prétend que l'al. 6(2)*b*) protège non pas le droit de gagner sa vie, mais seulement le droit de se déplacer dans une autre province (et, je présume, d'y établir sa résidence) en vue d'y gagner sa vie. Selon elle, les deux règlements touchent la liberté de circulation des services juridiques et non la liberté de circulation des personnes. Elle soutient que seule la dernière liberté est protégée par l'art. 6.

It must first be determined whether Rule 154 or Rule 75B violate s. 6(2)(*b*) of the *Charter* and if so, whether the violation is justified by s. 6(3) or s. 1.

Il faut d'abord déterminer si les règlements 154 ou 75B violent l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la violation est justifiée par le par. 6(3) ou l'article premier.

Background

A discussion of the scope and effect of s. 6(2)(*b*) in the context of this case is enhanced by a brief review of the history of the protection of interprovincial mobility in Canada.

Historique

Un bref examen de l'historique de la protection de la liberté de circulation interprovinciale au Canada facilite l'analyse de la portée et de l'effet de l'al. 6(2)*b*) dans le cadre de la présente affaire.

A dominant intention of the drafters of the *British North America Act* (now the *Constitution Act, 1867*) was to establish "a new political nationality" and, as the counterpart to national unity, the creation of a national economy: D. Creighton, *British North America Act at Confed-*

L'une des intentions dominantes des rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) était d'établir [TRADUCTION] «une nouvelle identité politique» et de créer à titre de contrepartie à l'unité nationale, une économie nationale:

eration: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations (1939), at p. 40. The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme. "It was an enterprise which was consciously adopted and deliberately put into execution.": Creighton, *supra*; see also *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 373. The creation of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the *British North America Act* attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.

Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, was one of the pillars of the Confederation scheme for achieving the economic union sought by the Fathers of Confederation. It provides:

121. All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other provinces.

Rand J. in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 638, commented on the scope of s. 121:

Apart from matters of purely local and private concern, this country is one economic unit; in freedom of movement its business interests are in an extra-provincial dimension, and, among other things, are deeply involved in trade and commerce between and beyond provinces.

The word "free" in the context of s. 121 was held to mean "without impediment related to the traversing of a provincial boundary."

Echoes of these sentiments can be found in Laskin J.'s (as he then was) decision in *Attorney-*

D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939), à la p. 40. La réalisation d'une intégration économique occupait une place de premier plan dans le programme. [TRADUCTION] «Il s'agissait d'une initiative adoptée consciemment et mise en œuvre volontairement.»: Creighton, précité; voir également l'arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, à la p. 373. La création d'un gouvernement central, le pouvoir en matière d'échanges et de commerce, l'art. 121 et la construction d'un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L'idée d'un Canada formant un seul pays comportant ce que l'on appellerait aujourd'hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l'intérieur du pays.

L'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait l'un des piliers du pacte confédératif qui permettrait de réaliser l'union économique recherchée par les Pères de la Confédération. En voici le texte:

121. Tous articles du crû, en provenance d'une province ou qui y sont produits ou fabriqués, seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

Dans l'arrêt *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, à la p. 638, le juge Rand s'est prononcé sur la portée de l'art. 121:

[TRADUCTION] Si l'on excepte les matières d'un intérêt purement local ou privé, ce pays constitue une entité économique; sur le plan de la liberté de la circulation des marchandises, le monde des affaires canadien déborde le cadre des provinces et, en particulier, il est profondément impliqué dans le commerce et les échanges entre les provinces et à l'extérieur du pays.

Il a été conclu que l'expression «admis en franchise», figurant à l'art. 121, s'entendait comme [TRADUCTION] «ne devant pas faire obstacle au libre passage des frontières provinciales».

Le juge Laskin (alors juge puîné) exprime les mêmes sentiments dans l'arrêt *Procureur général*

General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association, [1971] S.C.R. 689. Laskin J. asserted at p. 717 that,

> . . . to permit each province to seek its own advantage, so to speak, through a figurative sealing of its borders to entry of goods from others would be to deny one of the objects of Confederation, evidenced by the catalogue of federal powers and by s. 121, namely, to form an economic unit of the whole of Canada: see the *Lawson* case.

Before the enactment of the *Charter*, however, there was no specific constitutional provision guaranteeing personal mobility, but it is fundamental to nationhood, and even in the early years of Confederation there is some, if limited, evidence that the courts would, in a proper case, be prepared to characterize certain rights as being fundamental to and flowing naturally from a person's status as a Canadian citizen. In *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580, the Privy Council dealt with the validity of a British Columbia enactment that prohibited people of Chinese origin or descent from being employed in mines. The Privy Council found the provision to be *ultra vires* the provincial legislature and thus illegal. Lord Watson based his reasons on s. 91(25) of the *British North America Act*, which gives exclusive legislative authority over "naturalization and aliens" to the Parliament of Canada. "Naturalization," it was held at p. 586, includes, "the power of enacting . . . what shall be the rights and privileges pertaining to residents in Canada after they have been naturalized." Provincial interference with a resident's right to live and work in the province was thus not permitted; see also *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151, at p. 157.

It was left to Rand J. in *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, to spell out the full implications of the *Bryden* case for Canadian citizenship. Rand J. makes it clear that Canadian citizenship carries with it certain inherent rights, including some form of mobility right. The essen-

du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association, [1971] R.C.S. 689. Le juge Laskin affirme, à la p. 717, que:

> . . . permettre à chaque province de rechercher son propre avantage, pour ainsi dire, par la fermeture (au sens figuré) de ses frontières dans le but d'interdire l'entrée des marchandises venant des autres provinces, serait aller à l'encontre de l'un des objets de la Confédération, que font ressortir la liste des pouvoirs fédéraux et l'art. 121, savoir, faire de l'ensemble du Canada une seule unité économique: voir l'arrêt *Lawson*.

Cependant, avant l'adoption de la *Charte*, il n'y avait aucune disposition constitutionnelle précise qui garantissait la libre circulation des personnes mais une telle liberté est fondamentalement liée à la nationalité, et il existe des preuves, bien que limitées, que pendant les premières années de la Confédération, les tribunaux auraient été prêts, si nécessaire, à considérer que certains droits étaient fondamentalement liés au statut de citoyen canadien d'une personne et découlaient naturellement de ce statut. Dans l'arrêt *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580, le Conseil privé devait se prononcer sur la validité d'une loi de la Colombie-Britannique qui interdisait l'embauche de personnes d'origine ou de descendance chinoise pour travailler dans les mines. Le Conseil privé a conclu que la disposition excédait la compétence de la législature provinciale et était donc illégale. Lord Watson a fondé ses motifs sur le par. 91(25) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui confère au Parlement du Canada le pouvoir exclusif de légiférer concernant «la naturalisation et les aubains». On a décidé, à la p. 586, que la «naturalisation» comprenait [TRADUCTION] «le pouvoir de fixer . . . les droits et privilèges des résidents du Canada après leur naturalisation». Il était donc interdit à la province de porter atteinte au droit d'un résident de s'établir et de travailler dans la province; voir également l'arrêt *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151, à la p. 157.

C'est le juge Rand qui a dû formuler toutes les incidences de l'affaire *Bryden* sur la citoyenneté canadienne dans l'arrêt *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887. Le juge Rand explique clairement que la citoyenneté canadienne comporte certains droits inhérents, notamment un

tial attributes of citizenship including the right to enter and the right to work in a province, he asserted, cannot be denied by the provincial legislatures. And he extended this right for practical purposes to other residents of Canada. He thus put it at pp. 919-20:

> What this implies is that a province cannot, by depriving a Canadian of the means of working, force him to leave it: it cannot divest him of his right or capacity to remain and to engage in work there: that capacity inhering as a constituent element of his citizenship status is beyond nullification by provincial action. The contrary view would involve the anomaly that although British Columbia could not by mere prohibition deprive a naturalized foreigner of his means of livelihood, it could do so to a native-born Canadian. He may, of course, disable himself from exercising his capacity or he may be regulated in it by valid provincial law in other aspects. But that attribute of citizenship lies outside of those civil rights committed to the province, and is analogous to the capacity of a Dominion corporation which the province cannot sterilize.
>
> It follows, *a fortiori*, that a province cannot prevent a Canadian from entering it except, conceivably, in temporary circumstances, for some local reason as, for example, health. With such a prohibitory power, the country could be converted into a number of enclaves and the "union" which the original provinces sought and obtained disrupted. In a like position is a subject of a friendly foreign country; for practical purposes he enjoys all the rights of the citizen.
>
> Such, then, is the national status embodying certain inherent or constitutive characteristics, of members of the Canadian public, and it can be modified, defeated or destroyed, as for instance by outlawry, only by Parliament.

During the constitutional exercise culminating in the enactment of the *Charter*, there was a wave of political and academic concern regarding the construction of numerous barriers to interprovincial economic activity. There was also a strong feeling that the integration of the Canadian economy, which had been only partially successful under the *British North America Act*, should be com-

droit à la liberté de circulation. Il a affirmé que les attributs essentiels de la citoyenneté, dont le droit d'entrer dans une province et d'y travailler, ne peuvent être supprimés par les législatures provinciales. Et, pour des raisons pratiques, il a étendu ce droit à d'autres résidents du Canada. C'est ainsi qu'il affirme, aux pp. 919 et 920:

> [TRADUCTION] Ce que signifie ceci, c'est qu'une province ne peut, en le privant des moyens d'y travailler, forcer un Canadien à quitter son territoire; qu'elle ne peut le dépouiller de son droit ni de sa capacité d'y séjourner et d'y travailler: cette capacité constitue un élément inhérent à son statut de citoyen et est hors de portée d'une action provinciale visant à l'annuler. Si l'on adoptait un point de vue contraire, on arriverait à cette anomalie que la Colombie-Britannique, qui ne peut pas priver un étranger naturalisé de ses moyens d'existence par une simple interdiction, pourrait le faire dans le cas d'un Canadien né au pays. Ce citoyen peut bien entendu se priver lui-même de l'exercice de sa capacité, de même qu'une loi provinciale valide peut à d'autres égards venir en réglementer l'exercice. Mais cet attribut de la citoyenneté est en dehors du domaine des droits civils confiés à la province et est analogue à la capacité d'une société à charte fédérale, que la province ne peut paralyser.
>
> À fortiori, il s'ensuit qu'une province ne peut empêcher un Canadien d'entrer sur son territoire sauf, comme on peut le présumer, dans des circonstances particulières et pour des motifs d'ordre local comme, par exemple, des raisons de santé. S'il existait un tel pouvoir d'interdiction, le pays pourrait être transformé en une série d'enclaves et «l'union» qu'ont recherchée et obtenue les provinces d'origine serait annihilée. Le sujet d'un pays étranger ami se trouve dans une situation semblable: à toutes fins pratiques, il bénéficie de tous les droits du citoyen.
>
> Tel est donc le statut national, comprenant certains caractères inhérents ou constitutifs qui lui sont propres, des membres de la communauté canadienne, et seul le Parlement peut, par exemple au moyen de la mise hors la loi, le modifier, l'annuler ou le détruire.

Au cours du débat constitutionnel qui a abouti à l'adoption de la *Charte*, il y a eu une vague de préoccupations de la part des politiciens et des théoriciens concernant l'établissement de nombreux obstacles à l'activité économique interprovinciale. Il y avait aussi un net sentiment que l'intégration économique canadienne, qui n'avait été que partiellement réalisée sous le régime de

pleted. The federal government in particular was concerned about the growing fragmentation of the Canadian economic union; see Safarian, *Canadian Federalism and Economic Integration* (1974); Trebilcock, *Federalism and the Canadian Economic Union* (1983); Trudeau, *A Time for Action—Toward the Renewal of the Canadian Federation* (1978); Canadian Bar Association Committee on the Constitution, *Towards a New Canada* (1978); the Constitutional Committee of the Quebec Liberal Party, *A New Canadian Federation* (1980); The Task Force on Canadian Unity, *A Future Together—Observations and Recommendations* (1970); Chrétien, *Powers Over the Economy: Securing the Canadian Economic Union in the Constitution* (1980).

These economic concerns undoubtedly played a part in the constitutional entrenchment of interprovincial mobility rights, under s. 6(2) of the *Charter*. But citizenship, and the rights and duties that inhere in it are relevant not only to state concerns for the proper structuring of the economy. It defines the relationship of citizens to their country and the rights that accrue to the citizen in that regard, a factor not lost on Rand J., as is evident from the passage already quoted. This approach is reflected in the language of s. 6 of the *Charter*, which is not expressed in terms of the structural elements of federalism, but in terms of the rights of the citizen and permanent residents of Canada. Citizenship and nationhood are correlatives. Inhering in citizenship is the right to reside wherever one wishes in the country and to pursue the gaining of a livelihood without regard for provincial boundaries. Under *Charter* disposition, that right is expressly made applicable to citizens and permanent residents alike. Like other individual rights guaranteed by the *Charter*, it must be interpreted generously to achieve its purpose to secure to all Canadians and permanent residents the rights that flow from membership or permanent residency in a united country.

This approach, it seems to me, is wholly consistent with the "purposive" interpretation to the

l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, devait être complétée. Le gouvernement fédéral était particulièrement préoccupé par l'effritement croissant de l'union économique canadienne; voir Safarian, *Canadian Federalism and Economic Integration* (1974); Trebilcock, *Federalism and the Canadian Economic Union* (1983); Trudeau, *Le temps d'agir: Jalons du renouvellement de la fédération canadienne* (1978); Association du Barreau canadien, comité sur la Constitution, *Vers un Canada nouveau* (1978); Comité constitutionnel du parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, (1980); Groupe de travail sur l'unité canadienne, *Se retrouver: observations et recommandations* (1970); Chrétien, *Pouvoirs touchant l'économie: fondements constitutionnels de l'union économique canadienne* (1980).

Ces préoccupations économiques ont sans doute contribué à l'enchâssement constitutionnel, au par. 6(2) de la *Charte*, de la liberté de circuler dans tout le pays et de s'établir dans toute province. Mais la citoyenneté et les droits et obligations qui lui sont inhérents ne sont pas seulement pertinents en ce qui concerne le souci de l'État de bien structurer l'économie. La citoyenneté définit les rapports des citoyens avec leur pays et les droits qui leur échoient à cet égard, un facteur qui n'avait pas échappé au juge Rand comme il ressort de l'extrait déjà reproduit. Cette interprétation se dégage du texte de l'art. 6 de la *Charte* qui n'est pas formulé en fonction des éléments structuraux du fédéralisme, mais en fonction des droits des citoyens et des résidents permanents du Canada. Il y a corrélation entre citoyenneté et nationalité. La citoyenneté comporte le droit inhérent de résider n'importe où dans le pays et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. La *Charte* rend ce droit expressément applicable aux citoyens de même qu'aux résidents permanents. Ce droit, comme les autres droits individuels garantis par la *Charte*, doit être interprété de façon libérale pour réaliser son objectif qui est d'accorder à tous les Canadiens et résidents permanents les droits qui découlent du fait d'appartenir à un pays uni ou d'y résider en permanence.

Cette conception me semble tout à fait conforme à l'interprétation de la *Charte* «fondée sur l'objet

Charter set forth by Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, in the following passage at p. 344:

> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

It is not without interest, given the broad similarities in the federal structure of the two countries that mobility rights have also been found to exist under the United States Constitution. The United States position, it is true, results from a different constitutional foundation from s. 6 of the *Charter* but, in my view, it can still help to illuminate some of the points that arise under s. 6.

The American constitution does not have a specific clause dealing with "mobility rights" but some of its provisions have been judicially interpreted as protecting these rights. This has been done primarily by Art. IV, s. 2(1) of the United States Constitution, which provides that "The citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States." The United States Supreme Court in *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948), stated that the aim of the privileges and immunities clause was "to help fuse into one Nation a collection of independent, sovereign States." But it is noteworthy that this aim, as in the case of the *Charter*, was achieved by according rights to the citizen. The aims of Art. IV are similar to those of s. 6 of the *Charter* and the United States courts have import-

visé» que le juge en chef Dickson a formulée dans le passage suivant de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344:

> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Vu les ressemblances générales de la structure fédérale des deux pays, il n'est pas sans intérêt de constater qu'on a également conclu à l'existence de la liberté de circulation et d'établissement dans la Constitution américaine. Il est vrai que la position américaine découle d'un fondement constitutionnel différent de l'art. 6 de la *Charte* mais, à mon avis, elle peut quand même nous éclairer sur certains points que soulève l'art. 6.

La Constitution américaine n'a pas de disposition précise portant sur «la liberté de circulation et d'établissement», mais les tribunaux ont déjà considéré que certaines de ses dispositions garantissaient cette liberté. Cela a été fait principalement par l'article IV, par. 2(1), de la Constitution américaine qui prévoit que: [TRADUCTION] «Les citoyens de chaque État auront droit à toutes les immunités et à tous les privilèges de citoyens dans les divers États». Dans l'arrêt *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948), la Cour suprême des États-Unis a affirmé que la disposition sur les immunités et privilèges avait pour but [TRADUCTION] «de réunir en une seule nation une série d'États souverains et indépendants». Mais il convient de souligner que, tout comme dans le cas de la *Charte*, on est parvenu à réaliser cet objectif en accordant des

ed rights similar to s. 6(2) into Art. IV. The same state economic concerns and the right of the citizen are intertwined.

Section 6(2)(*b*)—The Existing Cases

The foregoing considerations were reflected in the few cases that have thus far been decided under s. 6(2), and were repeated in the only judgment to reach this Court on the provision, *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

At issue in *Skapinker* was the validity of s. 28(*c*) of the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233, which required all members of the Ontario bar to be Canadian citizens. Mr. Skapinker, a South African citizen and a resident of Canada, met all the preconditions to membership to the bar except that of citizenship required by s. 28(*c*). He argued that pursuant to s. 6(2)(*b*) he had as a permanent resident a "free-standing" right to work and, therefore, s. 28(*c*) was inconsistent with s. 6(2)(*b*) of the *Charter* and was thus rendered inoperative by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The argument, it should be noted, was not based on residency; Mr. Skapinker was already a resident of Ontario.

Estey J., speaking for a unanimous Court, upheld s. 28(*c*). He discussed the inter-relationship between s. 6(2)(*a*) and (*b*) and concluded that although s. 6(2)(*a*) (the right to move and take up residency) and (*b*) (the right to pursue the gaining of a livelihood) are not to be read as being strictly conjunctive, s. 6(2)(*b*) could not be completely divorced from the rights granted in s. 6(1) and 6(2)(*a*). Section 6(2)(*b*) contained a mobility element. It did not, therefore, support a "free-standing" right to work for which Skapinker argued.

Section 6(2)(*a*) and (*b*) was treated as according separate but not isolated rights consistent with the fact that the section is prefaced by the heading—"Mobility Rights". "There is," said Estey J.,

droits aux citoyens. Les buts de l'article IV sont semblables à ceux de l'art. 6 de la *Charte* et les tribunaux américains ont considéré que l'article IV protégeait des droits semblables à ceux du par. 6(2). Les mêmes préoccupations économiques de l'État et le droit du citoyen sont intimement liés.

L'alinéa 6(2)*b*)—La jurisprudence existante

Les considérations précédentes ressortent des quelques décisions qui ont été rendues jusqu'à maintenant sous le régime du par. 6(2) et elles ont été reprises dans le seul arrêt rendu par cette Cour au sujet de cette disposition, savoir l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

L'affaire *Skapinker* portait sur la validité de l'al. 28*c*) de la *Law Society Act*, R.S.O. 1980, chap. 233, qui exigeait que tous les membres du barreau de l'Ontario soient citoyens canadiens. M. Skapinker, un citoyen sud-africain résidant au Canada, remplissait toutes les conditions requises pour être membre du barreau, à l'exception de celle de la citoyenneté exigée par l'al. 28*c*). Il a soutenu que conformément à l'al. 6(2)*b*) il avait, à titre de résident permanent, un droit «distinct» au travail et que, par conséquent, l'al. 28*c*) était incompatible avec l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* et donc inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de souligner que l'argument n'était pas fondé sur la résidence; M. Skapinker était déjà résident de l'Ontario.

Le juge Estey, qui a rédigé l'arrêt unanime de la Cour, a confirmé la validité de l'al. 28*c*). Il a analysé la corrélation entre les al. 6(2)*a*) et *b*) pour conclure que même si les al. 6(2)*a*) (le droit de se déplacer et d'établir sa résidence) et *b*) (le droit de gagner sa vie) ne devaient pas être interprétés comme étant strictement inséparables, l'al. 6(2)*b*) ne pouvait pas être entièrement dissocié des droits garantis au par. 6(1) et à l'al. 6(2)*a*). L'alinéa 6(2)*b*) comportait un élément de liberté de circulation. Il ne pouvait donc justifier le droit «distinct» au travail invoqué par Skapinker.

Les alinéas 6(2)*a*) et *b*) ont été interprétés comme conférant des droits distincts mais non dissociés, conformément à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède l'arti-

"a separation of function and purpose" (p. 380) between the two clauses. The mobility element inherent in para. (*b*) does not go so far as to require a person to move to another province and become a resident of that province before he or she has a right to gain a livelihood in that province. At p. 382, Estey J. stated: "The two rights (in para. (*a*) and in para. (*b*)) both relate to movement into another province, either for the taking up of residence, or to work without establishing residence."

Estey J. specifically addressed the situation of the transprovincial border commuter. Such a commuter, he held, need not establish residence in the province of employment in order to have a guaranteed right to work under para. (*b*).

In *Skapinker*, this Court was not required to grapple with the specific nature of the "mobility" element. What is clear, however, is that the issues must be informed by considerations regarding citizenship such as those I discussed earlier. This is evident from Estey J.'s treatment of the decision of Deschênes C.J.S.C. in *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146, which he described as instructive.

Malartic Hygrade was concerned with s. 59 of the *Act Respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1, which allowed a member of the bar of another province to appear occasionally before the Quebec courts, but only with respect to matters involving federal jurisdiction and only if the other province extended reciprocal privileges to Quebec lawyers. The provision was attacked both under s. 2 and s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. Dealing with the latter provision, the Chief Justice gave a broad meaning to s. 6(2)(*b*). In a passage cited by Estey J. (at p. 381), he stated at pp. 520-21:

> The purpose of this provision is undoubtedly to give Canadian citizenship its true meaning and to prevent artificial barriers from being erected between the provinces. . . .

cle. Selon le juge Estey, «Il y a une distinction de rôle et d'objet» (p. 380) entre les deux dispositions. L'élément de circulation et d'établissement inhérent à l'al. *b*) ne va pas jusqu'à exiger d'une personne qu'elle se déplace dans une autre province et devienne résidente de cette province avant de pouvoir y gagner sa vie. Comme l'a affirmé le juge Estey à la p. 382: «Les deux droits (à l'al. *a*) et à l'al. *b*)) se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence».

Le juge Estey a examiné spécifiquement la situation de celui qui traverse une frontière interprovinciale pour se rendre à son travail. Il a conclu que cette personne n'a pas à établir sa résidence dans la province où elle travaille pour que l'al. *b*) lui garantisse un droit au travail.

Dans l'arrêt *Skapinker*, cette Cour n'avait pas à s'attaquer à la question de la nature précise de l'élément de «liberté de circulation». Ce qui est clair cependant, c'est que les questions doivent être clarifiées par des facteurs concernant la citoyenneté comme ceux que j'ai examinés précédemment. Cela ressort clairement de la façon dont le juge Estey a traité la décision rendue par le juge en chef Deschênes dans *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef du Québec*, [1982] C.S. 1146, 142 D.L.R. (3d) 512, qu'il a qualifiée d'instructive.

L'affaire *Malartic Hygrade* portait sur l'art. 59 de la *Loi sur le Barreau du Québec*, L.R.Q. 1977, chap. B-1, qui permettait à un membre du barreau d'une autre province d'occuper occasionnellement mais seulement devant les tribunaux québécois exerçant une juridiction dans une matière de compétence fédérale et seulement si l'autre province accordait les mêmes privilèges aux avocats du Québec. La disposition a été contestée à la fois en vertu de l'art. 2 et de l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. Traitant de cette dernière disposition, le juge en chef a accordé un sens large à l'al. 6(2)*b*). Dans un passage cité par le juge Estey (à la p. 381), il a affirmé aux pp. 520 et 521:

> Cette disposition vise sans doute à donner à la citoyenneté canadienne son sens véritable et à prévenir l'érection de murailles artificielles entre les provinces. . . .

In principle the *Charter* thus intends to ensure interprovincial mobility.

Deschênes C.J. also added, at p. 521, that s. 6(2)(*b*) should be construed as preventing provincial prohibitions on the basis of "extra-provinciality", i.e., making residence a criterion of exclusion. Any limitation to interprovincial mobility must, in his view, satisfy the criteria in s. 6(3)(*a*) to be valid. It is by way of s. 6(3)(*a*), he thought, that regional characteristics should be taken into account. He then went on to find s. 28(*c*) valid by virtue of that provision. It suffices here to say that I agree with the broad scope given to s. 6(2)(*b*) and need not deal with his conclusions regarding s. 6(3)(*a*). I shall, however, deal with the issues that arise in the present case regarding that provision later.

The nature of the requisite mobility element was raised in *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219 (N.S.S.C.A.D.) A Nova Scotia regulation prohibited non-residents from obtaining a direct seller's licence. The plaintiff, who was employed as a direct seller for a Quebec publishing company, applied for a licence but the application was refused because he was not a permanent resident of Nova Scotia. He then challenged the provision on the basis of s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. The court declared that the regulation violated s. 6(2)(*b*) and was not saved by s. 6(3) or s. 1.

Jones J.A., who delivered the judgment of the court, took a broad approach to s. 6(2)(*b*). He held at p. 224 that ". . . the Charter confers the right to pursue the gaining of a livelihood in any province irrespective of residency." While he accepted the view of the majority of the Ontario Court of Appeal in *Re Skapinker and Law Society of Upper Canada* (1983), 145 D.L.R. (3d) 502, later reversed by this Court, he based his reasons squarely on the fact that the prohibition in question discriminated against non-residents and that this violated the rights of the citizen, not simply

En principe la *Charte* veut donc assurer la mobilité interprovinciale.

Le juge en chef Deschênes a également ajouté, à la p. 521, que l'al. 6(2)*b*) devrait être interprété de façon à empêcher les restrictions provinciales fondées sur «l'extra-provincialité», c.-à-d. celles qui font de la résidence un critère d'exclusion. À son avis, toute restriction à la liberté de circulation interprovinciale doit satisfaire au critère de l'al. 6(3)*a*) pour être valide. Il a estimé que c'est au moyen de l'al. 6(3)*a*) que les caractéristiques régionales devraient être prises en compte. Il a ensuite conclu que l'al. 28*c*) était valide en vertu de cette disposition. Qu'il suffise de dire ici que je suis d'accord avec la portée générale accordée à l'al. 6(2)*b*) et que je n'ai pas à examiner ses conclusions quant à l'al. 6(3)*a*). Je traiterai cependant plus loin des questions que soulève cette disposition en l'espèce.

La nature de l'élément de «liberté de circulation» nécessaire a été soulignée dans l'arrêt *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219 (C.S.N.-É.D.A.) Un règlement de la Nouvelle-Écosse empêchait les non-résidents d'obtenir un permis de ventes à domicile. Le demandeur qui travaillait pour une maison d'édition québécoise a présenté une demande de permis qui lui a été refusée parce qu'il n'était pas un résident permanent de la Nouvelle-Écosse. Il a alors contesté la disposition en invoquant l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. La cour a décidé que le règlement violait l'al. 6(2)*b*) et qu'il n'était sauvegardé ni par le par. 6(3) ni par l'article premier.

Le juge Jones qui a rendu le jugement de la cour a adopté une interprétation large de l'al. 6(2)*b*). Il a conclu, à la p. 224, que [TRADUCTION] «. . . la Charte confère le droit de gagner sa vie dans toute province sans égard à la résidence». Bien qu'il ait accepté l'opinion des juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Skapinker and Law Society of Upper Canada* (1983), 145 D.L.R. (3d) 502, que cette Cour a infirmé par la suite, il a carrément fondé ses motifs sur le fait que l'interdiction en question établissait à l'égard des non-résidents une distinction qui violait les

the right to mere mobility. He had this to say at p. 224:

With respect to the Ontario Court of Appeal, the emphasis should be on the rights of citizenship and not simply mobility. Section 19 of the regulations prohibits any non-resident from carrying on business as a direct seller in Nova Scotia. The clause clearly discriminates against non-residents and the trial judge so found. It is impossible for a non-resident to obtain a licence on that ground alone. *Prima facie*, therefore, the section violates s. 6(2)(*b*) of the Charter.

I shall have more to say about this issue in discussing Rule 154. In any event, assuming mobility of a non-resident is required to invoke the protection given by s. 6(2)(*b*), it seems to me to be in the spirit of the examples given in *Skapinker*, *supra*. A non-resident who desires a Nova Scotia direct seller's licence will necessarily have to have some contact with Nova Scotia in order to make any use of the licence, even though he returns regularly to his residence in Quebec. Such contact seems sufficient to satisfy any requirement of personal mobility. A generous interpretation of the *Charter* would at least dictate that such a mobility element need not be a regular or prominent component, keeping in mind that s. 6(2)(*a*) merely aids in the interpretation of s. 6(2)(*b*) and neither subsection is wholly dependent on the other.

The cases have raised a further issue, namely, whether a particular claim is protected by the phrase "to pursue the gaining of a livelihood." Arnup J.A., dissenting in the Court of Appeal in *Skapinker*, *supra*, made passing reference to this at pp. 514-15. "The permanent resident who goes to another province," he stated, "has a right to pursue the gaining of a livelihood there, whether that person is a lawyer or a Class "A" mechanic, but must comply with the local laws concerning the qualifications of all lawyers or all mechanics (except laws discriminating on the basis of past or present province of residence)." I agree. Section 6(2)(*b*), in my view, guarantees not simply the

droits du citoyen et non simplement la liberté de circulation. Voici ce qu'il affirme, à la p. 224:

[TRADUCTION] En toute déférence pour la Cour d'appel de l'Ontario, il faudrait insister sur les droits de citoyenneté et non simplement sur la liberté de circulation. L'article 19 du règlement interdit aux non-résidents de travailler comme vendeurs à domicile en Nouvelle-Écosse. La disposition établit clairement une distinction à l'écart des non-résidents et le juge de première instance a conclu qu'il en était ainsi. Un non-résident se voit dans l'impossibilité d'obtenir un permis pour ce seul motif. À première vue, l'article viole donc l'al. 6(2)*b*) de la Charte.

Je m'étendrai davantage sur ce point en analysant le règlement 154. Quoi qu'il en soit, si l'on tient pour acquis que la liberté de circulation d'un non-résident est nécessaire pour invoquer la protection accordée par l'al. 6(2)*b*), cela me semble conforme à l'esprit des exemples donnés dans l'arrêt *Skapinker*, précité. Un non-résident qui désire obtenir un permis de vente à domicile de la Nouvelle-Écosse devra obligatoirement établir une certaine communication avec la Nouvelle-Écosse pour se servir du permis et ce, même s'il retourne régulièrement à son lieu de résidence au Québec. Cette communication semble suffisante pour remplir toute condition relative à la liberté de circulation personnelle. Il ressort à tout le moins d'une interprétation libérale de la *Charte* que cet élément de liberté de circulation n'a pas à constituer un aspect régulier ou marquant si l'on garde à l'esprit que l'al. 6(2)*a*) ne fait qu'aider à interpréter l'al. 6(2)*b*) et qu'aucun des alinéas ne dépend entièrement de l'autre.

Une autre question ressort de la jurisprudence, celle de savoir si une demande particulière est protégée par l'expression «de gagner leur vie». Le juge Arnup, dissident en Cour d'appel dans l'arrêt *Skapinker*, précité, fait allusion à cela, aux pp. 514 et 515. [TRADUCTION] «Le résident permanent qui se rend dans une autre province», dit-il, «a le droit d'y gagner sa vie qu'il soit avocat ou mécanicien de classe «A», mais il doit se conformer aux lois de cette province concernant les qualités requises de tous les avocats et les mécaniciens (à l'exception des lois qui établissent une distinction fondée sur la province de résidence actuelle ou antérieure)». Je partage cet avis. À mon sens, l'al.

right to pursue a livelihood, but more specifically, the right to pursue the livelihood of choice to the extent and subject to the same conditions as residents.

Denying non-residents access to some fields cannot be condoned, for the purposes of s. 6(2)(*b*), by the fact that some job positions are still left open to non-residents. The right to pursue this livelihood of choice must remain a viable right and cannot be rendered practically ineffective and essentially illusory by the provinces. This point may be illustrated by *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (B.C.S.C), a case in which the Medical Services Commission of British Columbia refused to issue a billing number to a qualified medical doctor to practise as a general practitioner in the place chosen by her. It was held that the Commission had no jurisdiction to deny the petitioner a billing number. Although a successful administrative law argument was sufficient to dispose of the petition, McEachern C.J.S.C. (now C.J.B.C.) went on to deal with the case in the context of ss. 6 and 7 of the *Charter*. With respect to s. 6, he suggested that one need not be completely cut off from a particular livelihood for a violation to exist. It was sufficient if a person was disadvantaged in the pursuit of that livelihood. Preference was given to other members for billing numbers based on residence and previous practice. The petitioner was, therefore, disadvantaged. The argument that the petitioner was not disadvantaged by the denial of a billing number because she could require her patients to pay her directly was quickly and, in my view, correctly rejected. It is unrealistic to expect patients who have medical insurance to obtain the services of a doctor whose services are not covered by the medical plan. The denial of a billing number realistically precluded the petitioner from pursuing her livelihood of choice in the place of her choice. The phrase in s. 6(2)(*b*), "to pursue the gaining of a livelihood" was construed to mean "the right to practice [*sic*] on a viable economic basis" (p. 408): see also

6(2)*b*) garantit non seulement le droit de gagner sa vie mais, plus précisément, le droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix tout en étant assujetti aux mêmes conditions que les résidents.

Aux fins de l'al. 6(2)*b*), on ne peut excuser le refus aux non-résidents de l'accès à certains domaines par le fait que certains emplois leur sont encore accessibles. Le droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix doit demeurer un droit viable et les provinces ne peuvent le rendre pratiquement sans effet et essentiellement illusoire. Ce point peut être illustré par l'affaire *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.), où la Medical Services Commission de la Colombie-Britannique avait refusé d'accorder à un médecin compétent un numéro de facturation qui lui permettrait d'exercer la médecine générale à l'endroit de son choix. Il a été décidé que la Commission n'avait pas compétence pour refuser un numéro de facturation à la requérante. Bien qu'un argument de droit administratif fût suffisant pour statuer sur la requête, le juge en chef McEachern de la Cour suprême (maintenant juge en chef de la Colombie-Britannique) a poursuivi l'examen de l'affaire en fonction des art. 6 et 7 de la *Charte*. En ce qui concerne l'art. 6, il a laissé entendre qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne soit complètement privée d'un gagne-pain particulier pour qu'il y ait violation. Il suffit qu'elle soit défavorisée dans l'exercice de sa profession ou de son métier. Une préférence fondée sur la résidence et la pratique antérieure avait été accordée à d'autres membres relativement aux numéros de facturation. La requérante avait donc été défavorisée. L'argument selon lequel le refus d'accorder un numéro de facturation n'avait pas défavorisé la requérante puisqu'elle pouvait exiger que les patients la paient directement a été rejeté rapidement et à juste titre selon moi. Il est irréaliste de s'attendre à ce que des patients qui bénéficient d'une assurance-maladie aillent consulter un médecin dont les services ne sont pas couverts par le régime médical. Le refus d'accorder un numéro de facturation à la requérante l'a effectivement empêchée de gagner sa vie à l'endroit de son choix. On a interprété l'expression «gagner leur vie» à l'al.

Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350.

It is important for the courts to look at the substance of provisions, which on their face do not appear to affect the pursuit of the gaining of a livelihood and ensure that these provisions are not for practical purposes rendered impotent.

The Application of s. 6(2)(*b*) of the *Charter* to Rules 154 and 75B

I am of the view that both Rule 154 and Rule 75B violate s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. The combined effect of the rules seriously impairs the ability of the respondents to maintain a viable association for the purpose of obtaining a livelihood, and makes such a business arrangement completely unfeasible.

Dealing first with Rule 154, all the judges in the courts below agreed that the rule *prima facie* violated s. 6(2)(*b*). Rule 154 does not prohibit non-resident lawyers from practising law in Alberta. Rather, it prohibits non-residents from associating with residents for the purpose of the practice of law. Non-resident members of the Law Society are free to practise law in Alberta by themselves or with other non-resident members. Non-residents, although not denied the right to practise law in Alberta, are severely restricted in the way in which they can engage in the practice. Non-residents are prevented from forming partnerships with resident lawyers. Partnerships are the most common mode of law office organization and Rule 154 prohibits non-residents from forming partnerships with the people who would be their most valuable link to the Alberta legal community, the resident lawyers. Without any substantial links in Alberta, non-resident members would be seriously restricted in their ability to gain a livelihood in Alberta.

Assuming personal mobility is required to trigger the protection of s. 6(2)(*b*), Rule 154 is so written as to restrict such mobility. In *Skapinker*, *supra*, Estey J. stated that s. 6 protected one's right to work in another province without taking

6(2)*b*) comme signifiant [TRADUCTION] «le droit de pratiquer sur une base économique viable» (p. 408): voir également la décision *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia* (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350.

Il est important que les tribunaux examinent le contenu de dispositions qui, à première vue, ne semblent pas nuire au droit de gagner sa vie et s'assurent qu'elles ne sont pas, à toutes fins pratiques, rendues inopérantes.

L'application de l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* aux règlements 154 et 75B

Je suis d'avis que les règlements 154 et 75B violent tous les deux l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. L'effet conjugé de ces règlements compromet sérieusement la capacité des intimés de maintenir une association viable pour gagner leur vie et rend un tel arrangement commercial tout à fait impossible.

Examinant d'abord le règlement 154, les juges des tribunaux d'instance inférieure ont tous convenu que ce règlement violait à première vue l'al. 6(2)*b*). Le règlement 154 n'interdit pas aux avocats non résidants de pratiquer le droit en Alberta. Il leur interdit plutôt de s'associer avec des résidents en vue de pratiquer le droit. Il est loisible aux membres non résidants de la Law Society de pratiquer le droit en Alberta seuls ou avec d'autres membres non résidants. Les non-résidents, bien qu'ils ne soient pas privés du droit de pratique en Alberta, sont sévèrement restreints dans l'exercice de leur pratique. Ils ne peuvent s'associer avec des avocats résidants. Les associations constituent le mode d'organisation le plus courant des cabinets d'avocats et le règlement 154 empêche les non-résidents de s'associer avec les gens qui constitueraient leur lien le plus précieux avec la communauté juridique albertaine, les avocats résidants. En l'absence de véritables liens en Alberta, les membres non résidants verraient leur capacité de gagner leur vie en Alberta sérieusement limitée.

En supposant que la liberté de circulation personnelle soit requise pour qu'entre en jeu la protection de l'al. 6(2)*b*), le règlement 154 est formulé de façon à restreindre cette liberté de circulation. Dans l'arrêt *Skapinker*, précité, le juge Estey a

up residence in that province. Rule 154 makes it, for all practical purposes, impossible for any person to practise law effectively in Alberta without taking up residence there. It must be remembered that although the particular facts of this case provide a valuable context in which to examine the rules, it is the legislation that is under scrutiny and it is that legislation that must be examined to see if its object or effect is to impair mobility.

I accept the meaning attributed to the provision by Kerans J. in the court below, and I do not think it can be read down, as the Law Society and the Attorney General of Quebec suggest, so as not to include a person who resides outside Alberta but personally maintains a practice in the province. Even if I were to so read the section, however, I would have thought any relevant mobility protected by s. 6(2)(*b*) would be sufficient to pursue one's livelihood. The infrequent visits to Alberta of the Toronto partners of the respondents would, therefore, be enough. This flows from what I had to say earlier with respect to *Basile*, *supra*. Such movement, in my view gives a sufficient "taint of relevancy" to the element of mobility, to use Estey J.'s phrase in *Skapinker*, *supra*. It would pose an impossible task on courts to expect them to superintend precisely how much interprovincial movement an individual should engage in in order to be protected by s. 6(2)(*b*). That factor, indeed, suggests that s. 6(2)(*b*) should be approached on a broader basis.

In truth, a purposive approach to the *Charter* dictates a more comprehensive approach to mobility. What section 6(2) was intended to do was to protect the right of a citizen (and by extension a permanent resident) to move about the country, to reside where he or she wishes and to pursue his or her livelihood without regard to provincial boundaries. The provinces may, of course, regulate these rights (as *Skapinker* holds). But, subject to the exceptions in ss. 1 and 6 of the *Charter*, they

affirmé que l'art. 6 protégeait le droit d'une personne de travailler dans une autre province sans y établir sa résidence. En vertu du règlement 154, il est pratiquement impossible pour quiconque de pratiquer le droit en Alberta sans s'y établir. Il faut se rappeler que, même si les faits particuliers de cette affaire nous offrent un contexte précieux pour examiner les règlements, c'est la mesure législative qui est en cause et c'est cette mesure qui doit être examinée pour déterminer si elle a pour objet ou pour effet de compromettre la liberté de circulation.

J'accepte le sens que le juge Kerans de la Cour d'appel a attribué à la disposition et je ne crois pas qu'elle puisse être interprétée de façon atténuée, comme la Law Society et le procureur général du Québec le prétendent, pour exclure une personne qui ne réside pas en Alberta mais qui pratique personnellement dans cette province. Cependant, même si je devais interpréter la disposition de cette façon, j'aurais cru que toute liberté de circulation pertinente que protège l'al. 6(2)*b*) serait suffisante pour permettre de gagner sa vie. Les visites irrégulières que les associés torontois des intimés effectueraient en Alberta seraient donc suffisantes. Cela découle de ce que j'ai dit précédemment au sujet de l'affaire *Basile*, précitée. À mon avis, pour reprendre l'expression du juge Estey dans l'arrêt *Skapinker*, précité, de tels déplacements confèrent un «minimum de pertinence» suffisant à l'élément de liberté de circulation. Ce serait imposer aux tribunaux une tâche impossible que d'exiger qu'ils contrôlent précisément le nombre de déplacements interprovinciaux qu'un individu devrait effectuer pour être protégé par l'al. 6(2)*b*). Ce facteur indique d'ailleurs que l'al. 6(2)*b*) devrait être abordé de façon plus large.

En réalité, une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet visé nous oblige à aborder de manière plus globale la liberté de circulation. Le paragraphe 6(2) était destiné à protéger le droit d'un citoyen (et par extension celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent évidemment réglementer ces droits (selon l'arrêt *Skapinker*). Cependant,

cannot do so in terms of provincial boundaries. That would derogate from the inherent rights of the citizen to be treated equally in his capacity as a citizen throughout Canada. Those rights are extended now to those who have the status of a permanent resident of Canada. This approach is consistent with the rights traditionally attributed to the citizen as expounded in *Winner*, *supra*, with the concerns expressed when the *Charter* was being negotiated, and with the language of the *Charter*. It is also consistent with the generous and purposive approach mandated by the *Charter*.

The language of s. 6(2)(*b*) is surely clear enough. It accords the citizen and permanent residents the right "to pursue the gaining of a livelihood in any province". The latter term, it should be noted, does not connote the physical movement of the individual to the province. The expression "to work in the province", which is used in some of the cases, might more easily be open to that interpretation. But these are not the words used in the *Charter*. There is, however, no doubt that a person can pursue a living in a province without being there personally. That is consistent with the law in other areas. A non-resident has been held to be liable to a personal tax on income earned in a province even though that person was there only through the instrument of an agent. Such a tax was considered to have been imposed "within the province"; see, for example, *Kerr v. Superintendent of Income Tax*, [1942] S.C.R. 435. As Estey J. notes in *Skapinker*, *supra*, at p. 379, the heading "Mobility Rights" preceding s. 6, is not controlling but is perhaps limited to eliminate a meaning that is out of sympathy with that heading. The heading seems to me to be a good general description of the provisions of s. 6, and an interpretation that permits a person to pursue his living throughout Canada does not seem to me to be a meaning that is out of sympathy with mobility. What is more, the wording of s. 6(3)(*a*) suggests that s. 6(2)(*b*) should have the meaning I have given it; see *Re Mia*, *supra*, at p. 404. I repeat here the words of

sous réserve des exceptions contenues à l'article premier et à l'art. 6 de la *Charte*, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Ce serait déroger aux droits que possède le citoyen, en sa qualité même de citoyen, d'être traité également partout au Canada. Ces droits s'appliquent maintenant à ceux qui ont le statut de résident permanent au Canada. Cette interprétation est conforme aux droits reconnus traditionnellement au citoyen, tel qu'exposé dans l'arrêt *Winner*, précité, aux préoccupations exprimées lors des négociations entourant la *Charte* et au texte de la *Charte*. Elle est également conforme à l'interprétation libérale et fondée sur l'objet visé qu'exige la *Charte*.

Le texte de l'al. 6(2)*b*) est certainement assez clair. Il accorde aux citoyens et aux résidents permanents le droit «de gagner leur vie dans toute province». Il convient de signaler que la dernière expression n'implique pas le déplacement physique de l'individu vers la province. L'expression «travailler dans la province» qui est utilisée dans certaines décisions peut se prêter plus facilement à cette interprétation. Mais ce ne sont pas les termes que la *Charte* emploie. Il ne fait cependant aucun doute qu'une personne peut gagner sa vie dans une province sans s'y trouver personnellement. Cela est conforme au droit applicable dans d'autres domaines. Il a déjà été décidé qu'un non-résident était assujetti au paiement d'un impôt personnel pour le revenu gagné dans une province même s'il n'y avait fait des affaires que par l'intermédiaire d'un mandataire. On a considéré que cet impôt avait été prescrit [TRADUCTION] «dans la province»; voir, par exemple, l'arrêt *Kerr v. Superintendent of Income Tax*, [1942] R.C.S. 435. Comme le souligne le juge Estey dans l'arrêt *Skapinker*, précité, à la p. 379, la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède l'art. 6 n'est pas déterminante mais vise peut-être seulement à écarter un sens qui ne concorde pas avec cette rubrique. La rubrique me semble donner une bonne description générale des dispositions de l'art. 6 et une interprétation qui permet à une personne de gagner sa vie partout au Canada ne me paraît pas constituer un sens incompatible avec la liberté de circulation et d'établissement. Qui plus est, le texte de l'al. 6(3)*a*) laisse croire que l'al. 6(2)*b*) devrait avoir le sens que je lui ai attribué; voir la décision

Estey J. in *Skapinker*, *supra*, at p. 380, where he says:

> The concluding words of s. 6(3)(*a*), just cited, buttress the conclusion that s. 6(2)(*b*) is directed towards "mobility rights", and was not intended to establish a free standing right to work. Reading s. 6(2)(*b*) in light of the exceptions set out in s. 6(3)(*a*) also explains why the words "in any province" are used: citizens and permanent residents have the right, under s. 6(2)(*b*), to earn a living in any province subject to the laws and practices of "general application" in that province which do not discriminate primarily on the basis of provincial residency.

It is true that many of the remarks in *Skapinker* are directed to the situation of individuals personally moving across the border. It must be remembered, however, that what was sought to be distinguished in that case was a law not directed at non-residents at all. Skapinker was already a resident of Ontario and the provision there did not constitute a provincial barrier that favoured residents. The reference to commuters was, therefore, a convenient vehicle to do this, particularly having regard to the fact that this example was expressly prompted in argument: see p. 370. The right of the citizen or permanent resident to pursue the gaining of a livelihood by offering his services anywhere in Canada has, in my view, a quite sufficient "taint of relevancy" to the heading "Mobility Rights" preceding s. 6.

It is persuasive that the privileges and immunities clause of the United States Constitution (which we saw has a purpose similar to s. 6(2) of the *Charter*) has been interpreted so as to give the citizens of that country rights similar to those explained in these reasons. Recently, the United States Supreme Court struck down New Hampshire's residency requirement for admission to the bar on the basis that it violated the privileges and immunities clause of the Constitution: *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985). In *Piper*, a Vermont resident was permit-

Re Mia, précitée, à la p. 404. Je répète ici les propos tenus par le juge Estey à la p. 380 de l'arrêt *Skapinker*, précité:

> Les derniers mots de l'al. 6(3)*a*), que je viens tout juste de citer, étayent la conclusion que l'al. 6(2)*b*) vise la «liberté de circulation et d'établissement» et non pas à établir un droit distinct au travail. L'interprétation de l'al. 6(2)*b*) en fonction des exceptions énoncées à l'al. 6(3)*a*) permet également d'expliquer pourquoi les mots «dans toute province» sont utilisés: en vertu de l'al. 6(2)*b*), les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages «d'application générale» dans cette province qui n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

Il est vrai que plusieurs des remarques contenues dans l'arrêt *Skapinker* visent la situation d'individus qui traversent personnellement la frontière. Il faut cependant garder en tête que ce que l'on cherchait à distinguer dans cette affaire était une loi qui ne visait pas du tout les non-résidents. Skapinker était déjà résident de l'Ontario et la disposition en cause ne constituait pas une barrière provinciale favorisant les résidents. Par conséquent, la mention de ceux qui traversent une frontière pour se rendre à leur travail constituait un moyen approprié d'y arriver, surtout si l'on tient compte du fait que cet exemple avait été expressément soulevé dans l'argumentation (voir p. 370). À mon avis, le droit d'un citoyen ou d'un résident permanent de gagner sa vie en offrant ses services n'importe où au Canada confère un «minimum de pertinence» tout à fait suffisant à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède l'art. 6.

Il est significatif que la disposition de la Constitution américaine sur les privilèges et immunités (qui, nous l'avons vu, a un objet semblable à celui du par. 6(2) de la *Charte*) a été interprétée de façon à accorder aux citoyens de ce pays des droits semblables à ceux expliqués dans les présents motifs. La Cour suprême des États-Unis a récemment annulé l'obligation d'être résident du New Hampshire pour être admis au barreau de cet État pour le motif qu'elle violait la disposition de la Constitution sur les privilèges et immunités: *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470

ted to take, and successfully passed, the New Hampshire bar examination. However, she was not permitted to be sworn in because Rule 42 of the *Rules of the Supreme Court of New Hampshire* which restricts admission to state residents or persons intending to become residents. Powell J., for the Court, stated that the privileges and immunities clause "was intended to create a national economic union" (p. 280). The practice of law was considered to be important to the national economy. Depriving a citizen of one state the right to do business in another state on terms essentially equal to those imposed for citizens of the second state was held to lead to a deprivation of a privilege guaranteed by Article IV. Dealing with the particular facts of that case, Powell J. found that there was no substantial reason for discrimination against non-resident applicants, nor was it illustrated that the discriminatory practices bore a close relationship to the proffered objectives. Similar reasoning was employed by the United States Supreme Court to strike down a provision under the Virginia *Supreme Court Rules* which imposed a residency requirement for admission to that State's bar: *Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 56 U.S.L.W. 4669 (1988).

A similar development has prevailed even in the European Economic Community. In *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*, [1985] 1 C.M.L.R. 99 (E.C.J. 1984), the European Court of Justice held that the Paris Bar Council could not deny membership to a German national who wished to establish offices in Paris and Düsseldorf contrary to a Paris rule which limited an advocate to one office.

I turn then briefly to Rule 75B. It also violates s. 6(2)(*b*) for reasons similar to those set out with respect to Rule 154. As I stated earlier, the two rules working in concert render interprovincial law firms unfeasible, and it is obvious from the facts that that is what they were designed to do. The

U.S. 274 (1985). Dans l'affaire *Piper*, une résidente du Vermont avait été autorisée à se présenter aux examens d'admission du barreau du New Hampshire et elle les avait passés avec succès. On ne lui a cependant pas permis d'être assermentée en raison de la règle 42 des *Rules of the Supreme Court of New Hampshire* qui limitait l'admission aux résidents ou aux personnes qui avaient l'intention de devenir résidentes. Le juge Powell a affirmé, au nom de la cour, que la disposition sur les privilèges et immunités [TRADUCTION] «avait pour but de créer une union économique nationale» (p. 280). On a considéré que la pratique du droit était importante pour l'économie nationale. On a statué que priver un citoyen d'un État du droit de faire des affaires dans un autre État selon des conditions essentiellement identiques à celles qui étaient imposées aux citoyens de ce second État revenait à le priver d'un privilège garanti par l'article IV. Examinant les faits particuliers de cette affaire, le juge Powell a conclu qu'il n'y avait aucune raison sérieuse d'établir une distinction à l'égard des requérants non résidants et qu'on avait pas montré que les pratiques discriminatoires avaient un lien étroit avec les objectifs recherchés. La Cour suprême des États-Unis a eu recours à un raisonnement analogue pour annuler une disposition des *Supreme Court Rules* de la Virginie qui imposait l'obligation d'être résident pour être admis au barreau de l'État: *Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 56 U.S.L.W. 4669 (1988).

Une situation semblable s'est présentée même dans la Communauté économique européenne. Dans la décision *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*, [1985] 1 C.M.L.R. 99 (C.E.J. 1984), la Cour européenne de justice a décidé que le Conseil du barreau de Paris ne pouvait refuser d'admettre un ressortissant allemand qui désirait ouvrir des bureaux à Paris et à Düsseldorf, contrairement à un règlement du barreau de Paris qui interdisait à un avocat d'avoir plus d'un bureau.

Je vais maintenant examiner brièvement le règlement 75B. Celui-ci viole également l'al. 6(2)*b*) pour des raisons semblables à celles énoncées quant au règlement 154. Comme je l'ai déjà affirmé, l'effet conjugé des deux règlements rend impossible l'établissement de cabinets d'avocats

forming of multiple partnerships is one of the most viable ways of organizing an interprovincial firm. It was added to strengthen Rule 504 and was not directed at any other problem. I shall have more to say of this in discussing s. 6(3)(*a*).

Limitations on s. 6(2) Right

Since I have found that both Rules 154 and 75B violate s. 6(2)(*b*) of the *Charter*, it remains to determine whether they can be upheld under s. 6(3)(*a*) or s. 1, both of which provisions circumscribe the rights guaranteed by s. 6(2). Some commentators, it is true, have suggested that s. 6(3) and (4) amount to a comprehensive legislative determination of the justifiable limits to s. 6(2) and thus render s. 1 superfluous: Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), at pp. 25-26; Lee and Trebilcock, "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U. of T. L.J.* 268, at p. 301. I disagree with this proposition. Section 6(2) is subject to both s. 6(3) and s. 1. The two provisions are significantly different and s. 6(3) is by no means a legislative translation of how s. 1 is to be interpreted in the context of s. 6(2). Section 6(3) acts as more or less a footnote to s. 6(2). It merely qualifies s. 6(2); it does not usurp the function of s. 1. The important balancing of various interests which is achieved under s. 1 cannot be so easily displaced.

Section 6(3)(*a*)

Section 6(3) of the *Charter* provides:

6. ...

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(*a*) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(*b*) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

multiprovinciaux et il ressort clairement des faits que c'était ce qu'ils visaient. L'établissement d'associations multiples constitue l'une des formes les plus viables d'organisation d'un cabinet multiprovincial. Le règlement a été ajouté pour renforcer le règlement 504 et ne visait aucun autre problème. Je reviendrai sur cette question au moment d'examiner l'al. 6(3)*a*).

Restrictions au droit garanti par le par. 6(2)

Puisque j'ai conclu que les règlements 154 et 75B violent l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*, il faut maintenant décider s'ils peuvent être maintenus en vertu de l'al. 6(3)*a*) ou de l'article premier qui circonscrivent tous les deux les droits garantis par le par. 6(2). Il est vrai que certains glossateurs ont laissé entendre que les par. 6(3) et (4) équivalent à une détermination législative complète des limites justifiables relatives au par. 6(2) et rendent ainsi superflu le recours à l'article premier: Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), aux pp. 25 et 26; Lee et Trebilcock, «Economic Mobility and Constitutional Reform» (1987), 37 *U. of T. L.J.* 268, à la p. 301. Je ne suis pas d'accord avec cette thèse. Le paragraphe 6(2) est subordonné au par. 6(3) et à l'article premier. Les deux dispositions sont très différentes et le par. 6(3) ne constitue aucunement une transcription législative de la façon dont l'article premier doit être interprété dans le contexte du par. 6(2). Le paragraphe 6(3) sert plus ou moins à expliquer le par. 6(2). Il ne fait que nuancer le par. 6(2); il ne s'approprie pas le rôle de l'article premier. L'évaluation importante de divers intérêts qui s'effectue en vertu de l'article premier ne peut être écartée si aisément.

L'alinéa 6(3)*a*)

Le paragraphe 6(3) de la *Charte* prévoit:

6. ...

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

Section 6(3)(*a*) validates laws of general application but only if such laws do not discriminate primarily on the basis of province of residence.

I need not enter into an extensive discussion of the meaning of "a law of general application" because even if the rules can be said to fall within that rubric, they are not covered by s. 6(3)(*a*) because, in my view, they "discriminate among persons primarily on the basis of the province of present or previous residence." That is surely obvious in the case of Rule 154. That rule makes direct reference to a lawyer's province of residence. The Law Society determined who could practise with whom by reference to residence. I am hard pressed to think of a clearer example of a provision that discriminates primarily on the basis of residence.

The status of Rule 75B, however, is not as clear. Dea J. and Kerans J.A. both appear to accept that because the avowed purpose of the rule was to control conflicts of interest in general, it does not discriminate on the basis of province of residence. I have serious difficulty with this. Besides, they appear to have neglected to assess the effect of the legislation and not merely its object. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. stated that if the purpose or effect of a law is unconstitutional, then the law is unconstitutional. The same standard of scrutiny applies with respect to the second branch of s. 6(3)(*a*).

The purpose of Rule 75B must first be examined. I am strongly of the view that Rule 154 and Rule 75B are intertwined. Immediately after a legal opinion concerning Rule 154 was considered by the Law Society, Rule 75B was added to the rules and counsel for the respondents was invited to present submissions on both of them. According to the then vice-president of the Law Society, the meeting at which Rule 75B was passed was the only meeting where such a rule was discussed. Mr. Virtue, a Bencher, stated that the considerations that prompted the passage of Rule 75B were "perhaps intermingled with the considerations of the

L'alinéa 6(3)*a*) déclare valides les lois d'application générale, mais seulement si elles n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

Je n'ai pas à examiner en détail le sens d'«une loi d'application générale» parce que, même si l'on peut affirmer que les règlements sont visés par cette expression, l'al. 6(3)*a*) ne leur est pas applicable puisque, à mon avis, «ils établissent entre les personnes [une] distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». Cela est certainement évident en ce qui concerne le règlement 154. Ce règlement fait directement état de la province de résidence d'un avocat. La Law Society a décidé qui pouvait pratiquer avec qui en fonction de la résidence. Je puis difficilement imaginer un exemple plus clair d'une disposition qui établit une distinction fondée principalement sur la résidence.

La situation n'est cependant pas aussi claire dans le cas du règlement 75B. Les juges Dea et Kerans ont tous les deux semblé accepter que, parce que l'objet reconnu du règlement était de supprimer les conflits d'intérêts en général, il n'établissait pas de distinction fondée sur la province de résidence. Cela me pose un problème sérieux. En outre, ils paraissent avoir négligé de déterminer l'effet de la loi et non simplement son objet. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé que si l'objet ou l'effet d'une loi est inconstitutionnel, la loi est alors insconstitutionnelle. La même norme d'examen s'applique à l'égard du deuxième volet de l'al. 6(3)*a*).

Il faut d'abord examiner l'objet du règlement 75B. Je suis convaincu que les règlements 154 et 75B sont intimement liés. Immédiatement après que la Law Society eut examiné une opinion juridique concernant le règlement 154, le règlement 75B a été ajouté aux règlements et l'avocat des intimés a été invité à présenter des observations au sujet des deux règlements. Selon celui qui était alors vice-président de la Law Society, le règlement 75B a été adopté au cours de la seule réunion où il en a été question. Me Virtue, un membre du conseil, a affirmé que les considérations qui ont incité à adopter le règlement 75B étaient [TRADUCTION]

154 rule". He went on to state that the object of Rule 75B was to avoid conflicts of interest, especially those that would result "if the two partnerships are widely separated geographically". The same Bencher conceded that Rule 154 was designed to prohibit national law firms. Like Rule 154, Rule 75B was aimed at prohibiting residents and non-resident members from associating for the practice of law.

It is also apparent that the effect of Rule 75B would be to discriminate on the basis of residence. Mr. Virtue acknowledged that at the time the Benchers were considering Rule 75B, "it was clear to everyone, at least it was clear to me, that 75B would have an effect on those who wanted to try to have national law firms . . . ." He went on to state that it was desirable that Rule 75B affect the creation of national law firms because the appellant could better carry out its functions in the absence of such firms. Kerans J.A., in his s. 1 analysis, acknowledged that the effect of Rule 75B was to inhibit the association of resident and non-resident members. He stated that very few resident lawyers would have any occasion to enter into more than one partnership . . . the two-level firm renders an inter-provincial law firm more feasible." It is not the members of local firms but rather those that want to develop and maintain interprovincial connections who will be most severely affected by Rule 75B. Rule 75B is therefore not saved by s. 6(3)(*a*) of the *Charter*. Whether the appellant was justified in discriminating on the basis of residence because of its concerns regarding conflicts of interest will be assessed under s. 1.

Section 1

Having established that Rules 154 and 75B violate s. 6(2)(*b*) of the *Charter* and are not justified under the terms of s. 6(3)(*a*), it is now

«peut-être intimement liées aux considérations relatives au règlement 154». Il a ensuite déclaré que le règlement 75B avait pour objet d'éviter les conflits d'intérêts, particulièrement ceux qui résulteraient [TRADUCTION] «si les deux cabinets associés [étaient] très éloignés géographiquement». Le même membre du conseil a admis que le règlement 154 avait pour but d'interdire l'existence de cabinets d'avocats à l'échelle nationale. Comme le règlement 154, le règlement 75B avait pour but d'interdire aux membres résidants et aux membres non résidants de s'associer pour pratiquer le droit.

Il est également manifeste que le règlement 75B aurait pour effet d'établir une distinction fondée sur la résidence. Me Virtue a reconnu qu'à l'époque où les membres du conseil examinaient le règlement 75B, [TRADUCTION] «il était clair pour tous, à tout le moins pour moi, que le règlement 75B aurait un effet sur ceux qui voulaient essayer d'établir des cabinets d'avocats à l'échelle nationale . . .» Il a poursuivi en déclarant qu'il était souhaitable que le règlement 75B porte atteinte à la création de cabinets d'avocats à l'échelle nationale parce que l'appelante pourrait plus facilement exercer ses fonctions en leur absence. Dans son analyse fondée sur l'article premier, le juge Kerans a reconnu que le règlement 75B avait pour effet d'empêcher l'association de membres résidants avec des membres non résidants. Il a affirmé que [TRADUCTION] «très peu d'avocats résidants auraient la possibilité de faire partie de plus d'une association . . . cette forme de cabinet à deux niveaux rend davantage possible l'établissement d'un cabinet multiprovincial». Ce ne sont pas les membres des cabinets locaux qui seront les plus durement touchés par le règlement 75B mais ceux qui veulent établir et maintenir des liens interprovinciaux. Le règlement 75B n'est donc pas sauvegardé par l'alinéa 6(3)*a*) de la *Charte*. C'est en vertu de l'article premier qu'il faudra décider si l'appelante était justifiée d'établir une distinction fondée sur la résidence en raison de ses préoccupations relatives aux conflits d'intérêts.

L'article premier

Ayant déterminé que les règlements 154 et 75B violent l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* et ne sont pas justifiés aux termes de l'al. 6(3)*a*), il est mainte-

necessary to assess whether these rules impose reasonable limits which are demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The onus at this stage of the *Charter* inquiry rests on the party seeking to uphold the limitation, in this case, the Law Society: *R. v. Oakes*, *supra*, at pp. 136-37.

The section 1 inquiry involves two steps. The first entails an assessment of the importance of the objectives underlying the impugned law. The legislative purpose must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The objective must relate to concerns "which are pressing and substantial in a free and democratic society . . .": *R. v. Oakes*, *supra*, at pp. 138-39.

The *Law Society Act* and the rules enacted thereunder are obviously aimed at a legitimate legislative objective, the regulation and control of the legal profession. The legal profession plays an important role in society and the government has, therefore, a valid interest in regulating the competence and ethical standards of its members.

The second step in the s. 1 analysis involves an assessment of the proportionality of the means employed to achieve the objective pursued. The nature of this proportionality test will, of course, necessarily vary with the circumstances. We must keep in mind the words of Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69:

> Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

The legislature must be given sufficient scope to achieve its objective. As I noted in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, at p. 795, in struggling with questions of social policy and attempting to deal with conflicting pressures, "a legislature must be given reasonable room to manoeuvre . . . ." The term "reasonable limit" is used in s. 1 and must be

nant nécessaire de décider si ces règlements imposent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. À cette étape-ci, c'est à la partie qui tente de maintenir la restriction, en l'espèce, la Law Society, qu'il appartient d'établir cela: *R. c. Oakes*, précité, aux pp. 136 et 137.

L'examen fondé sur l'article premier comporte deux étapes. La première consiste à évaluer l'importance des objectifs qui sous-tendent la loi contestée. L'objet de la loi doit être «suffisamment important [. . .] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. L'objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique»: *R. c. Oakes*, précité, à la p. 139.

La *Law Society Act* et ses règlements d'application visent manifestement un objectif législatif légitime, savoir la réglementation et le contrôle de la profession juridique. La profession juridique joue un rôle important dans la société et le gouvernement a donc un intérêt valable dans la réglementation des normes de compétence et d'éthique de ses membres.

La deuxième étape de l'examen fondé sur l'article premier comporte une évaluation de la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l'objectif poursuivi. Évidemment, la nature de ce critère de proportionnalité va forcément varier selon les circonstances. Nous devons garder à l'esprit les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

> Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre d'atteindre son objectif. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, à la p. 795, «le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable . . .» lorsqu'il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions oppo-

given meaning. Inherent in the word "reasonable" is the notion of flexibility. Section 1 does not advocate perfection. But, as I shall attempt to demonstrate, however flexible one may be, the present rules do not pass muster under s. 1.

Dealing first with Rule 154, the Law Society argued that prohibiting interprovincial law firms is justified on a number of grounds. I will deal with each of these purported justifications in turn.

1. *Practice by Non-Members*

The Law Society claims that legal services delivered to the public of Alberta would be endangered by interprovincial law firms because these services would ultimately be delivered in Alberta by lawyers who are not members of the Law Society. This concern is, in my view, unfounded. It is quite possible that the partners of Black & Co. will utilize the expertise of partners of McCarthy & McCarthy who are not members of the appellant. This is quite understandable since many legal problems transcend provincial boundaries and require cooperation for their resolution. Lawyers often have to draw upon the resources of people who do not belong to the same law society and, indeed, often require the services of non-lawyers even for matters having a legal component, for example, the use of paralegals.

This kind of conduct has never been seen as a threat to the quality of legal services. A lawyer cannot be an expert in all fields, nor can he or she have sufficient knowledge of the laws of various jurisdictions. It would be foolish and perhaps negligent for a lawyer to try to deal with all the complex problems that cross his or her desk without seeking guidance and assistance from one more knowledgeable in the area. It must be remembered that the member lawyer takes full responsibility for the work of a non-member, whether that non-member be a student, a paralegal, or a lawyer

sées. L'expression «limites raisonnables» est utilisée à l'article premier et il faut lui donner un sens. La notion de souplesse est inhérente au terme «raisonnables». L'article premier n'exige pas la perfection. Je tenterai cependant de démontrer qu'aussi souple que l'on puisse être, les présents règlements ne sont pas acceptables en vertu de l'article premier.

En ce qui concerne d'abord le règlement 154, la Law Society a prétendu que le fait d'interdire l'existence de cabinets d'avocats multiprovinciaux se justifie par un bon nombre de raisons. Je traiterai de chacune de ces justifications alléguées séparément.

1. *La pratique par des non-membres*

La Law Society prétend que les services juridiques offerts au public albertain seraient compromis par l'existence de cabinets d'avocats multiprovinciaux parce que ces services seraient finalement offerts en Alberta par des avocats qui ne sont pas membres du barreau de cette province. À mon avis, cette crainte n'est pas fondée. Il se peut fort bien que les associés de Black & Co. recourent aux connaissances spécialisées des associés de McCarthy & McCarthy qui ne sont pas membres de l'appelante. Cela est tout à fait compréhensible puisque de nombreux problèmes dépassent les frontières provinciales et exigent la coopération pour leur règlement. Les avocats font souvent appel aux ressources de gens qui ne font pas partie du même barreau et ils recourent d'ailleurs souvent aux services d'individus qui ne sont pas avocats, comme par exemple des techniciens juridiques, et ce, même pour des questions qui comportent une dimension juridique.

Ce genre de conduite n'a jamais été perçu comme une menace à la qualité des services juridiques. Un avocat ne peut être expert dans tous les domaines ni connaître suffisamment les lois de divers ressorts. Il serait insensé et voire même négligent de la part d'un avocat d'essayer de régler tous les problèmes complexes qui se présentent à lui sans faire appel aux conseils et à l'aide d'une personne mieux informée en la matière. Il faut se rappeler qu'un avocat membre est entièrement responsable du travail effectué par un non-membre, que celui-ci soit étudiant, technicien juridique ou

from another jurisdiction, and to fulfill his or her obligations to the Law Society the member lawyer must adequately supervise all work done in his or her name. If a person has engaged in the unauthorized practice of law, sanctions are available: *Legal Profession Act*, R.S.A. 1980, c. L-9, ss. 93 and 96.

2. *Local Competence and Expertise*

The Law Society's concern that local competence and expertise will be diminished by the existence of interprovincial law firms is not persuasive. This argument resembles a justification for the protection of an indigenous bar rather than a valid reason for the prohibition in Rule 154. This "problem", if that is in fact what it is, exists in relation to all non-resident members, of which there are a good number, and is in no way exacerbated by the association of residents with non-residents. In fact, by associating with resident members, non-resident members maintain a valuable link with Alberta and keep abreast of local rules and procedures. The perceived problem is not remedied by segregating resident members from non-resident members.

There is no evidence that non-resident members are less competent to deal with local matters and there is no reason to believe that this is in fact the case. As the United States Supreme Court has noted in *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, *supra*, at p. 285, a non-resident lawyer is likely to have a substantial incentive, as a practical matter, to familiarize himself or herself with local rules if he or she intends to sustain any kind of local practice or reputation.

In *Frazier v. Heebe*, 96 L.Ed. 2d 557 (1987), at p. 566, Brennan J. pointed out that non-residents who have passed the local bar exams have demonstrated their competence in local matters. The examination process should be adequate to ensure that those who are not competent to deal with local matters are disqualified from becoming members of that bar.

avocat d'un autre ressort, et que pour respecter ses obligations envers la Law Society, l'avocat membre doit superviser adéquatement tout le travail accompli en son nom. Si une personne se livre à l'exercice illégal de la profession, il existe des sanctions: *Legal Profession Act*, R.S.A. chap. L-9, art. 93 et 96.

2. *La compétence et les connaissances spécialisées dans la province*

La crainte de la Law Society que l'existence de cabinets d'avocats multiprovinciaux ait pour effet de diminuer la compétence et les connaissances spécialisées dans la province n'est pas convaincante. Cet argument semble constituer une justification de la protection d'un barreau local plutôt qu'une justification valable de l'interdiction contenue dans le règlement 154. Ce «problème», si cela en est vraiment un, existe à l'égard de tous les membres non résidants, parmi lesquels il en existe un bon nombre, et l'association de résidents avec des non-résidents ne l'aggrave aucunement. En fait, en s'associant avec des membres résidants, les membres non résidants conservent un lien précieux avec l'Alberta et maintiennent à jour leur connaissance des règles et de la procédure locales. Le fait de séparer les membres résidants des membres non résidants ne remédie pas au problème perçu.

Il n'y a aucune preuve que les membres non résidants sont moins compétents pour traiter d'affaires locales ni aucune raison de croire qu'il en est effectivement ainsi. Comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, précité, à la p. 285, un avocat non résidant aura vraisemblablement, sur le plan pratique, un très grand intérêt à se familiariser avec les règles locales s'il veut pratiquer de quelque façon dans le ressort ou y maintenir sa réputation.

Dans l'arrêt *Frazier v. Heebe*, 96 L.Ed. 2d 557 (1987), à la p. 566, le juge Brennan a souligné que les non-résidents qui ont réussi aux examens du barreau local ont démontré leur compétence dans les affaires locales. Le processus d'examen devait être conçu pour assurer que ceux qui n'ont pas de compétence dans les affaires locales soient empêchés de devenir membres de ce barreau.

3. *Assurance Fund and Liability Insurance*

The Law Society contends that the Alberta assurance fund will be exposed to increased risks due to the proliferation of national law firms. It is argued that confusion would arise as to whether, in the event of a defalcation, a client would have a claim against the Alberta fund or the fund maintained in another province. The non-resident members pay into the Alberta fund to the same extent as resident members and most of the other provinces maintain similar funds. It is, therefore, unlikely that the Alberta fund will be exposed to added risks. The potential for confusion is not so significant that it demands such a sweeping prohibition. In order to claim from the Alberta assurance fund, the loss must be directly related to a member's practice within the province. An investigation is routinely conducted to determine if the claim is valid. Even where an interprovincial law firm is involved, material should be readily available to adequately establish if the defalcation was related to practice within the province. I accept that the location of the practice may not be as obvious in the case of a non-resident member who is associated with resident members, and may require more thorough investigation, but it does not create insurmountable barriers in the maintenance and regulation of the assurance fund.

Concerns about insurance coverage have also been raised. It is in the public interest for lawyers to be covered by liability insurance. The most obvious way for a law society to ensure that a member, whether a resident or not, is properly insured is to establish rules making insurance mandatory. This has in fact been done by the appellant Law Society. Non-resident members are not covered by the group insurance plan it operates, but under Rule 129, a non-resident must prove that he or she is insured against claims for professional liability arising out of his or her practice in Alberta to an extent substantially equivalent to the

3. *Le fonds d'indemnisation et l'assurance-responsabilité*

La Law Society prétend que le fonds d'indemnisation de l'Alberta sera soumis à des risques plus élevés en raison de la prolifération de cabinets d'avocats à l'échelle nationale. On prétend qu'il y aurait confusion quant à la question de savoir si, en cas de détournement de fonds, le client pourrait adresser une réclamation portant sur le fonds d'indemnisation de l'Alberta ou sur celui d'une autre province. Les membres non résidants versent des cotisations au fonds de l'Alberta au même titre que les membres résidants et de tels fonds existent dans la plupart des autres provinces. Il est donc peu probable que le fonds de l'Alberta sera soumis à des risques plus élevés. Le risque de confusion n'est pas important au point de requérir une interdiction aussi absolue. Pour pouvoir adresser une réclamation portant sur le fonds d'indemnisation de l'Alberta, la perte doit être directement reliée à la pratique d'un membre à l'intérieur de la province. Une enquête est habituellement tenue pour déterminer si la réclamation est valide. Même lorsqu'un cabinet multiprovincial est en cause, les documents devraient être facilement accessibles pour déterminer de façon appropriée si le détournement de fonds est relié à la pratique à l'intérieur de la province. Je reconnais qu'il se peut que le lieu de la pratique ne soit pas aussi clair dans le cas où un membre non résidant est associé à des membres résidants et qu'une enquête plus approfondie soit nécessaire, mais cela ne crée pas d'obstacles insurmontables quant au maintien et à la gestion du fonds d'indemnisation.

Des préoccupations au sujet de la couverture d'assurance ont également été exprimées. Il est dans l'intérêt public que les avocats soient protégés par une assurance-responsabilité. La façon la plus claire dont un barreau peut garantir qu'un membre, résidant ou non, est assuré convenablement consiste à adopter des règlements rendant l'assurance obligatoire. C'est d'ailleurs ce que la Law Society appelante a fait. Les membres non résidants ne sont pas couverts par le régime d'assurance-groupe qu'elle administre mais, en vertu du règlement 129, un non-résident doit prouver qu'il est assuré contre les réclamations en matière de

indemnity afforded to resident members. A member who is not properly insured is subject to suspension. There is no reason to suspect that this rule would not be adequate to ensure that members are sufficiently insured.

4. *Discipline*

The Law Society's claim that the effectiveness of its disciplinary power would be diminished with respect to non-resident members who are part of an interprovincial law firm may, at first sight, seem persuasive. Closer examination, however, reveals that this concern is unfounded. Related to this concern is the contention that the non-resident associated with a resident would lose respect for the government of the profession by the Law Society.

The Law Society can define the appropriate ethical requirements for its members and discipline them, wherever they may reside. Sanctions can be effective even outside of provincial boundaries. There is no greater problem created merely because a non-resident associates with a resident. The same concerns arise with respect to any non-resident member. An association with a resident member may in fact increase the Law Society's control over the non-resident, since the non-resident will maintain important connections with the local forum which would likely be severed completely if he or she did not respect the sanctions imposed by the Law Society. For the same reasons, the relationship may in fact increase the respect that members have for the Law Society's authority. The resident members may also put pressure on a non-resident to submit to discipline in order to maintain the integrity of the other lawyers and the reputation of the firm in the community.

A non-resident who makes the initial investments required to establish an interprovincial firm and who takes the time and trouble to become properly qualified in another province has a sig-

responsabilité professionnelle qui découlent de sa pratique en Alberta dans une mesure équivalant essentiellement à l'indemnité accordée aux membres résidants. Un membre qui n'est pas convenablement assuré peut être suspendu. Il n'y a aucune raison de craindre que ce règlement ne soit pas adéquat pour garantir que les membres sont suffisamment assurés.

4. *La discipline*

À première vue, la prétention de la Law Society que son pouvoir disciplinaire ne serait pas aussi efficace à l'égard des membres non résidants qui font partie d'un cabinet d'avocats multiprovincial semble convaincante. Un examen plus attentif révèle cependant que cette crainte n'est pas fondée. On prétend relativement à cette crainte que le non-résident associé à un résident n'aurait plus de respect pour la gestion de la profession par la Law Society.

La Law Society peut définir les normes d'éthique appropriées pour ses membres et leur imposer des mesures disciplinaires sans égard à leur lieu de résidence. Les sanctions peuvent être exécutoires même au-delà des frontières de la province. Le problème n'est pas aggravé du simple fait qu'un non-résident s'associe à un résident. Les mêmes préoccupations existent en ce qui concerne tout membre non résidant. Dans le cas d'une association avec un membre résidant, la Law Society peut en fait exercer un plus grand contrôle sur le membre non résidant puisque celui-ci va entretenir, avec les membres de la profession locale, des relations importantes qui risquent d'être coupées complètement s'il ne respecte pas les sanctions qu'impose la Law Society. Pour les mêmes raisons, ces relations peuvent dans les faits susciter un plus grand respect des membres pour l'autorité de la Law Society. Les membres résidants peuvent également faire pression pour que le non-résident respecte la discipline afin que soient maintenues l'intégrité des autres avocats et la réputation du cabinet auprès du public.

Un non-résident qui investit les premières sommes requises pour établir un cabinet multiprovincial et qui se donne la peine de faire toutes les démarches voulues pour pouvoir pratiquer dans

nificant interest in submitting to the requirements of the Law Society. Even a suspension, for example, would seriously affect such a member even though that member could still practise in another jurisdiction, because a link that he or she found important enough to invest in developing would be broken. A suspension is likely to affect the non-resident who is associated with a resident more than a non-resident with no such affiliation.

5. *Competence Support Programs*

The appellant Law Society has a number of volunteer programs aimed at maintaining the competence of the profession such as loss prevention seminars, the assistance of a practice adviser and "mentors". Non-resident members, it is argued, cannot avail themselves of these programs and it is implied that the non-residents are therefore less competent lawyers. I discussed my view of the concerns with respect to competence earlier and I will not repeat my comments here. I doubt that all or even most of the resident members take advantage of these programs. If these programs are essential to continued competence, the Law Society should make them mandatory.

Non-residents may be able to avail themselves of the benefits of the Law Society's programs or equivalent programs offered in their province of residence. Lawyers often travel to attend conferences and seminars. The guidance of a practice adviser or voluntary mentor can be obtained over the telephone. The law society in the person's province of residence is also likely to offer similar programs.

6. *Ethics—Fee-splitting*

The final justification advanced by the Law Society for prohibiting national law firms is that such arrangements may result in fee-splitting, which the Law Society considers to be unethical. Despite this, however, the Law Society had previously rescinded the rule prohibiting such division of fees. If fee-splitting is such unethical conduct and is to be avoided at all costs, it would be only

une autre province a véritablement intérêt à se conformer aux exigences du barreau local. Par exemple, la seule suspension porterait sérieusement atteinte à ce membre, même s'il pouvait toujours pratiquer dans un autre ressort, parce qu'un lien qu'il aurait jugé suffisamment important d'exploiter serait rompu. Il est probable qu'une suspension nuise davantage au non-résident associé avec un résident qu'à un non-résident qui n'a aucune association de ce genre.

5. *Programmes de maintien de la compétence*

La Law Society appelante dispose d'un certain nombre de programmes optionnels qui visent à maintenir la compétence de la profession, comme des colloques sur la prévention des pertes, les services d'un conseiller en pratique et de «mentors». On prétend que les membres non résidants ne peuvent profiter de ces programmes et l'on insinue que les avocats non-résidents sont donc moins compétents. J'ai déjà fait part de mon opinion sur ces préoccupations relatives à la compétence et je ne la répéterai pas ici. Je doute que tous les membres résidants ou même la plupart d'entre eux profitent de ces programmes. Si ces programmes étaient essentiels au maintien de la compétence, la Law Society devrait les rendre obligatoires.

Il est possible que les non-résidents profitent des programmes de la Law Society ou des programmes équivalents offerts dans leur province de résidence. Les avocats voyagent souvent pour assister à des conférences et à des colloques. Les services d'un conseiller en pratique ou d'un mentor bénévole peuvent être obtenus par téléphone. Il est également probable que le barreau de la province de résidence de la personne offre des programmes semblables.

6. *Éthique—partage d'honoraires*

Le dernier motif invoqué par la Law Society pour interdire l'existence de cabinets d'avocats à l'échelle nationale est que de tels arrangements peuvent donner lieu à un partage d'honoraires qu'elle juge inadmissible sur le plan éthique. Cependant, malgré cela, la Law Society avait abrogé antérieurement le règlement interdisant ce partage des honoraires. Si le partage d'honoraires

logical to expect the appellant to enact a rule to deal with the matter. This they have not viewed as necessary.

Without commenting on whether fee-splitting is inherently unethical, I find that the creation of interprovincial firms will not necessarily result in fee-splitting. The arrangement between Black & Co. and McCarthy & McCarthy is a useful illustration. The profits of Black & Co. are shared only among the partners of Black & Co. If fee-splitting did occur, contrary to a rule of the Law Society, the members involved could be appropriately sanctioned.

In conclusion, I find that the limits on s. 6(2) rights resulting from Rule 154 are completely disproportionate to the alleged legislative objectives sought. The fact that the appellant did not even consider anything less than a blanket prohibition is in my view revealing. There are many reasonable alternatives for obtaining the legislative purpose aimed at without so drastically affecting these mobility rights. The rule is not reasonably justified as required by s. 1, and it is therefore of no force or effect.

Turning to Rule 75B, the appellant argues that this rule is justified because (1) it aims at controlling breaches of confidentiality and conflict of interest, and (2) reduces the ethical problem of touting and steering.

It is undoubtedly important for a lawyer to avoid conflicts of interest. As a firm increases in size and establishes branch offices, more sophisticated means of detecting and avoiding conflicts must be implemented. In this modern age of computers such detection systems are available. The computer system used by Black & Co. in conjunction with McCarthy & McCarthy has proven to be very effective in avoiding conflicts of interest. Similar systems have been successfully used in large national and international accounting firms.

représente une conduite inadmissible sur le plan éthique et doit être évité à tout prix, logiquement, on serait en droit de s'attendre à ce que l'appelante adopte un règlement en ce sens. Mais elle n'a pas jugé nécessaire de le faire.

Sans me prononcer sur la question de savoir si le partage d'honoraires est fondamentalement inadmissible sur le plan éthique, j'estime qu'un partage d'honoraires ne résultera pas forcément de l'établissement de cabinets multiprovinciaux. Un exemple utile est l'arrangement qui existe entre Black & Co. et McCarthy & McCarthy. Les profits de Black & Co. ne sont partagés qu'entre les associés de Black & Co. S'il survenait un partage d'honoraires contraire à un règlement de la Law Society, les membres concernés pourraient faire l'objet de sanctions en conséquence.

En définitive, je trouve que les restrictions apportées aux droits contenus au par. 6(2) en raison du règlement 154 sont tout à fait disproportionnées aux objectifs législatifs poursuivis. Le fait que l'appelante n'ait envisagé rien de moins qu'une interdiction générale est, à mon avis, révélateur. Il existe plusieurs autres moyens raisonnables de réaliser l'objectif législatif qui était poursuivi sans porter atteinte si radicalement à la liberté de circulation et d'établissement. Le règlement n'est pas raisonnablement justifié comme l'exige l'article premier et il est donc inopérant.

En ce qui concerne le règlement 75B, l'appelante prétend qu'il est justifié parce qu'il 1) vise à supprimer les violations du secret professionnel et les conflits d'intérêts et 2) atténue le problème éthique concernant la sollicitation de clientèle et le rabattage.

Il est sûrement important qu'un avocat évite les conflits d'intérêts. Lorsqu'un cabinet prend de l'expansion et ouvre d'autres bureaux, des moyens plus perfectionnés de détection et de prévention des conflits d'intérêts doivent être mis en place. En cette ère des ordinateurs, il existe de tels systèmes de détection. Le système informatisé que Black & Co. utilise avec McCarthy & McCarthy s'est révélé très efficace pour éviter les conflits d'intérêts. De grands cabinets d'experts-comptables à l'échelle nationale et internationale utilisent avec

In the United States, where inter-state firms have proliferated, there is no evidence that these firms have encountered significant problems with conflicts of interest.

The problems of confidentiality and conflicts are largely a function of the size of a firm. Once a firm has more than a handful of lawyers, communication becomes more difficult and a systematic means of avoiding conflicts must be put into place. Rule 75B is a sweeping prohibition which prevents associations regardless of the size of the firms or the locations. It is again a drastic measure to avoid a problem that could more easily be contained. The Law Society already requires its members to avoid conflicts. If a member violates this requirement, that person, resident or not, is subject to discipline by the Law Society.

Many of the comments I made with respect to fee-splitting also apply to the Law Society's concerns regarding touting and steering. Touting and steering are not expressly prohibited by the rules of the Law Society. If the conduct is particularly undesirable, it should be regulated by more direct means than Rule 75B. Rule 75B is not saved by s. 1 of the *Charter* and, thus, it too is of no force and effect.

In light of the conclusion I have reached with respect to s. 6(2)(*b*) of the *Charter*, there is no need for me to discuss whether Rules 154 and 75B violate s. 2(*d*) of the *Charter* or whether they amount to an unreasonable restraint of trade. I leave these matters for another day.

Conclusion

I would, therefore, dismiss the appeal with costs throughout and answer the constitutional questions as follows:

1. Does Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringe or deny mobility rights guaranteed

succès des systèmes semblables. Aux États-Unis, où il existe d'innombrables cabinets ayant des bureaux dans divers États, il n'y a aucune preuve que ces cabinets aient connu de graves problèmes en matière de conflits d'intérêts.

Les problèmes de secret professionnel et de conflits sont en grande partie fonction de la taille d'un cabinet. Lorsqu'un cabinet commence à prendre de l'expansion, la communication devient plus difficile et il faut mettre sur pied un moyen systématique de prévenir les conflits d'intérêts. Le règlement 75B interdit de manière générale les associations d'avocats peu importe la taille des cabinets ou l'endroit où ils se trouvent. Encore une fois, c'est un moyen draconien d'éviter un problème qui pourrait être résolu plus facilement. La Law Society exige déjà que ses membres évitent les situations de conflits d'intérêts. Si un membre ne respecte pas cette exigence, la Law Society peut lui infliger des mesures disciplinaires, qu'il réside ou non dans la province.

Plusieurs de mes observations au sujet du partage des honoraires s'appliquent également aux préoccupations de la Law Society concernant la sollicitation de clientèle et le rabattage. La sollicitation de clientèle et le rabattage ne sont pas expressément interdits par les règlements de la Law Society. Si cette conduite n'est particulièrement pas souhaitable, elle devrait être régie par des moyens plus directs que le règlement 75B. Le règlement 75B n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte* et est donc lui aussi inopérant.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu en ce qui concerne l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*, il ne m'est pas nécessaire d'examiner si les règlements 154 et 75B violent l'al. 2*d*) de la *Charte* ou s'ils constituent une limite déraisonnable à la liberté de commerce, et je m'abstiendrai donc de le faire.

Conclusion

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent-ils atteinte à la liberté de circulation

by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If Rule 154 or Rule 75B of the Law of Society of Alberta infringes or denies mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are Rule 154 and Rule 75B justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

There is no need to answer questions 3 and 4.

The reasons of McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting in part)—I have had the benefit of reading the judgment prepared by my colleague, Justice La Forest, in this appeal. He has set out the essential facts and the history of these proceedings and it will not be necessary for me to repeat in detail what he has said. With deference to the views expressed by my colleague, I am unable to accept his resolution of the matter, and I feel obliged to express my own opinion.

The two rules enacted by the Law Society of Alberta and questioned in this appeal are: Rule 154, which provides:

154. An active member who ordinarily resides in and carries on the practice of law within Alberta shall not enter into or continue any partnership, association or other arrangement for the joint practice of law in Alberta with anyone who is not an active member ordinarily resident in Alberta.

and Rule 75B, which provides:

75B. No member shall be a partner in or associated for the practice of law with more than one law firm.

It is not suggested that these rules would be unconstitutional on the basis of the division of powers set out in the *Constitution Act, 1867*, and, accordingly, if they are to be set aside it must be under the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleague, La Forest J., has concluded that both rules offend the provisions of s. 6(2)(*b*) of the *Charter*, dealing with mobility

et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. À supposer que les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces règlements 154 et 75B sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

Il n'est pas nécessaire de répondre aux questions 3 et 4.

Version française des motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mon collègue le juge La Forest. Il a exposé les faits essentiels et tracé l'historique de ces procédures et il ne me sera pas nécessaire de les reprendre en détail. Avec déférence pour l'opinion exprimée par mon collègue, je ne puis accepter le résultat auquel il arrive et je me sens obligé d'exprimer mon opinion.

Les deux règlements adoptés par la Law Society of Alberta et contestés en l'espèce sont: le règlement 154 qui prévoit:

[TRADUCTION] 154. Un membre actif qui réside ordinairement en Alberta et y pratique le droit ne peut s'associer ou se joindre de quelque autre manière à quelqu'un qui n'est pas un membre actif qui réside ordinairement en Alberta, pour pratiquer le droit en Alberta, ni continuer de le faire.

et le règlement 75B dont voici le texte:

[TRADUCTION] 75B. Nul membre ne doit s'associer à plus d'un cabinet d'avocats en vue de pratiquer le droit.

Personne n'a suggéré que ces règlements seraient inconstitutionnels en vertu du partage des pouvoirs énoncé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et, par conséquent, s'ils doivent être annulés ils doivent l'être aux termes des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mon collègue le juge La Forest a conclu que les deux règlements contreviennent aux dispositions de l'al. 6(2)*b*) de la

rights and that neither of the rules may be justified under s. 1. Having found the rules to be unconstitutional, he has declined to answer the third and fourth constitutional questions formulated by the Chief Justice which raised the issue of whether the two rules infringed the *Charter* guarantee of freedom of association in s. 2(*d*).

I am wholly unable to conclude that Rule 154 engages or infringes any mobility right under s. 6 of the *Charter*. Section 6(2)(*b*) was considered by this Court in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. Estey J., speaking for the Court, concluded that s. 6(2)(*b*) of the *Charter* —while not establishing a separate and distinct right to work divorced from the concept of mobility underlying the section—did guarantee the right to move from one province to another and to pursue the gaining of a livelihood therein, with or without establishing residence. Under Rule 154 the forming of an association in the practice of law by an active resident member of the Law Society with anyone who is not an active member resident in Alberta is forbidden. That is as far as the rule goes. Nobody is forbidden entry into Alberta and nobody is prohibited from practising law or forming a partnership in Alberta. The sole restriction imposed by the rule is upon the ability of resident members to form associations or partnerships with non-resident members. While this restriction no doubt offends the provisions of s. 2(*d*) of the *Charter*, which guarantee freedom of association, I cannot see where s. 6 or any of its subsections is in any way violated. In my view, therefore the proper constitutional provision engaged is s. 2(*d*) and not s. 6.

Turning to Rule 75B, it would seem clear that on its terms no possible conflict with the mobility rights in s. 6 arises. Its only prohibition is against the forming of more than one association in the practice of law. Nobody is denied entry into the province of Alberta, nor is anyone barred from the practice of law. Again, however, the guarantee in s. 2(*d*) is infringed. The question in issue then, in

Charte, qui concernent la liberté de circulation et d'établissement, et que ni l'un ni l'autre règlement ne peut être justifié en vertu de l'article premier. Ayant conclu à l'inconstitutionnalité de ces règlements, il a refusé de se prononcer sur les troisième et quatrième questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef qui soulèvent la question de savoir si ces deux règlements violent la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

Il m'est tout à fait impossible de conclure que le règlement 154 touche ou porte atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie à l'art. 6 de la *Charte*. La Cour a examiné l'al. 6(2)*b*) dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu que même s'il ne crée pas un droit distinct au travail qui n'a rien à voir avec la notion de liberté de circulation et d'établissement sous-jacente à cet article, l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* garantit effectivement le droit de se déplacer dans une autre province pour y gagner sa vie, sans avoir nécessairement à y établir sa résidence. Aux termes du règlement 154, il est interdit à un résident, membre actif de la Law Society, de s'associer, pour pratiquer le droit, avec quelqu'un qui n'est pas un membre actif résident en Alberta. Le règlement s'arrête là. Il n'est interdit à personne d'entrer en Alberta ou encore de pratiquer le droit ou de s'associer en Alberta. La seule restriction qu'impose le règlement porte sur la capacité de membres résidents de s'associer avec des membres non résidants. Quoiqu'il ne fasse pas de doute que cette restriction est contraire aux dispositions de l'al. 2*d*) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'association, je ne puis voir comment l'art. 6 ou l'un ou l'autre de ses alinéas est de quelque façon transgressé. J'estime donc que la disposition constitutionnelle qui est ici en jeu est l'al. 2*d*) et non pas l'art. 6.

Quant au règlement 75B, il semblerait clair, d'après ses termes, qu'il ne présente aucune possibilité de conflit avec la liberté de circulation et d'établissement garantie à l'art. 6. Il ne fait qu'interdire la formation de plus d'une association pour pratiquer le droit. Personne ne se voit interdire l'entrée dans la province de l'Alberta, personne non plus ne se voit interdire de pratiquer le droit.

my view, is limited to a consideration of whether under s. 1 of the *Charter* the two rules, or either of them, can be considered as reasonable limits prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society.

I agree with my colleague, La Forest J., that the legislative purpose of an impugned law or—in this case—rule "must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right". I agree, as well, that the *Legal Profession Act*, R.S.A. 1980, c. L-9, amended by S.A. 1981, c. 53, s. 4, and the rules enacted thereunder are aimed at a legitimate legislative objective, that is, the regulation and control of the legal profession. This leads me, then, to the second step in the consideration of s. 1 which involves an assessment of proportionality. Rule 154 does not prevent, as I have earlier shown, the entry into Alberta of non-resident lawyers nor does it prevent the practice of law in Alberta by such lawyers. The rule contemplates the presence in Alberta of non-residents practising law and partnerships composed of such persons. It is difficult to see how any of the legitimate objects of the Law Society can be advanced by forbidding the participation of non-residents in partnerships or associations with residents. In fact, it would seem that by hiving off, as it were, the non-residents into single practitioners and firms exclusively comprising non-residents, many of the proper objectives of the Law Society would be defeated. Concerns with such matters as local customs and knowledge, discipline, control and administration of the insurance fund and liability insurance would be set at rest more effectively by enabling the creation of partnerships and associations comprised of both residents and non-residents. This would tend to bring the two groups together and encourage in the non-residents familiarity with local law and practice and compliance with the regulation and control of the profession by the Law Society. I am in general agreement with what my colleague, La Forest J., has said about the application of s. 1 to Rule 154 and,

Cependant, là encore, il y a violation de la liberté garantie à l'al. 2*d*). À mon avis, la question en litige consiste alors uniquement à se demander si, en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'un ou l'autre règlement, ou les deux à la fois, peuvent être considérés comme une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que l'objet de la loi attaquée ou, en l'espèce, du règlement attaqué «doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution». Je suis également d'accord pour dire que la *Legal Profession Act*, R.S.A. 1980, chap. L-9, modifiée par S.A. 1981, chap. 53, art. 4, et ses règlements d'application visent un objectif législatif légitime, soit la réglementation et le contrôle de la profession juridique. Cela m'amène à la deuxième étape de l'examen fondé sur l'article premier qui comporte une évaluation de la proportionnalité. Le règlement 154, comme je l'ai déjà indiqué, n'interdit pas l'entrée en Alberta des avocats non résidants, pas plus qu'il n'interdit la pratique du droit dans cette province par ces avocats. Ce règlement vise la présence en Alberta de non-résidents qui pratiquent le droit et les associations composés de telles personnes. Il est difficile de voir comment l'un ou l'autre des objectifs légitimes de la Law Society peuvent être atteints en interdisant à des non-résidents de s'associer avec des résidents. En fait, il semblerait qu'en obligeant les non-résidents à faire bande à part, en exerçant seuls ou en faisant partie de cabinets exclusivement composés de non-résidents, cela contreviendrait à un bon nombre des objectifs légitimes de la Law Society. Les inquiétudes au sujet de matières telles que les coutumes locales et la connaissance des affaires locales, la discipline, le contrôle et la gestion du fonds d'indemnisation et de l'assurance-responsabilité seraient plus facilement dissipées en permettant la formation d'associations composés de résidents et de non-résidents. Cela contribuerait à réunir les deux groupes ainsi qu'à encourager les non-résidents à se familiariser avec les lois et procédures locales et à se conformer à la réglemen-

in my view, the rule is not justified under s. 1 of the *Charter*.

I consider that the situation with respect to Rule 75B is different. This rule merely relates to the regulation of the practice of law in Alberta, whether the practitioner be resident or non-resident. It merely provides that no member of the Law Society may practise in association with more than one law firm at any given time. The rule draws no distinction between residents and non-residents and in no way excludes the possibility of an interprovincial law firm, provided always that a practitioner is concerned with only one such firm. The violation of the respondents' freedom of association is justifiable under s. 1 of the *Charter* as a step in maintaining the ethical practice of law and, in particular, the avoidance or prevention of conflicts of interest. This is undoubtedly a "sufficiently significant objective", to use the words of the Chief Justice in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139. The legal profession more than most others must avoid conflicts of interest. Under no circumstances may a lawyer be justified in advising or representing a client whose interests are opposed to those of another client. Law societies governing the legal profession in the various provinces have a legitimate interest in attempting to insure that conflicts of interest do not arise. The measure adopted by the Law Society in Rule 75B is a rational attempt to achieve this objective. By confining every member to one association or firm at one time, the range of possible conflicts is diminished, and only one set of books and records need be consulted in determining the existence or possibility of conflicts. In addition, the means adopted by the Law Society impair the right of free association as little as possible. The member remains free to practise alone or in association with others, provided he is associated with one firm at a time. The rule does not prevent the members from leaving a firm at any time or joining another nor does it prevent the establishment of a wholly provincial firm having several offices, or an interprovincial or national firm. The

tation et au contrôle de la profession par la Law Society. De manière générale, je souscris à ce que mon collègue le juge La Forest a dit au sujet de l'application de l'article premier au règlement 154 et j'estime que ce règlement n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je considère que la situation est différente en ce qui concerne le règlement 75B. Ce règlement porte simplement sur la réglementation de la pratique du droit en Alberta, que le praticien soit ou non résidant. Il établit simplement qu'aucun membre de la Law Society ne saurait pratiquer le droit en association avec plus d'un cabinet d'avocats à la fois. Il ne fait aucune distinction entre les résidents et les non-résidents et il n'écarte nullement la possibilité de cabinets d'avocats multiprovinciaux, pourvu qu'un praticien ne soit associé qu'à un seul de ces cabinets. La violation de la liberté d'association des intimés est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, comme mesure visant à assurer une pratique du droit conforme à l'éthique et, en particulier, à éviter ou à prévenir les conflits d'intérêts. Il s'agit là nettement d'un «objectif suffisamment important», pour reprendre l'expression du Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139. Les membres de la profession juridique se doivent plus que toute autre personne d'éviter les conflits d'intérêts. En aucun cas, un avocat ne peut-il être justifié de conseiller ou de représenter un client dont les intérêts sont opposés à ceux d'un autre client. Les barreaux qui régissent la profession juridique dans les différentes provinces ont légitimement intérêt à tenter d'assurer que des conflits d'intérêts ne surviennent pas. La disposition adoptée au règlement 75B de la Law Society constitue une tentative rationnelle d'atteindre cet objectif. En interdisant aux membres de s'associer à plus d'un cabinet à la fois, la gamme des possibilités de conflit d'intérêts s'en trouve diminuée et il n'est nécessaire de consulter qu'une seule série de livres et de dossiers pour déterminer l'existence ou la possibilité de conflits. En outre, les moyens choisis par la Law Society sont de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté d'association. Un membre demeure libre de pratiquer seul ou en société, pourvu qu'il ne s'associe pas à plus d'un cabinet à la fois. Le règlement n'empêche pas un membre de quitter un

interference with the right is minimal in relation to its legislative purpose.

It may be said that in this modern day of computers, it would be a simple matter to keep records always immediately available which would make it possible to avoid conflicts, even where membership in several firms is permitted. However true that might be, the Legislature has delegated power to the Law Society to deal with this question. Legislatures and law-making bodies, as La Forest J. has acknowledged, are entitled to sufficient room for manoeuvre. In this case the legislative choice was Rule 75B. In my view, while there is a restriction on freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter* it is not out of proportion to the object sought to be attained, and it is a reasonable step towards the accomplishment of an objective of significant importance. It is, therefore, in my view, a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society.

I would accordingly allow the appeal in part and answer the constitutional questions, as follows:

1. Does Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringe or deny mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   No.

2. If Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringes or denies mobility rights guaranteed by s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are Rule 154 and Rule 75B justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

   Not applicable.

3. Does Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringe or deny freedom of association guar-

cabinet en aucun temps pour s'associer à un autre cabinet, pas plus qu'il n'interdit la création d'un cabinet entièrement provincial comportant plusieurs bureaux, ou la création d'un cabinet multiprovincial ou national. L'atteinte au droit est minime si on la compare à l'objectif législatif visé.

Il est possible d'affirmer qu'en cette ère de l'informatique, il serait facile de conserver des dossiers toujours disponibles immédiatement qui permettraient d'écarter toute possibilité de conflit, même dans le cas où l'association à plusieurs cabinets est permise. Quoiqu'il en soit, l'Assemblée législative a délégué à la Law Society le pouvoir de trancher cette question. Comme l'a reconnu le juge La Forest, les assemblées législatives et les organismes habiles à légiférer ont droit à une liberté de manœuvre suffisante. En l'espèce, le législateur a porté son choix sur le règlement 75B. À mon avis, bien qu'elle s'avère une restriction à la liberté d'association garantie à l'al. 2*d*) de la *Charte*, cette restriction n'est pas disproportionnée à l'objectif poursuivi et elle constitue une mesure raisonnable en vue de réaliser un objectif d'importance. J'estime donc qu'il s'agit d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Non.

2. À supposer que les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces règlements 154 et 75B sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

   Ne s'applique pas.

3. Les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent-ils atteinte à la liberté d'association

anteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If Rule 154 or Rule 75B of the Law Society of Alberta infringes or denies freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are Rule 154 and Rule 75B justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Rule 154 is not justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; Rule 75B is.

Appeal dismissed, MCINTYRE *and* L'HEUREUX-DUBÉ JJ. *dissenting in part. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.*

Solicitors for the appellant: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Milner & Steer, Edmonton.

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. À supposer que les règlements 154 ou 75B de la Law Society of Alberta portent atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces règlements 154 et 75B sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le règlement 154 n'est pas justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le règlement 75B l'est.

Pourvoi rejeté, les juges MCINTYRE *et* L'HEUREUX-DUBÉ *sont dissidents en partie. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième une réponse négative.*

Procureurs de l'appelante: McLennan Ross, Edmonton.

Procureurs des intimés: Milner & Steer, Edmonton.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

General Motors of Canada Limited *Appellant (Defendant)*

v.

City National Leasing *Respondent (Plaintiff)*

and

The Attorney General of Canada *Intervener (Intervener)*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. *v.* CITY NATIONAL LEASING

File No.: 19724.

1988: May 17, 18; 1989: April 20.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Trade and Commerce — Combines Investigation Act — Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order of court or commission — Whether or not Combines Investigation Act intra vires Parliament under s. 91(2) — Whether or not s. 31.1 creating private cause of action intra vires Parliament — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1 — Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(13).

Respondent (CNL), a company leasing fleets of automobiles and trucks nation-wide in competition with other national fleet leasing companies, purchases the majority of its vehicles from franchised GM dealers, as opposed to GM itself. CNL's received interest rate support in financing its GM purchases between 1970 and 1980 through a program offered by General Motors

* Le Dain J. took no part in the judgment.

General Motors of Canada Limited *Appelante (défenderesse)*

c.

City National Leasing *Intimée (demanderesse)*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant (intervenant)*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. *c.* CITY NATIONAL LEASING

N° du greffe: 19724.

1988: 17, 18 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Échanges et commerce — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'un comportement contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou de non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission — La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle conforme à la compétence du Parlement en vertu de l'art. 91(2)? — L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée est-il conforme à la compétence du Parlement? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(13).

L'intimée (CNL), une société qui loue des flottes de voitures et de camions à travers le Canada et fait concurrence à d'autres entreprises nationales du même genre, achète la plupart de ses véhicules à des concessionnaires GM et non pas directement à GM. Pour financer ses achats de véhicules GM entre 1970 et 1980, CNL a bénéficié d'un taux d'intérêt subventionné en

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

Acceptance Corporation. CNL alleged that during that time GM, directly or indirectly, had been paying "preferential" interest rate support to CNL's competitors in respect of their purchases of GM vehicles in addition to the interest rate support available to CNL. This exclusion of CNL from the preferential interest rate support program from 1970 to 1980 was alleged to be a practice of price discrimination contrary to s. 34(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* which gave rise to an action by CNL under s. 31.1. This section created a civil cause of action for certain infractions of the Act, notwithstanding the fact that the creation of civil causes of action lies within the domain of the provinces. CNL claimed that it lost profits equivalent to monies saved by its competitors, and that it was entitled to recover from GM damages equivalent to those lost profits with interest compounded. CNL also sued GM for breach of contract for damages arising after March 1980.

The motions court judge, on an application brought by GM, struck certain paragraphs of CNL's statement of claim as disclosing no cause of action as GM had never made an direct sales to CNL or its competitors. He then found s. 31.1 of the Act to be *ultra vires* Parliament as the right to sue was not truly necessary for the *Combines Investigation Act*, and finally, that s. 31 was not retroactive or retrospective, and therefore did not affect those transactions occurring before its proclamation in 1976. The Court of Appeal was not persuaded that CNL could not succeed in asserting a claim founded on s. 34(1) if the matter were to go to trial. The Court found s. 31.1 to be *intra vires* Parliament and held that s. 31(1) had no effect before its date of proclamation.

The constitutional questions stated by this Court queried: (1) whether the *Combines Investigation Act*, either in whole or in part, was *intra vires* Parliament under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, and (2) whether s. 31.1 was within the legislative competence of Parliament.

Held: The appeal should be dismissed. Both constitutional questions should be answered in the affirmative.

The *Combines Investigation Act* is valid under the federal trade and commerce power, in particular its

vertu d'un programme offert par General Motors Acceptance Corporation. CNL a allégué qu'au cours de cette période, GM a, directement ou indirectement, accordé un taux d'intérêt «préférentiel» subventionné aux concurrents de CNL à l'égard de leurs acquisitions de véhicules fabriqués par GM en plus du taux d'intérêt subventionné dont bénéficiait CNL. On a allégué que cette exclusion de CNL du programme de subvention des taux d'intérêt préférentiels de 1970 à 1980 constituait une pratique de discrimination fondée sur les prix interdite par l'al. 34(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, ce qui permettait à CNL d'intenter une action en vertu de l'art. 31.1. Cet article crée un droit d'action de nature civile à l'égard de certaines infractions visées par la Loi, même si la création de droits d'action de nature civile relève de la compétence des provinces. CNL prétend que sa perte de profits équivaut à la somme épargnée par ses concurrents et qu'elle a droit de recouvrer de GM des dommages-intérêts équivalents à la perte de profits et aux intérêts composés s'y rapportant. CNL a également poursuivi GM pour inexécution de contrat à l'égard des dommages subis après mars 1980.

Le juge siégeant en cour de pratique qui a entendu la requête présentée par GM a radié certains paragraphes de la déclaration de CNL pour les motifs qu'ils ne révélaient aucune cause d'action du fait que GM n'avait jamais vendu directement à CNL ou à ses concurrents. Il a ensuite conclu que l'art. 31.1 de la Loi excédait la compétence du Parlement parce que le droit d'intenter des poursuites n'était pas vraiment essentiel à l'efficacité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Enfin, il a conclu que l'art. 31 n'était pas rétroactif et ne pouvait donc viser des opérations antérieures à sa proclamation en 1976. La Cour d'appel n'était pas convaincue que CNL n'aurait aucune chance d'avoir gain de cause en présentant une demande fondée sur le par. 34(1) si l'affaire était instruite. La Cour a conclu que l'art. 31.1 relevait de la compétence du Parlement et que le par. 31(1) n'avait aucun effet avant la date de sa proclamation.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes: 1) La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* relève-t-elle en totalité ou en partie de la compétence législative que possède le Parlement en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Et 2) l'article 31.1 de la Loi relève-t-il de la compétence législative du Parlement?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est valide en vertu du de la compétence fédérale en matière

"second branch" over "general" trade and commerce, and s. 31.1 is constitutionally valid by virtue of its being functionally related to the Act.

The Court has advanced several hallmarks of validity for legislation under the second branch of the trade and commerce power: (1) the impugned legislation must be part of a general regulatory scheme; (2) the scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency; (3) the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (4) the legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (5) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country. These *indicia* do not represent an exhaustive list of traits that will tend to characterize general trade and commerce legislation and the presence or absence of any of them is not necessarily determinative. On any occasion where the general trade and commerce power is advanced as a ground of constitutional validity, a careful case by case analysis remains appropriate.

The analysis to determine constitutionality of provisions such as s. 31.1 under the trade and commerce power involves the following steps. First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers, and if so to what extent. Second, the court must establish whether the act (or a severable part of it) in which the impugned provision is found is valid; in cases under the second branch of s. 91(2) this will normally involve finding the presence of a regulatory scheme and then ascertaining whether the hallmarks articulated by the Court have been met by the scheme. If the scheme is not valid, that is the end of the inquiry. If the regulatory scheme is declared valid, the court must then determine whether the impugned provision is sufficiently integrated with the scheme that it can be upheld by virtue of that relationship. This requires considering the seriousness of the encroachment on provincial powers, in order to decide on the proper standard for such a relationship. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). In certain

d'échanges et de commerce, et plus particulièrement en vertu du «deuxième aspect» de cette compétence, la compétence en matière d'échanges et de commerce en «général». De plus, l'art. 31.1 est constitutionnel parce qu'il a un rapport fonctionnel avec la Loi.

La Cour a proposé plusieurs critères de validité d'une loi en vertu du deuxième aspect de la compétence en matière d'échanges et de commerce: 1) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation, 2) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation, 3) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier, 4) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. Ces indices ne constituent pas une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce et la présence ou l'absence de l'un ou l'autre de ces critères n'est pas nécessairement concluante. Chaque fois que la compétence générale en matière d'échanges et de commerce est invoquée comme fondement de constitutionnalité, un examen méticuleux de chaque cas demeure approprié.

L'analyse visant à déterminer la constitutionnalité de dispositions comme l'art. 31.1 en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce comporte les étapes suivantes. Premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci), dans laquelle se trouve la disposition contestée, est valide; dans les cas visés par le deuxième aspect du par. 91(2), cela comportera normalement l'identification d'un système de réglementation et la vérification de sa conformité aux critères formulés par la Cour. Si le système est invalide, l'examen prend fin ici. Si on conclut à la validité du système, la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée au système pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Il faut donc examiner la gravité de l'empiétement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère approprié qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement en tant qu'exercice de son pouvoir en matière d'échanges et de commerce. Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée

cases, some of these steps can be dispensed with if a clear answer to one of them resolve the issue.

Section 31.1 creates a civil right of action and, since the creation of civil actions generally lies within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, appears to encroach to some extent on an important provincial power. The encroachment, however, is not serious. Section 31.1 is only a remedial provision and such provisions are typically less intrusive *vis-à-vis* provincial powers. Section 31.1 does not create a general cause of action but rather one limited by the Act. Finally, the federal government is not constitutionally precluded from creating rights of civil action where such measures may be shown to be warranted. The inclusion of a private right of action in a federal enactment is not constitutionally fatal.

The *Combines Investigation Act* is valid federal legislation under the general trade and commerce power. The hallmarks incidental to this branch of the trade and commerce power have been met.

The Act is geared to eliminating activities that reduce competition in the market-place and embodies a complex, well-integrated scheme of economic regulation to achieve that end. It identifies and defines anti-competitive conduct, establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities, and provides an extensive range of criminal and administrative redress. The Act is clearly concerned with the regulation of trade in general, rather than with the regulation of a particular industry or commodity. The regulatory scheme is subject to the oversight exercised by the Director and the Commission.

The Act is of national scope aimed at the economy as a single integrated national unit rather than as a collection of separate local enterprises. The provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of passing this legislation. Finally, the failure to include one or more provinces or localities would jeopardize successful operation of the legislation in other parts of the country.

The regulation of competition falls within federal jurisdiction in its intraprovincial dimension and the Act therefore need not be read down so that s. 31.1 only applies to interprovincial trade. Because the regulation

au système de réglementation, elle ne peut être maintenue en vertu du deuxième aspect du par. 91(2). Dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige.

L'article 31.1 crée un droit d'action de nature civile et, puisque la création d'un droit d'action de nature civile relève généralement de la compétence provinciale conférée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il semble empiéter dans une certaine mesure sur un important pouvoir provincial. Cet empiétement n'est cependant pas grave. L'article 31.1 n'est qu'une disposition réparatrice et ces dispositions réparatrices sont habituellement moins envahissantes en ce qui concerne les pouvoirs des provinces. L'article 31.1 crée non pas un droit d'action général, mais un droit d'action limité par la Loi. Enfin, la Constitution n'empêche pas le gouvernement fédéral de créer des droits d'action de nature civile lorsque l'on peut démontrer que ces mesures sont justifiées. L'inclusion d'un droit d'action de nature privée dans une loi fédérale n'est pas fatale sur le plan constitutionnel.

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est une loi fédérale valide en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce. Les critères accessoires à cet aspect de la compétence en matière d'échanges et de commerce ont été respectés.

La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché et elle comporte un système de réglementation économique complexe et bien intégré en ce sens. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques, elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle. La Loi porte clairement sur la réglementation du commerce en général et non sur la réglementation d'un secteur ou d'un produit en particulier. Le mécanisme de réglementation est surveillé par le directeur et par la Commission.

La Loi a une portée nationale et elle vise l'économie, non pas en tant que série d'entreprises locales distinctes, mais en tant qu'entité nationale intégrée. La Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à adopter cette loi. Enfin, l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application de la loi dans d'autres parties du pays.

La réglementation de la concurrence relève de l'aspect intraprovincial de la compétence fédérale et il n'est pas nécessaire de donner à la Loi une interprétation atténuée de façon à ce que l'art. 31.1 ne s'applique qu'au com-

of competition is so clearly of national interest and because competition cannot be successfully regulated by federal legislation restricted to interprovincial trade, the validity of the federal legislation must be determined without heed to the provincial legislation. Competition, however, is not a single matter and the provinces may deal with it in the exercise of their legislative powers in such fields as consumer protection, labour relations and marketing.

Section 31.1 intrudes on a provincial power but is sufficiently related to a valid legislative scheme to have constitutional validity conferred on it. The provision is functionally related to the general objective of the legislation, and to the structure and the content of the scheme. As one of an arsenal of remedies created by the Act, it serves to reinforce other sanctions of the Act and takes on meaning only by reference to them. The section provides a private remedy only for particular violations of the Act and does not create a private right of action at large. The intimate tie between the purpose of the Act and a privately initiated and privately conducted enforcement mechanism is a strong indication that s. 31.1 is enmeshed in the fabric in the Act.

Section 31.1 does not create a general action for damages. Recovery under this section can only be effected if loss or damage has occurred because of (i) conduct contrary to Part V of the Act or (ii) the failure of the defendant to comply with an order of the Commission or a court under the Act. The section is a core provision of the very pith and substance of the Act. Its use does not prevent the operation of the Act's other remedial mechanisms, and indeed, may supplement them.

Cases Cited

Applied: *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; **considered**: *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; **distinguished**: *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; **referred to**: *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General of Canada (Canada Standards Trade Mark)*, [1937] A.C. 405; *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Attorney-*

merce interprovincial. Parce qu'il est tellement clair que la réglementation de la concurrence est d'intérêt national et parce que la concurrence ne peut être réglementée efficacement par une loi fédérale restreinte au commerce interprovincial, la validité de la loi fédérale doit être déterminée sans tenir compte de la loi provinciale. La concurrence ne constitue cependant pas un seul et même sujet et les provinces peuvent en traiter dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail et la commercialisation.

L'article 31.1 empiète sur un pouvoir provincial, mais il est suffisamment relié à un système législatif valide pour en justifier la constitutionnalité. La disposition a un rapport fonctionnel avec l'objectif général de la loi et avec la structure et le contenu du système. La disposition ne constitue qu'un recours parmi ceux que la Loi a créés et, comme tel, elle sert à renforcer les autres sanctions prévues par la Loi et n'a de sens que par rapport à celles-ci. L'article n'offre un recours de nature privée que pour des violations particulières de la Loi et ne crée pas un droit général d'action de nature privée. Le lien étroit entre l'objet de la Loi et un mécanisme d'exécution auquel un particulier peut choisir de recourir indique fortement que l'art. 31.1 fait partie de la structure de la Loi.

L'article 31.1 ne crée pas un droit d'action général en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Pour pouvoir être indemnisé en vertu de cet article, il faut avoir subi une perte ou un préjudice par suite (i) d'un comportement contraire à une disposition de la partie V de la Loi, ou (ii) du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou un tribunal judiciaire en vertu de la Loi. L'article est une disposition essentielle du caractère véritable de la Loi. Le recours à cet article n'empêche pas l'application des autres recours prévus par la Loi et peut même les compléter.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; **arrêt examiné:** *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; **distinction d'avec l'arrêt:** *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; **arrêts mentionnés:** *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General of Canada (Canada Standards Trade Mark)*, [1937] A.C. 405; *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844; *John Deere Plow Co.*

General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference), [1916] 1 A.C. 588; *In re the Board of Commerce Act, 1919, and the Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada (Natural Products Marketing Reference)*, [1937] A.C. 377; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec (The Margarine Reference)*, [1951] A.C. 179; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406; *Caloil Inc. v. Attorney General of Canada*, [1971] S.C.R. 543; *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *R. v. Hoffman-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, aff'g (1980), 28 O.R. (2d) 164; *R. v. Miracle Mart Inc.* (1982), 68 C.C.C. (2d) 242; *BBM Bureau of Measurement v. Director of Investigation and Research*, [1985] 1 F.C. 173; *Seiko Time Canada Ltd. v. Consumers Distributing Co.* (1981), 34 O.R. (2d) 481, aff'g (1980), 29 O.R. (2d) 221; *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 F.C. 40, rev'g *sub nom. Rocois Construction Inc. v. Quebec Ready Mix Inc.*, [1980] 1 F.C. 184; *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 300; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331; *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *Cushing v. Dupuy* (1980), 5 App. Cas. 409; *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1967); *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code, s. 1053.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 28, 29, 29.1, 30, 31.1(1), (2), 32, 32(1)(*c*), 32.2, 33, 34, 34(1)(*a*), (*b*), (*c*), 36, 36.1, 36.2, 36.3, 37.1.

Constitution Act, 1867, ss. 91(2), (27), 92(10), (13), (14), (16).

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 20-24.

v. Wharton, [1915] A.C. 330; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)*, [1916] 1 A.C. 588; *In re the Board of Commerce Act, 1919, and the Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada (Natural Products Marketing Reference)*, [1937] A.C. 377; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec (The Margarine Reference)*, [1951] A.C. 179; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406; *Caloil Inc. c. Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543; *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *R. v. Hoffman-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, conf. (1980), 28 O.R. (2d) 164; *R. v. Miracle Mart Inc.* (1982), 68 C.C.C. (2d) 242; *BBM Bureau of Measurement c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1985] 1 C.F. 173; *Seiko Time Canada Ltd. v. Consumers Distributing Co.* (1981), 34 O.R. (2d) 481, conf. (1980), 29 O.R. (2d) 221; *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 C.F. 40, inf. *sub nom. Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.*, [1980] 1 C.F. 184; *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 300; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331; *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *Cushing v. Dupuy* (1980), 5 App. Cas. 409; *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1967); *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

Lois et règlements cités

Code civil, art. 1053.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), (27), 92(10), (13), (14), (16).

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 28, 29, 29.1, 30, 31.1(1), (2), 32, 32(1)*c*), 32.2, 33, 34, 34(1)*a*), *b*), *c*), 36, 36.1, 36.2, 36.3, 37.1.

Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 20 à 24.

Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 56 à 62.

Ontario Rules of Practice, s. 126.
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 56-62.
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 7(*e*).

Authors Cited

Anisman, Philip and Peter W. Hogg. "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation", in Philip Anisman et al., *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979.

Canada. Economic Council of Canada. *Interim Report on Competition Policy*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Hogg, Peter W. and Warren Grover. "The Constitutionality of the Competition Bill" (1976), 1 *Can. Bus. L.J.* 197.

McDonald, Bruce C. "Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 161.

Safarian, A. E. *Canadian Federalism and Economic Integration*. Ottawa: Privy Council Office, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 28 D.L.R. (4th) 158, allowing in part an appeal from a judgment of Rosenberg J. (1984), 12 D.L.R. (4th) 273. Appeal dismissed; both constitutional questions should be answered in the affirmative.

J. Edgar Sexton, *Q.C.*, and *Valerie A. E. Dyer*, for the appellant.

John Sopinka, *Q.C.*, and *Kathryn I. Chalmers*, for the respondent City National Leasing.

T. B. Smith, *Q.C.*, *Gaspard Côté*, *Q.C.*, *Arnold Fradkin*, and *David Lucas*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-K. Samson and *Jean Bouchard*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert Vick Farley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 7*e*).
Rules of Practice de l'Ontario, art. 126.

Doctrine citée

Anisman, Philip and Peter W. Hogg. «Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation», in Philip Anisman et al., *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979.

Canada. Conseil économique du Canada. *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Hogg, Peter W. and Warren Grover. «The Constitutionality of the Competition Bill" (1976), 1 *Can. Bus. L.J.* 197.

McDonald, Bruce C. «Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement» (1969), 47 *R. du B. can.* 161.

Safarian, A. E. *Canadian Federalism and Economic Integration*. Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 28 D.L.R. (4th) 158, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision du juge Rosenberg (1984), 12 D.L.R. (4th) 273. Pourvoi rejeté; les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

J. Edgar Sexton, *c.r.*, et *Valerie A. E. Dyer*, pour l'appelante.

John Sopinka, *c.r.*, et *Kathryn I. Chalmers*, pour l'intimée City National Leasing.

T. B. Smith, *c.r.*, *Gaspard Côté*, *c.r.*, *Arnold Fradkin* et *David Lucas*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-K. Samson et *Jean Bouchard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert Vick Farley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in this appeal is the constitutional validity of s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Section 31.1 creates a civil cause of action for certain infractions of the *Combines Investigation Act*. It is this fact which makes the section constitutionally suspect: a civil cause of action is within the domain of the provinces to create. The essential question raised by this appeal is whether s. 31.1 can, nevertheless, be upheld as constitutionally valid by virtue of its relationship with the *Combines Investigation Act*. Answering this question requires addressing two issues: first, is the Act valid under the federal trade and commerce power, expressed in s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*; and second, is s. 31.1 integrated with the Act in such a way that it too is *intra vires* under s. 91(2).

For the reasons which follow, I have found s. 31.1 to be *intra vires* the federal Parliament. In answering the two aforementioned issues, I have decided, first, that the *Combines Investigation Act* is valid under the federal trade and commerce power, in particular, it is valid under the "second branch" of that power, the power over "general" trade and commerce. Second, I have found that s. 31.1 is constitutionally valid by virtue of being functionally related to the Act.

Legislation

Section 31.1 (1) of the Act reads as follows:

31.1 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(*a*) conduct that is contrary to any provision of Part V, or

(*b*) the failure of any person to comply with an order of the Commission or a court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La principale question que soulève ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. L'article 31.1 établit un droit d'action de nature civile à l'égard de certaines infractions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. C'est ce fait qui jette le doute sur la constitutionnalité de l'article: il appartient aux provinces d'établir un droit d'action de nature civile. La question essentielle que soulève ce pourvoi est de savoir si la constitutionnalité de l'art. 31.1 peut néanmoins être confirmée en raison de son rapport avec la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Pour répondre à cela, il faut examiner deux points: premièrement, la Loi est-elle valide en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce qui est conférée au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Deuxièmement, l'art. 31.1 est-il si intimement lié à la Loi qu'il est lui aussi constitutionnel en vertu du par. 91(2)?

Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que l'art. 31.1 est conforme à la compétence du Parlement fédéral. En répondant aux deux questions précitées, j'ai décidé premièrement que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est valide en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, et plus particulièrement en vertu du «deuxième aspect» de cette compétence, la compétence en matière d'échanges et de commerce en «général». Deuxièmement, j'ai décidé que l'art. 31.1 est constitutionnel parce qu'il a un rapport fonctionnel avec la Loi.

La Loi

L'article 31.1 (1) de la Loi se lit ainsi:

31.1 (1) Toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite

a) d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la Partie V, ou

b) du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou une cour en vertu de la présente loi,

peut, devant toute cour compétente, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou a omis de se conformer à l'ordonnance, une somme égale

loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

Among the offences covered by Part V of the Act, referred to in s. 31.1(1)(*a*) above, are those set out in s. 34(1) which reads:

34. (1) Every one engaged in a business who

(*a*) is a party or privy to, or assists in, any sale that discriminates to his knowledge, directly or indirectly, against competitors of a purchaser of articles from him in that any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage that, at the time the articles are sold to such purchaser, is available to such competitors in respect of a sale of articles of like quality and quantity;

(*b*) engages in a policy of selling products in any area of Canada at prices lower than those exacted by him elsewhere in Canada, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor in such part of Canada, or designed to have such effect; or

(*c*) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

The following two constitutional questions were stated by the Court:

(a) Is the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"), as amended, either in whole or in part, within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

(b) Is section 31.1 of the Act within the legislative competence of the Parliament of Canada?

au montant de la perte ou du préjudice qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que la cour peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

Parmi les infractions visées par la partie V de la Loi, dont fait état l'al. 31.1(1)*a*) précité, se trouvent celles énoncées au par. 34(1) dont voici le texte:

34. (1) Toute personne qui, s'adonnant à une entreprise,

a) est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente qui établit, à sa connaissance, directement ou indirectement, une distinction à l'encontre de concurrents d'un acheteur d'articles de ladite personne en ce qu'un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage est accordé à l'acheteur au-delà et en sus de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage accessible à ces concurrents au moment où les articles sont vendus audit acheteur, à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires;

b) se livre à une politique de vente de produits, dans quelque région du Canada, à des prix inférieurs à ceux qu'elle exige ailleurs au Canada, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent dans cette partie du Canada ou étant destinée à avoir un semblable effet; ou

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet,

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

La Cour a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes:

a) La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (la «Loi») et ses modifications, relève-t-elle en totalité ou en partie de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

b) L'article 31.1 de la Loi relève-t-il de la compétence législative du Parlement du Canada?

I

Facts

General Motors of Canada Ltd. ("GM") manufactures automobiles and trucks. City National Leasing ("CNL") leases across Canada fleets of automobiles and trucks in competition with other national fleet leasing companies. CNL purchases the majority of its vehicles from franchised GM dealers, but does not purchase from GM directly. To finance purchases of GM vehicles between 1970 and 1980, CNL received interest rate support through a program offered by General Motors Acceptance Corporation ("GMAC"). CNL alleges that during that time GM, directly or indirectly, had been paying "preferential" interest rate support to competitors of CNL in respect of competitors' purchases of GM manufactured automobiles and trucks, in addition to the interest rate support available to CNL. It is further alleged that the exclusion of CNL from the preferential interest rate support program from 1970 to 1980 was a practice of price discrimination contrary to s. 34(1)(*a*) of the Act, giving CNL an action under s. 31.1. CNL claims that it lost profits equivalent to monies saved by its competitors, and that it is entitled to recover from GM damages equivalent to the lost profits and compound interest thereon. CNL also sued GM for breach of contract for damages arising after March 1980.

II

Judicial History

These proceedings originated in an application by GM before the motions court judge pursuant to r. 126 of the *Ontario Rules of Practice*. GM advanced three arguments before Rosenberg J., *viz.*: (i) that certain paragraphs of the statement of claim should be struck out as disclosing no cause of action because GM had never made any sales directly to CNL or to its competitors and thus s. 34(1)(*a*) of the Act did not apply; (ii) that s. 31.1 is *ultra vires* Parliament, being in pith and substance legislation in relation to matters within the

I

Les faits

General Motors of Canada Ltd. («GM») fabrique des voitures et des camions. City National Leasing («CNL») loue à travers le Canada des flottes de voitures et de camions et fait concurrence à d'autres entreprises nationales du même genre. CNL achète la plupart de ses véhicules à des concessionnaires GM, mais ne les achète pas directement à GM. Pour financer ses achats de véhicules GM entre 1970 et 1980, CNL a bénéficié d'un taux d'intérêt subventionné en vertu d'un programme offert par General Motors Acceptance Corporation («GMAC»). CNL allègue qu'au cours de cette période, GM a, directement ou indirectement, accordé un taux d'intérêt «préférentiel» subventionné aux concurrents de CNL à l'égard de leurs acquisitions de voitures et de camions fabriqués par GM en plus du taux d'intérêt subventionné dont bénéficiait CNL. On a allégué en outre que l'exclusion de CNL du programme de subvention des taux d'intérêt préférentiels de 1970 à 1980 constituait une pratique de discrimination fondée sur les prix interdite par l'al. 34(1)*a*) de la Loi, ce qui permettait à CNL d'intenter une action en vertu de l'art. 31.1. CNL prétend que sa perte de profits équivaut à la somme épargnée par ses concurrents et qu'elle a droit de recouvrer de GM des dommages-intérêts équivalents à la perte de profits et aux intérêts composés s'y rapportant. CNL a également poursuivi GM pour inexécution de contrat à l'égard des dommages subis après mars 1980.

II

L'histoire des procédures judiciaires

Ces procédures découlent d'une requête de GM présentée à un juge siégeant en cour de pratique conformément à la règle 126 des *Rules of Practice de l'Ontario*. GM a fait valoir trois arguments devant le juge Rosenberg, savoir: (i) certains paragraphes de la déclaration devraient être radiés puisqu'ils ne révèlent aucune cause d'action du fait que GM n'a jamais vendu directement à CNL ou à ses concurrents, et l'al. 34(1)*a*) de la Loi ne s'applique donc pas; (ii) l'art. 31.1 excède la compétence du Parlement parce que, de par son carac-

exclusive legislative competence of the provinces under s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*; (iii) alternatively, if s. 31.1 is valid, it is not retrospective and therefore gives a cause of action only after its proclamation on January 1, 1976.

Rosenberg J. (reasons reported (1984), 12 D.L.R. (4th) 273) accepted GM's first argument and then advised counsel that in view of this finding there was no need to direct argument toward the *ultra vires* point, the constitutional issue being academic. He added, however, that, as much of the time at the hearing had been spent on this aspect, he would deal with some of the arguments regarding s. 31.1. After reviewing several authorities, in particular *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2. S.C.R. 134; and *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9, the judge concluded that the right of a private individual to sue is not truly necessary for the *Combines Investigation Act* to be effective and accordingly s. 31.1 of that Act is *ultra vires* the Parliament of Canada. At pages 281-82 he said that:

> It is clear that s. 31.1 is not part of the complex scheme set up by the Act. It is not dependent on any finding by the Director or the Commission. For some 75 years the Act operated without such a provision. It cannot be justified as a *necessary* part of an administrative scheme set up by the Act.
>
> The only possible justification for s. 31.1 is as legislation "necessarily incidental" or "truly ancillary" to other provisions in the Act or the regulation of trade and commerce.
>
> . . .
>
> I am of the view that the *Peel v. MacKenzie* case applies to the case at bar. The right of a private individual to sue is not truly necessary for the *Combines Investigation Act* to be effective. Section 31.1 is accordingly *ultra vires* the Parliament of Canada.

Le juge Rosenberg (dont les motifs sont publiés à (1984), 12 D.L.R. (4th) 273) a accepté le premier argument de GM et a ensuite avisé les avocats que, compte tenu de cette décision, il n'était pas nécessaire de présenter d'arguments concernant l'inconstitutionnalité de l'article, la question constitutionnelle étant devenue théorique. Il a toutefois ajouté que, puisque l'audience avait porté en grande partie sur cet aspect, il allait examiner certains des arguments concernant l'art. 31.1. Après avoir examiné plusieurs décisions, en particulier les arrêts *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, et *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9, le juge a conclu que le droit d'un particulier d'intenter des poursuites n'est pas vraiment essentiel à l'efficacité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et donc que l'art. 31.1 de cette loi excède la compétence du Parlement du Canada. Aux pages 281 et 282, il affirme:

> [TRADUCTION] Manifestement, l'art. 31.1 ne fait pas partie du système complexe mis en place par la Loi. Il n'est tributaire d'aucune conclusion de la part du Directeur ou de la Commission. La Loi s'est appliquée pendant plus de 75 ans sans une telle disposition. On ne peut en justifier l'existence pour le motif qu'elle serait une composante *essentielle* d'un système administratif mis en place par la Loi.
>
> La seule façon de justifier l'existence de l'art. 31.1 est de dire qu'il s'agit d'une législation «nécessairement accessoire» ou «vraiment accessoire» aux autres dispositions de la Loi ou à la réglementation des échanges et du commerce.
>
> . . .
>
> Je suis d'avis que l'arrêt *Peel c. MacKenzie* s'applique en l'espèce. Le droit d'un particulier d'intenter une poursuite n'est pas vraiment essentiel à l'efficacité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. En conséquence, l'art. 31.1 excède la compétence du Parlement du Canada.

On the third point of argument Rosenberg J. agreed with GM that s. 31.1 did not purport to be retroactive or retrospective and therefore could not affect transactions between 1970 and the date of proclamation of the section in 1976.

The Ontario Court of Appeal (Thorson, Robins and Tarnopolsky JJ.A.) (reasons reported (1986), 28 D.L.R. (4th) 158) allowed the appeal in part. On the first issue, whether certain paragraphs of the statement of claim should be struck out as disclosing no cause of action capable of being founded on s. 34(1)(*a*) of the Act, the Court was not persuaded that CNL could not hope to succeed in asserting a claim founded on s. 34(1) if the matter were to go to trial. With regard to the constitutional issue, the Court held that the motions court judge had erred in proceeding to make a finding after having indicated to counsel that he need not hear argument on the matter. The Court felt it had no choice but to disregard the reasons of the motions court judge for that finding. At the request of all counsel, however, the Appeal Court dealt with the issue of the validity of s. 31.1 of the Act and said at p. 159:

> ... we think it is sufficient to say that we find ourselves in agreement with the conclusion reached by the Federal Court of Appeal in *Pilote Ready Mix Inc. et al. v. Rocois Construction Inc.*, released November 21, 1985 (since reported 8 C.P.R. (3d) 145, 24 C.C.C. (3d) 158 *sub nom. A.-G. Can. v. Quebec Ready Mix Inc. et al. and Rocois Construction Inc. et al. mise-en-cause* [since reported also at (1985) 2 F.C. 40]; leave to appeal to S.C.C. granted C.P.R. and C.C.C. *loc. cit.*) There the Court held that s. 31.1 of the *Combines Investigation Act* is constitutionally valid legislation of the Parliament of Canada, and with this conclusion we respectfully concur.

On the third and final issue, the Court agreed with the motions court judge that s. 31.1 could not be given operation so as to allow CNL to assert a claim for loss or damage, as a result of conduct contrary to s. 31(1)(*a*), in respect of transactions that occurred before January 1, 1976.

Quant au troisième argument, le juge Rosenberg a été d'accord avec GM pour dire que l'art. 31.1 n'avait pas d'effet rétroactif et ne pouvait donc viser des opérations conclues entre 1970 et la date de proclamation de l'article en 1976.

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Thorson, Robins et Tarnopolsky) (motifs publiés à (1986), 28 D.L.R. (4th) 158) a accueilli l'appel en partie. En ce qui concerne le premier argument portant que certains paragraphes de la déclaration devraient être radiés puisqu'ils ne révèlent aucune cause d'action susceptible d'être fondée sur l'al. 34(1)*a*) de la Loi, la Cour n'était pas convaincue que CNL n'aurait aucune chance d'avoir gain de cause en présentant une demande fondée sur le par. 34(1) si l'affaire était instruite. En ce qui concerne l'argument constitutionnel, la Cour a conclu que le juge siégeant en cour de pratique avait commis une erreur en rendant une décision après avoir indiqué aux avocats qu'il n'avait pas besoin d'entendre d'arguments sur ce point. La Cour a jugé qu'elle n'avait pas d'autre choix que d'écarter les motifs donnés par ce juge à l'appui de cette décision. Toutefois, à la demande de tous les avocats, la Cour d'appel a traité de la validité de l'art. 31.1 de la Loi et a dit à la p. 159:

> [TRADUCTION] ... nous croyons qu'il suffit de dire que nous partageons la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Pilote Ready Mix Inc. et al. c. Rocois Construction Inc.*, rendu le 21 novembre 1985 (publié depuis à 8 C.P.R. (3d) 145, 24 C.C.C. (3d) 158, *sub nom. Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc. et autres et Rocois Construction Inc. et autre mise en cause* [publié depuis également à [1985] 2 C.F. 40]; autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, C.P.R. et C.C.C. *loc. cit.*) Dans cet arrêt, la cour a conclu que l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est une disposition constitutionnellement valide que le Parlement canadien a adoptée et, en toute déférence, nous partageons cette conclusion.

Quant au troisième et dernier argument, la Cour a convenu avec le juge siégeant au cour de pratique que l'art. 31.1 ne pouvait être appliqué de façon à permettre à CNL d'intenter une action pour perte ou dommage résultant d'un comportement contraire à l'al. 31(1)*a*) relativement à des opérations antérieures au 1er janvier 1976.

This Court granted leave to appeal from the order of the Court of Appeal. The panel granting leave ordered that the appeal should be heard together with the appeal in *Québec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.* Reasons in the latter appeal are being delivered concurrently herewith.

The Attorney General of Canada and the Attorneys General of Quebec, British Columbia, Saskatchewan and Alberta intervened in the appeal. The Attorney General for New Brunswick filed a notice of intention to intervene but later withdrew.

III

Arguments

In this Court the parties focussed their submissions on the constitutional validity of s. 31.1 under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, the trade and commerce power. The appellant GM, supported by the provincial Attorneys General, argued that the creation of a civil cause of action was a matter of provincial jurisdiction over property and civil rights granted to the provinces by s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. GM argued vigorously against finding s. 31.1 valid under the trade and commerce power; s. 31.1, it was urged, did not satisfy any of the necessary *indicia* of valid trade and commerce legislation, nor could the civil action in s. 31.1 be characterized as necessarily incidental to a valid scheme regulating trade and commerce. The provision might be desirable to increase the effectiveness of the *Combines Investigation Act*, but its removal, GM argued, would not defeat the legislative purpose underlying the Act.

CNL and the Attorney General of Canada submitted that s. 31.1 was indeed within the constitutional competence of the federal government; properly characterized, s. 31.1 was clearly sustainable under the "general" branch of the federal trade

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre l'ordonnance de la Cour d'appel. La formation qui a accordé l'autorisation a ordonné que le pourvoi soit entendu en même temps que le pourvoi *Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.* L'arrêt dans ce dernier cas est rendu en même temps que les présents motifs de jugement.

Le procureur général du Canada et les procureurs généraux du Québec, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta sont intervenus dans le pourvoi. Le procureur général du Nouveau-Brunswick a déposé un avis d'intention d'intervenir, mais il s'est désisté ultérieurement.

III

L'argumentation

Devant cette Cour, les parties ont fait porter leur argumentation sur la constitutionnalité de l'art. 31.1 en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère la compétence en matière d'échanges et de commerce. L'appelante GM, appuyée par les procureurs généraux des provinces, a soutenu que la création d'un droit d'action de nature civile relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. GM a soutenu avec vigueur que l'art. 31.1 ne pouvait être valide en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce; on a soutenu avec insistance que l'art. 31.1 ne répondait à aucun des critères nécessaires à la validité d'un texte législatif portant sur les échanges et le commerce et que le droit d'action de nature civile conféré par l'art. 31.1 ne pouvait être qualifié de nécessairement accessoire à un système de réglementation valide des échanges et du commerce. La disposition pourrait être souhaitable pour augmenter l'efficacité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* mais, soutient GM, sa suppression ne contrecarrerait pas l'objet législatif qui sous-tend la Loi.

CNL et le procureur général du Canada ont prétendu que l'art. 31.1 relevait vraiment de la compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral; correctement qualifié, l'art. 31.1 était clairement soutenable en vertu de l'aspect «général» de

and commerce power as economic legislation affecting the nation as a whole.

Quebec took a different approach from the other provinces. It concedes that the trade and commerce power does give the federal government power to regulate competition in the national economy and to create civil actions such as s. 31.1 to meet this goal, but contends that only international or interprovincial aspects of competition should be within the federal jurisdiction, while intraprovincial or local aspects of competition should fall under provincial jurisdiction. In effect, Quebec argues that s. 31.1 should be read down. In the two cases before the Court, this would probably mean that *Québec Ready Mix* would be non-suited, as that case seems to involve only contracts in Quebec City between local construction groups, while the present case, that of *GM*, would go ahead, as both GM and CNL operated across the country.

The central issue before this Court, as indicated, is whether s. 31.1 of the *Combines Investigation Act* may be sustained under the "general" trade and commerce power of s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The overall validity of the *Combines Investigation Act* as a federal enactment has not been challenged. In numerous cases federal combines legislation has been upheld as valid under the federal power over criminal law. However, in claiming that s. 31.1 is valid legislation, CNL and the Attorney General of Canada argue in this appeal that in addition to being valid under the criminal law power, the *Combines Investigation Act* is also valid under the federal power over trade and commerce. This possibility was recognized by the Privy Council in the first case to uphold combines investigation legislation under the federal criminal power, *Proprietary Articles*

la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce à titre de mesure législative économique qui touche le pays dans son ensemble.

Le Québec a adopté un point de vue différent de celui des autres provinces. Il reconnaît que la compétence en matière d'échanges et de commerce confère au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer la concurrence au sein de l'économie nationale et de créer des droits d'action de nature civile comme le fait l'art. 31.1 pour parvenir à ce but, mais il prétend que seuls les aspects internationaux ou interprovinciaux de la concurrence devraient relever de la compétence fédérale alors que les aspects intraprovinciaux ou locaux de la concurrence devraient relever de la compétence provinciale. En effet, le Québec soutient que l'art. 31.1 devrait recevoir une interprétation atténuée. Dans les deux affaires soumises à cette Cour, cela signifierait probablement que l'affaire *Québec Ready Mix* ne pourrait faire l'objet d'une action puisque cette affaire ne semble concerner que des contrats conclus à Québec entre des groupes d'entrepreneurs en construction locaux, alors qu'en l'espèce, soit dans l'affaire *GM*, il serait possible de procéder puisque GM et CNL faisaient des affaires partout au pays.

Comme je l'ai indiqué, la principale question en l'espèce est de savoir si l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peut être maintenu en vertu de la compétence «générale» en matière d'échanges et de commerce que confère le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La validité générale de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* à titre de loi fédérale n'a pas été contestée. Dans de nombreux arrêts, les tribunaux ont confirmé la validité de la loi fédérale sur les coalitions en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cependant, tout en affirmant que l'art. 31.1 est une disposition législative valide, CNL et le procureur général du Canada soutiennent dans ce pourvoi qu'en plus d'être valide en vertu de la compétence en matière de droit criminel, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est valide en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce. Le Conseil privé a reconnu cette possibilité dans le premier arrêt qui a confirmé la validité de la loi

Trade Association v. Attorney-General for Canada, [1931] A.C. 310, at p. 326:

The view that their Lordships have expressed makes it unnecessary to discuss the further ground upon which the legislation has been supported by reference to the power to legislate under s. 91, head 2, for "The regulation of trade and commerce." Their Lordships merely propose to disassociate themselves from the construction suggested in argument of a passage in the judgment in the *Board of Commerce Case* [[1922] 1 A.C. 191, 198] under which it was contended that the power to regulate trade and commerce could be invoked only in furtherance of a general power which Parliament possessed independently of it. No such restriction is properly to be inferred from that judgment. The words of the statute must receive their proper construction where they stand as giving an independent authority to Parliament over the particular subject-matter. But following the second principle noticed in the beginning of this judgment their Lordships in the present case forbear from defining the extent of that authority. They desire, however, to guard themselves from being supposed to lay down that the present legislation could not be supported on that ground.

To assess the claims made in this appeal it is necessary to begin by exploring the scope of s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

IV

The General Trade and Commerce Power

In *Canadian National Transportation, supra*, I had occasion to trace the history of s. 91(2) in the courts. It would be otiose to repeat that discussion here. For the purposes of this appeal it is sufficient to summarize the general principles that, in my view, have emerged from judicial consideration of s. 91(2) and which are relevant to the present appeal.

The leading case of *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, sets out the most frequently quoted statement of the scope of s. 91(2). Speaking for the Privy Council, Sir Montague Smith noted at p. 112 that if the words trade and commerce were given their ordinary meaning, s. 91(2) conceivably granted

relative aux enquêtes sur les coalitions en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle, *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, à la p. 326:

[TRADUCTION] Une discussion de la validité de la loi fondée sur la compétence législative invoquée en vertu du paragraphe 2 de l'art. 91, «la réglementation des échanges et du commerce», n'est plus nécessaire étant donné l'opinion exprimée par leurs Seigneuries. Elles déclinent simplement de souscrire à l'interprétation, donnée au cours des plaidoiries, d'un passage du jugement rendu dans l'affaire *Board of Commerce* [[1922] 1 A.C. 191, p. 198], d'après lequel on soutenait que le pouvoir de réglementation du commerce ne saurait être invoqué que pour appuyer un pouvoir général distinct que possède le Parlement. Ce jugement ne permet pas de conclure à l'existence d'une telle restriction. On doit donner leur sens propre aux termes de la loi lorsqu'ils ont pour objet d'établir la compétence du Parlement sur un sujet particulier. Mais, en conformité du second principe exposé au début de ce jugement, leurs Seigneuries s'abstiennent en l'espèce de définir l'étendue de cette compétence. Elles désirent toutefois parer à l'imputation d'avoir dit que ce point ne saurait servir à étayer la validité de la législation en cause.

Pour évaluer les demandes présentées dans ce pourvoi, il est nécessaire d'explorer d'abord la portée du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

IV

La compétence générale en matière d'échanges et de commerce

Dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, j'ai eu l'occasion de tracer l'historique judiciaire du par. 91(2). Il serait inutile de reprendre cette analyse ici. Pour les fins de ce pourvoi, il suffit de résumer les principes généraux qui, à mon avis, sont ressortis de l'examen judiciaire du par. 91(2) et qui sont pertinents en l'espèce.

C'est dans l'arrêt de principe, *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, qu'on retrouve l'énoncé le plus souvent cité de la portée du par. 91(2). Sir Montague Smith, s'exprimant au nom du Conseil privé, souligne, à la p. 112, que si l'on donnait aux termes échanges et commerce leur sens ordinaire, il se

very wide-ranging powers to the federal government:

> The words "regulation of trade and commerce," in their unlimited sense are sufficiently wide, if uncontrolled by the context and other parts of the Act, to include every regulation of trade ranging from political arrangements in regard to trade with foreign governments, requiring the sanction of parliament, down to minute rules for regulating particular trades.

To limit the breadth of a literal interpretation of s. 91(2), Sir Montague Smith settled upon the following construction, at p. 113:

> Construing therefore the words "regulation of trade and commerce" by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of parliament, regulation in matters of inter-provincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion.

Sir Montague Smith continued, on the same page:

> Having taken this view of the present case, it becomes unnecessary to consider the question how far the general power to make regulations of trade and commerce, when competently exercised by the dominion parliament, might legally modify or affect property and civil rights in the provinces, or the legislative power of the provincial legislatures in relation to those subjects . . . .

In *Canadian National Transportation, supra*, at p. 258, I suggested that *Parsons* had established three important propositions with regard to the federal trade and commerce power:

> . . . (i) it does not correspond to the literal meaning of the words "regulation of trade and commerce"; (ii) it includes not only arrangements with regard to international and interprovincial trade but "it may be that . . . (it) would include general regulation of trade affecting the whole dominion"; (iii) it does not extend to regulating the contracts of a particular business or trade.

Since *Parsons*, the jurisprudence on s. 91(2) has largely been an elaboration on the boundaries of

pourrait bien que le par. 91(2) ait conféré au gouvernement fédéral de très larges pouvoirs:

> [TRADUCTION] Les termes «réglementation des échanges et du commerce», pris dans leur sens le plus étendu, ont une ampleur suffisante en dehors du contexte et des autres parties de l'Acte pour englober chaque domaine de réglementation des échanges, depuis les ententes politiques sur les échanges, conclues avec les gouvernements étrangers et exigeant la sanction du Parlement, jusqu'aux règlements minutieux s'appliquant aux échanges particuliers.

Pour restreindre l'étendue d'une interprétation littérale du par. 91(2), sir Montague Smith adopte l'interprétation suivante, à la p. 113:

> [TRADUCTION] Par conséquent, si l'on interprète les mots «réglementation des échanges et du commerce» en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut, on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion.

Sir Montague Smith poursuit, à la même page:

> [TRADUCTION] Étant donné cette conclusion sur l'affaire, il n'est pas nécessaire de se demander jusqu'à quel point le pouvoir général de réglementer les échanges et le commerce, lorsqu'il est exercé à bon droit par le Parlement du Dominion, peut légalement modifier ou affecter la propriété et les droits civils dans les provinces, ou le pouvoir législatif des législatures provinciales relativement à ces matières . . .

Dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, à la p. 258, j'ai laissé entendre que l'arrêt *Parsons* avait établi trois propositions importantes relativement à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce:

> . . . (i) elle ne correspond pas au sens littéral des mots «réglementation des échanges et du commerce»; (ii) elle comprend non seulement les arrangements visant les échanges internationaux et interprovinciaux, mais «il se pourrait qu'elle [. . .] comprenne [. . .] la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion»; (iii) elle n'englobe pas la réglementation des contrats d'un commerce en particulier.

Depuis l'arrêt *Parsons*, la jurisprudence relative au par. 91(2) a surtout porté sur la délimitation

the two aspects or "branches" of federal power: (1) the power over international and interprovincial trade and commerce; and (2) the power over general trade and commerce affecting Canada as a whole. The first branch has been the subject of considerable constitutional challenge and judicial scrutiny. The second branch, in contrast, has remained largely unexplored, *terra incognita*. In this appeal, however, it is under this second branch of s. 91(2) that CNL and the Attorney General of Canada seek to uphold s. 31.1.

So far as I can gather, legislation has been upheld under the second branch by a final appellate court on only two occasions. In 1937 the Privy Council upheld a federal scheme creating a national trade mark to be used in conjunction with federally established commodity standards under the general trade and commerce power: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General of Canada (Canada Standards Trade Mark)*, [1937] A.C. 405. (But compare: *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844, where this Court struck down federal products standards legislation.) The second occasion was in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, where the Privy Council located the regulation of federally incorporated companies within the general branch of s. 91(2), although they also upheld the legislation under the "peace, order and good government" power.

Aside from these two cases, at least until of late, the general trade and commerce power met with consistent rejection by the courts. Professor Hogg in the second edition of his work *Constitutional Law of Canada* (1985), at pp. 447-48, notes that the courts refused to accept it as the basis for regulation of the insurance industry in the *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)*, [1916] 1 A.C. 588; prices and profits in *In re the Board of Commerce Act, 1919, and the Combines and Fair Prices Act, 1919* (the *Board of Commerce* case), [1922] 1

des deux aspects ou «volets» de la compétence fédérale: (1) la compétence en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux, et (2) la compétence générale en matière d'échanges et de commerce touchant le Canada dans son ensemble. Le premier aspect a fait l'objet de nombreuses contestations constitutionnelles et de nombreux examens judiciaires. Par contre, le deuxième aspect est demeuré largement inexploré, un terrain inconnu. Dans ce pourvoi toutefois, c'est en vertu de ce second aspect du par. 91(2) que CNL et le procureur général du Canada tentent de faire confirmer la validité de l'art. 31.1.

Aussi loin que je me souvienne, ce n'est qu'à deux reprises qu'une cour d'appel de dernier ressort a confirmé la validité d'une loi en vertu du second volet. En 1937, le Conseil privé a confirmé la validité d'une loi fédérale qui créait une marque de commerce nationale devant être utilisée conjointement avec des normes de production établies par le fédéral en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General of Canada (Canada Standards Trade Mark)*, [1937] A.C. 405. (Mais comparer avec l'arrêt *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844, où cette Cour a annulé une loi fédérale portant sur des normes de qualité des produits.) La seconde fois, c'était dans l'arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, où le Conseil privé a décidé que la réglementation de sociétés à charte fédérale relevait du volet général du par. 91(2) bien qu'il ait également confirmé la validité de la loi en vertu de la compétence sur «la paix, l'ordre et le bon gouvernement».

Sous réserve de ces deux arrêts, et pendant longtemps, les tribunaux ont systématiquement rejeté la compétence générale en matière d'échanges et de commerce. Le professeur Hogg, dans la deuxième édition de son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1985), aux pp. 447 et 448, souligne que les tribunaux ont refusé de l'accepter pour justifier la réglementation du secteur de l'assurance dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)*, [1916] 1 A.C. 588, des prix et des profits dans *In re the Board of Commerce Act, 1919, and*

A.C. 191; labour relations in *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; marketing in *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434, and *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada (Natural Products Marketing Reference)*, [1937] A.C. 377; and the prohibition of margarine in *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec (The Margarine Reference)*, [1951] A.C. 179.

The treatment of the general trade and commerce power in the cases just mentioned was no doubt strongly influenced by earlier Privy Council decisions on s. 91(2) and in particular what Anglin C.J. referred to in *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, *supra*, at p. 441, as "... their Lordships' emphatic and reiterated allocation of 'the regulation of trade and commerce' to ... [a] subordinate and wholly auxiliary function...." As Professor McDonald observed in his article "Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 161, at p. 189:

> The British North America Act was framed with a greater interest in central control than motivated the constitutional fathers to the south. Reaction in the founding provinces to the consequences of decentralized control in the United States has been well documented. The broad and unqualified language of section 91(2) reflected the basic interest that strength from economic unity replace the floundering provincial economies. Yet, as the American courts broadened their commerce clause until it meant essentially what the Fathers of Confederation had sought for Canada, so have the Privy Council and the Canadian courts reacted against the hopes of the framers of their constitution and have decentralized commercial control.

At least until relatively recently the history of interpretation of the trade and commerce power has almost uniformly reinforced the federal paralysis which resulted from a series of Privy Council decisions in the years

the Combines and Fair Prices Act, 1919 (l'affaire *Board of Commerce*), [1922] 1 A.C. 191, des relations de travail dans *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, de la commercialisation dans *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434, et *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada (Natural Products Marketing Reference)*, [1937] A.C. 377, et l'interdiction de la margarine dans *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec (The Margarine Reference)*, [1951] A.C. 179.

Nul doute que l'examen de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce dans les arrêts que nous venons de mentionner a été considérablement influencé par les décisions antérieures du Conseil privé sur le par. 91(2) et en particulier par ce que le juge en chef Anglin a appelé, dans l'arrêt *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, précité, à la p. 441, [TRADUCTION] «... le fait que leurs Seigneuries insistent et répètent qu'elles attribuent à la «réglementation des échanges et du commerce» [...] [une] fonction subordonnée et tout à fait secondaire...» Comme le fait observer le professeur McDonald dans son article intitulé «Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement» (1969), 47 *R. du B. can.* 161, à la p. 189:

> [TRADUCTION] C'est avec un intérêt plus grand à l'égard du pouvoir central que celui qui animait les auteurs de la constitution de notre voisin du sud que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a été rédigé. Il existe de bonnes analyses des réactions des provinces fondatrices aux conséquences du pouvoir décentralisé aux États-Unis. Les termes généraux et absolus du par. 91(2) traduisent l'intérêt fondamental que la force de l'unité économique devait supplanter les hésitations des provinces en matière économique. Pourtant, alors que les tribunaux américains élargissaient la portée de leur clause en matière de commerce jusqu'à ce qu'elle signifie essentiellement ce que les Pères de la Confédération avaient souhaité pour le Canada, le Conseil privé et les tribunaux canadiens ont réagi à l'encontre des espoirs des rédacteurs de leur constitution et ont décentralisé le contrôle en matière de commerce.

Jusqu'à assez récemment du moins, l'interprétation donnée à la compétence en matière d'échanges et de commerce a renforcé de façon presque constante la paralysie fédérale qu'une série de décisions du Conseil

1881-1896. The predominant view was that section 91(2) did not in any way go to either general commerce, contracts, particular trades or occupations, or commodities so far as those things might be intraprovincial. The test for the local nature of a transaction was abstractly legal, divorced from commercial effect.

Since 1949 and the abolition of appeals to the Privy Council, the trade and commerce power has, I think it fair to say, enjoyed an enhanced importance in such cases as *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, upholding the validity of the federal *Canadian Wheat Board Act*; *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (Man. C.A.), upholding the application of the *Canadian Wheat Board Act* to intraprovincial transactions; and *Caloil Inc. v. Attorney General of Canada*, [1971] S.C.R. 543, upholding a federal scheme regulating the movement of imported gasoline. See also *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

In examining cases which have considered s. 91(2), it is evident that courts have been sensitive to the need to reconcile the general trade and commerce power of the federal government with the provincial power over property and civil rights. Balancing has not been easy. Following the initial articulation of the scope of the general trade and commerce power in *Parsons*, *supra*, the Privy Council briefly adopted what might be regarded as an overly inclusive interpretation of the power in *John Deere Plow Co. v. Wharton, supra*, before retreating to an overly restrictive stance to its interpretation in the *Board of Commerce*, *supra*, case. In *Wharton*, Viscount Haldane, at p. 340, speaking of federally-incorporated companies, sketched in broad terms the federal power to regulate trade and commerce under the second branch of *Parsons*:

privé rendues au cours des années 1881 à 1896 avait entraînée. L'opinion prédominante voulait que le par. 91(2) ne s'applique en aucun cas au commerce en général, aux contrats, à des métiers ou à des emplois particuliers, ou à des produits dans la mesure où ces sujets pouvaient être de nature intraprovinciale. Pour déterminer si l'opération était de nature locale, c'est un critère juridique abstrait, étranger à l'effet commercial, qui était appliqué.

Depuis 1949 et l'abolition des appels au Conseil privé, je pense qu'il est juste de dire que la compétence en matière d'échanges et de commerce a bénéficié d'une plus grande importance dans des arrêts comme *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, qui a confirmé la validité de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* fédérale, *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (C.A. Man.), qui a confirmé l'application de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* à des opérations intraprovinciales, et *Caloil Inc. c. Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543, qui a maintenu un programme fédéral de réglementation de la mise en marché d'essence importée. Voir également le *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

À la lecture des arrêts où le par. 91(2) a été examiné, il devient clair que les tribunaux ont été sensibles au besoin de concilier la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que possède le gouvernement fédéral avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Il n'a pas été facile d'établir l'équilibre. Après avoir délimité pour la première fois la portée de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce dans l'arrêt *Parsons*, précité, le Conseil privé a adopté brièvement ce qu'on pourrait considérer comme une interprétation trop large de cette compétence dans l'arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, avant de se replier sur une interprétation trop stricte dans l'affaire *Board of Commerce*, précitée. Dans l'arrêt *Wharton*, le vicomte Haldane, parlant des sociétés à charte fédérale, à la p. 340, a décrit en des termes généraux le pouvoir fédéral de réglementer les échanges et le commerce en vertu du deuxième aspect de l'arrêt *Parsons*:

... if it be established that the Dominion Parliament can create such companies, then it becomes a question of general interest throughout the Dominion in what fashion they should be permitted to trade. [Emphasis added.]

In contrast, in the *Board of Commerce* case, the Privy Council rejected the trade and commerce power (without distinguishing between the two branches) as the basis for anti-combines legislation, holding that the trade and commerce power had no independent content and could only be invoked as ancillary to other federal powers. This view of the trade and commerce power was rejected some nine years later by the Privy Council in *Proprietary Articles Trade Association*, *supra*, in the passage quoted earlier.

With respect, in my view, neither the position articulated in *Wharton* nor that advanced in the *Board of Commerce* case correctly assesses the balance to be struck between ss. 91(2) and 92(13). *Wharton* is clearly overly expansive, sweeping all general economic issues into the grasp of s. 91(2). On the other hand, the residual interpretation articulated in the *Board of Commerce* case fails to breathe life into the trade and commerce power and fails to recognize that provincial powers are a substraction from the federal powers. The true balance between property and civil rights and the regulation of trade and commerce must lie somewhere between an all pervasive interpretation of s. 91(2) and an interpretation that renders the general trade and commerce power to all intents vapid and meaningless.

This Court took the first step towards delineating more specific principles of validity for legislation enacted under the general trade and commerce power in *Vapor Canada*, *supra*. In that case, s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, was challenged as *ultra vires* Parliament. Section 7 prohibited certain commercial practices, including the making of false and misleading statements to discredit a competitor, passing off goods

[TRADUCTION] ... s'il est établi que le Parlement canadien peut créer ces compagnies, la façon dont elles peuvent exercer leurs activités devient alors une question d'intérêt général dans tout le pays. [Je souligne.]

Par contre, dans l'affaire *Board of Commerce*, le Conseil privé a rejeté la compétence en matière d'échanges et de commerce (sans faire de distinction entre les deux aspects) comme justification de la loi interdisant les coalitions, en décidant que la compétence en matière d'échanges et de commerce n'avait aucun contenu indépendant et ne pouvait être invoquée qu'accessoirement à d'autres pouvoirs fédéraux. Le Conseil privé a rejeté cette interprétation de la compétence en matière d'échanges et de commerce quelque neuf ans plus tard dans le passage reproduit antérieurement de l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association*, précité.

En toute déférence, j'estime qu'aucune des positions adoptées dans les arrêts *Wharton* et *Board of Commerce* n'établit correctement l'équilibre à atteindre entre les par. 91(2) et 92(13). L'arrêt *Wharton* est nettement de portée trop large en faisant relever du par. 91(2) toute question économique générale. Par ailleurs, l'interprétation résiduelle formulée dans l'affaire *Board of Commerce* ne confère aucune substance à la compétence en matière d'échanges et de commerce et ne reconnaît pas que les pouvoirs des provinces sont le résultat d'une soustraction des pouvoirs fédéraux. Le véritable équilibre entre la propriété et les droits civils d'une part et la réglementation des échanges et du commerce d'autre part réside quelque part entre une interprétation compréhensive du par. 91(2) et une interprétation qui rend la compétence générale en matière d'échanges et de commerce pratiquement insipide et dépourvue de sens.

Cette Cour a franchi le premier pas en vue de définir des principes plus précis de la validité des lois adoptées en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité. Dans cette affaire, on prétendait que l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, chap. T-10, excédait la compétence du Parlement. L'article 7 interdisait certaines pratiques commerciales, y compris les

or services, and making use of false descriptions likely to mislead the public, under the general heading of unfair competition. The impugned subsection was a general catch-all provision, unrelated to the rest of the statute, which prohibited a person from doing "any other act" or adopting "any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada". The respondent, Vapor Canada Ltd., supported by the Attorney General of Canada, argued that s. 7(*e*) could be sustained as legislation regulating general trade and commerce under s. 91(2).

The Court struck down the provision as *ultra vires*. Chief Justice Laskin, speaking for five members of the Court, proposed three hallmarks of validity for legislation under the second branch of the trade and commerce power. First, the impugned legislation must be part of a general regulatory scheme. Second, the scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency. Third, the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry. Each of these requirements is evidence of a concern that federal authority under the second branch of the trade and commerce power does not encroach on provincial jurisdiction. By limiting the means which federal legislators may employ to that of a regulatory scheme overseen by a regulatory agency, and by limiting the object of federal legislation to trade as a whole, these requirements attempt to maintain a delicate balance between federal and provincial power. On the basis of these criteria, Laskin C.J. then rejected the general trade and commerce power as the constitutional foundation for s. 7(*e*).

Three members of the Court affirmed the *Vapor Canada* criteria in *Canadian National Transportation*. At issue in *Canadian National Transpor-*

déclarations fausses ou trompeuses faites en vue de discréditer un concurrent, de faire passer des marchandises ou des services pour ceux qui sont demandés et d'utiliser de fausses désignations de nature à tromper le public, sous la rubrique générale de concurrence déloyale. L'alinéa contesté était une disposition générale fourre-tout, sans rapport avec le reste de la Loi, qui interdisait à une personne de «faire un autre acte» ou d'adopter «une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada». L'intimée, Vapor Canada Ltd., appuyée par le procureur général du Canada, a soutenu que l'al. 7*e*) pouvait être maintenu à titre de disposition législative réglementant les échanges et le commerce en général conformément au par. 91(2).

La Cour a annulé la disposition pour le motif qu'elle était inconstitutionnelle. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de cinq membres de la Cour, a proposé trois critères de validité d'une loi en vertu du deuxième aspect de la compétence en matière d'échanges et de commerce. Premièrement, la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation. Deuxièmement, le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation. Troisièmement, la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier. Chacune de ces exigences démontre que le pouvoir fédéral en vertu du deuxième aspect de la compétence en matière d'échanges et de commerce, n'empiète pas sur la compétence provinciale. En restreignant les moyens que le législateur fédéral peut employer à ceux d'un système de réglementation contrôlé par un organisme de réglementation et en restreignant l'objet de la mesure législative fédérale au commerce dans son ensemble, ces exigences tentent de maintenir un équilibre délicat entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Se fondant sur ces critères, le juge en chef Laskin a ensuite rejeté la compétence générale en matière d'échanges et de commerce comme fondement constitutionnel de l'al. 7*e*).

Trois membres de la Cour ont confirmé les critères de l'arrêt *Vapor Canada* dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*. Dans cet arrêt,

tation was the authority of the Attorney General of Canada to conduct prosecutions under the *Combines Investigation Act*. Four members of the Court held that provincial authority over the administration of justice in s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, did not preclude the federal government from conducting prosecutions of criminal offences. I was of the view that s. 92(14) did preclude the federal government from prosecuting criminal offences — unless the offences could be upheld under a head of power other than s. 91(27). I then took the further position, in which Beetz and Lamer JJ. agreed in substance, that the section could be sustained as legislation relating to the general trade and commerce power and thus the federal government was competent to prosecute a violation of s. 32(1) of the *Combines Investigation Act*.

In reaching the conclusion that s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act* was within the scope of the general trade and commerce power, and writing for the minority of the Court, I adopted Laskin C.J.'s three criteria in *Vapor Canada*, *supra*, but added two factors that I considered *indicia* of the valid exercise of the general trade and commerce power: (i) the legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (ii) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country. These two requirements, like Laskin C.J.'s three criteria, serve to ensure that federal legislation does not upset the balance of power between federal and provincial governments. In total, the five factors provide a preliminary check-list of characteristics, the presence of which in legislation is an indication of validity under the trade and commerce power. These *indicia* do not, however, represent an exhaustive list of traits that will tend to characterize general trade and commerce legislation. Nor is the presence or absence of any of these five criteria

on contestait le pouvoir du procureur général du Canada d'intenter des poursuites en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Quatre membres de la Cour ont conclu que la compétence provinciale en matière d'administration de la justice qui est conférée au par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'empêchait pas le gouvernement fédéral d'intenter des poursuites fondées sur des infractions criminelles. J'ai exprimé l'avis que le par. 92(14) empêchait le gouvernement fédéral d'intenter des poursuites fondées sur des infractions criminelles à moins que ces dernières ne soient maintenues en vertu d'un chef de compétence autre que celui prévu au par. 91(27). J'ai ensuite ajouté, et les juges Beetz et Lamer ont essentiellement partagé mon avis sur ce point, que l'article pouvait être maintenu à titre de mesure législative ayant trait à la compétence générale en matière d'échanges et de commerce et que le gouvernement fédéral était donc compétent pour poursuivre en cas de violation du par. 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

En parvenant à la conclusion que l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* relevait de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, j'ai adopté, au nom de la Cour à la minorité, les trois critères formulés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité, mais j'ai ajouté deux facteurs que j'estimais être des indices d'un exercice valide de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce: (i) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et (ii) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. Ces deux conditions, comme les trois critères du juge en chef Laskin servent à assurer que la mesure législative fédérale ne compromet pas l'équilibre du pouvoir entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Au total, les cinq facteurs constituent une liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l'existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce. Ces indices ne constituent pas

necessarily determinative. As noted in *Canadian National Transportation, supra*, at p. 268:

> The above does not purport to be an exhaustive list, nor is the presence of any or all of these *indicia* necessarily decisive. The proper approach to the characterization is still the one suggested in *Parsons*, a careful case by case assessment. Nevertheless, the presence of such factors does at least make it far more probable that what is being addressed in a federal enactment is genuinely a national economic concern and not just a collection of local ones.

On any occasion where the general trade and commerce power is advanced as a ground of constitutional validity, a careful case by case analysis remains appropriate. The five factors articulated in *Canadian National Transportation* merely represent a principled way to begin the difficult task of distinguishing between matters relating to trade and commerce and those of a more local nature.

V

Approach to Determining Constitutionality

Although a majority of this Court has never pronounced upon the validity of the *Combines Investigation Act* as a whole under the second branch of *Parsons*, lower courts have upheld sections of the Act, including s. 31.1, under the general trade and commerce power. In *R. v. Hoffman-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, the Ontario Court of Appeal (Martin J.A., Lacourcière and Weatherston JJ.A. concurring) affirmed the decision of Linden J. in the Ontario High Court of Justice (1980), 28 O.R. (2d) 164, and upheld s. 34(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*, which prohibits selling articles at unreasonably low prices, as legislation regulating general trade and commerce. In Quebec, the Superior Court declared s. 37.1 of the Act making

cependant une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce. La présence ou l'absence de l'un de ces cinq critères n'est pas non plus nécessairement concluante. Comme on le souligne dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, à la p. 268:

> Ce qui précède ne se veut pas une énumération exhaustive; de plus, la présence de l'un ou l'autre ou de la totalité de ces indices n'est pas nécessairement concluante. La bonne façon d'aborder la caractérisation est encore celle proposée dans l'arrêt *Parsons*, c'est-à-dire qu'on doit procéder à une appréciation méticuleuse de chaque cas qui se présente. Néanmoins, la présence de tels facteurs rend tout au moins beaucoup plus probable que ce que vise la loi fédérale en cause est vraiment une question économique d'intérêt national plutôt que simplement une série de questions d'intérêt local.

Chaque fois que la compétence générale en matière d'échanges et de commerce est invoquée comme fondement de constitutionnalité, un examen méticuleux de chaque cas demeure approprié. Les cinq facteurs formulés dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada* constituent simplement une façon ordonnée d'aborder la tâche difficile qui consiste à distinguer les matières qui relèvent des échanges et du commerce et celles d'une nature plus locale.

V

La méthode de détermination de la constitutionnalité

Bien que cette Cour à la majorité ne se soit jamais prononcée sur la validité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble en vertu du deuxième aspect de l'arrêt *Parsons*, des tribunaux d'instance inférieure ont confirmé la validité de certains articles de la Loi, dont l'art. 31.1, en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce. Dans l'arrêt *R. v. Hoffman-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, la Cour d'appel de l'Ontario (le juge Martin aux motifs duquel ont souscrit les juges Lacourcière et Weatherston) a confirmé la décision du juge Linden de la Haute Cour de justice de l'Ontario (1980), 28 O.R. (2d) 164, et maintenu l'al. 34(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui interdit de

it an offence to sell a product in excess of the advertised price valid under the second branch of s. 91(2) in *R. v. Miracle Mart Inc.* (1982), 68 C.C.C. (2d) 242. Section 31.4, prohibiting tied selling practices, was upheld under the general trade and commerce power by the Federal Court of Appeal in *BBM Bureau of Measurement v. Director of Investigation and Research*, [1985] 1 F.C. 173.

Section 31.1, in issue in this appeal, has been held *ultra vires* the Parliament of Canada by J. Holland J. in *Seiko Time Canada Ltd. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 29 O.R. (2d) 221, at p. 250 (the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal, though stating that the Court should not be taken as agreeing with the trial judge that s. 31.1 was invalid ((1981), 34 O.R. (2d) 481), and by Marceau J. in *Rocois Construction Inc. v. Quebec Ready Mix Inc.*, [1980] 1 F.C. 184. The subsection has been upheld, however, by the Alberta Court of Queen's Bench in *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 300, by the Federal Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 F.C. 40, by the Manitoba Court of Queen's Bench in *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629, and by the Court of Appeal of Ontario in the instant case.

With the exception of *R. v. Hoffman-La Roche*, in each of the cases mentioned the constitutional analysis focussed on the impugned section of the *Combines Investigation Act* and not on the Act as a whole. In *R. v. Hoffman-La Roche*, Martin J.A., speaking for the court, held that the proper approach in determining whether s. 34(1)(*c*) could be sustained under the general power to regulate trade and commerce, was to characterize the statute as a whole.

vendre des produits à des prix déraisonnablement bas, à titre de disposition législative réglementant les échanges et le commerce en général. Au Québec, dans la décision *R. v. Miracle Mart Inc.* (1982), 68 C.C.C. (2d) 242, la Cour supérieure a déclaré valide en vertu du deuxième aspect du par. 91(2) l'art. 37.1 de la Loi qui interdit la vente d'un produit à un prix supérieur à celui annoncé. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *BBM Bureau of Measurement c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1985] 1 C.F. 173, a confirmé la validité de l'art. 31.4 qui interdit les pratiques de ventes liées, en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce.

Le juge J. Holland a statué que l'art. 31.1 qui est en cause dans ce pourvoi excédait la compétence du Parlement du Canada dans la décision *Seiko Time Canada Ltd. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 29 O.R. (2d) 221, à la p. 250 (la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel tout en affirmant qu'il ne fallait pas croire qu'elle partageait l'avis du juge de première instance que l'art. 31.1 était invalide ((1981), 34 O.R. (2d) 481). Le juge Marceau a fait de même dans la décision *Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.*, [1980] 1 C.F. 184. La validité de l'article a cependant été confirmée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'arrêt *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 300, par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 C.F. 40, par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'arrêt *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629, et par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce.

Sous réserve de l'arrêt *R. v. Hoffman-La Roche*, dans chacun des cas mentionnés l'analyse constitutionnelle a porté sur l'article contesté de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et non sur la Loi dans son ensemble. Dans l'arrêt *R. v. Hoffman-La Roche*, le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que la méthode appropriée pour déterminer si l'al. 34(1)*c*) pouvait être maintenu en vertu du pouvoir général de réglementation des échanges et du commerce était de qualifier la Loi dans son ensemble.

In *Canadian National Transportation, supra*, I considered the relevant approach for determining the constitutional validity of a section of the *Combines Investigation Act* under the general trade and commerce power at p. 270:

> It is obvious at the outset that a constitutionally invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute, even if the statute comprises a regulatory scheme under the general trade and commerce branch of s. 91(2). The correct approach, where there is some doubt that the impugned provision has the same constitutional characterization as the Act in which it is found, is to start with the challenged section rather than with a demonstration of the validity of the statute as a whole. I do not think, however, this means that the section in question must be read in isolation. If the claim to constitutional validity is based on the contention that the impugned provision is part of a regulatory scheme it would seem necessary to read it in its context. If it can in fact be seen as part of such a scheme, attention will then shift to the constitutionality of the scheme as a whole.

The conclusion was then reached, on the basis of the above analysis, that s. 32(1)(*c*) was not an isolated provision but part of a regulatory scheme.

The approach just outlined was essentially that suggested by Laskin C.J. in *Vapor Canada, supra*, in the context of s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act* (at p. 159):

> Since s. 7(*e*) is not a trade mark provision, its inclusion in the *Trade Marks Act* does not stamp it with validity merely because that Act in its main provisions is quantitatively unchallenged. I come back to the question whether s. 7, and particularly s. 7(*e*), can stand as part of the scheme of the *Trade Marks Act* and other related federal legislation. If it can stand alone, it needs no other support; if not, it may take on a valid constitutional cast by the context and association in which it is fixed as complementary provision [*sic*] serving to reinforce other admittedly valid provisions. [Emphasis added.]

In this appeal, two basic approaches to determining the constitutional validity of s. 31.1 were

Dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, j'ai examiné la méthode appropriée pour déterminer la constitutionnalité d'un article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, aux pp. 270 et 271:

> Il est évident au départ qu'une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide, même si cette loi comporte un système de réglementation établi en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que confère le par. 91(2). La bonne méthode, lorsque l'on doute que la disposition contestée ait la même caractérisation constitutionnelle que la loi dont elle fait partie, est de prendre pour point de départ ladite disposition plutôt que de commencer par démontrer la validité de la loi dans son ensemble. Je ne crois pas toutefois que cela signifie qu'il faille interpréter isolément la disposition en cause. Si l'argument de validité constitutionnelle se fonde sur la prétention que la disposition contestée fait partie d'un système de réglementation, il semblerait alors nécessaire de l'interpréter dans son contexte. Si, en fait, elle peut être considérée comme faisant partie d'un tel système, il faudra alors examiner la constitutionnalité de ce système dans son ensemble.

À partir de cette analyse, je suis donc parvenu à la conclusion que l'al. 32(1)*c*) n'était pas une disposition isolée mais faisait partie d'un système de réglementation.

La méthode qui vient juste d'être exposée est essentiellement celle que le juge en chef Laskin a proposée dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité, dans le contexte de l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce* (à la p. 159):

> Puisque l'al. *e*) de l'art. 7 n'a pas trait aux marques de commerce, sa présence dans la *Loi sur les marques de commerce* n'est pas une garantie de validité simplement parce que les principales dispositions n'en sont pas attaquées. Je reviens à la question de savoir si l'art. 7, particulièrement l'al. *e*) peut être considéré comme une partie du système général de la *Loi sur les marques de commerce* et des autres lois fédérales connexes. Si l'article est valide en soi, il n'a pas besoin d'autre appui. Sinon, sa constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où il a le caractère de disposition additionnelle servant à renforcer d'autres dispositions d'une validité incontestable. [Je souligne.]

En l'espèce, on a fait valoir devant cette Cour deux méthodes fondamentales pour déterminer la

argued before the Court. The appellant and most of the provincial Attorneys General advocated, as the first step, concentrating on the validity of the impugned section. If the impugned provision taken alone could not be said to fall within the general trade and commerce power, the focus of analysis would broaden to encompass the provision within its statutory context. The Attorneys General of Alberta and British Columbia took the position that considering the legislative context would not mean considering the entire *Combines Investigation Act*. They went so far as to contend that the constitutional validity of s. 31.1 could be determined without pronouncing on the validity of the *Combines Investigation Act* as a whole. The respondent adopted the same approach as the appellant. In the respondent's submission, however, s. 31.1 could be sustained under the trade and commerce power both when viewed in isolation and when considered in the legislative context of the *Combines Investigation Act*. The respondent advanced the position that the entire *Combines Investigation Act* constituted a valid exercise of the general trade and commerce power. In contrast to the approach adopted by the parties and the other interveners, the Attorney General of Canada maintained that the constitutional validity of s. 31.1 could only be assessed after pronouncing on the validity of the *Combines Investigation Act* as a whole. The Attorney General of Canada proposed analyzing the legislative framework established by the *Combines Investigation Act* before narrowing the analytical focus to the impugned provision on its own.

In my view, in circumstances such as exist in the case at bar, it will normally be necessary to consider both the impugned provision and the Act as a whole (or a significant part of it) when undertaking a constitutional analysis. This approach coheres with that undertaken in *Canadian National Transportation*, *supra*, and *Vapor Canada*, *supra*. The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be

constitutionnalité de l'art. 31.1. L'appelante et la plupart des procureurs généraux des provinces ont soutenu, à titre de première étape, qu'il fallait s'attarder à la validité de l'article contesté. S'il n'était pas possible d'affirmer que la disposition contestée, prise isolément, relevait de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, la portée de l'analyse devrait être élargie de manière à considérer la disposition dans son contexte législatif. Selon les procureurs généraux de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, tenir compte du contexte législatif ne signifierait pas tenir compte de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble. Ils sont allés jusqu'à prétendre que la constitutionnalité de l'art. 31.1 pouvait être déterminée sans avoir à se prononcer sur la validité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble. L'intimée a adopté le même point de vue que l'appelante. Toutefois, selon les arguments de l'intimée, l'art. 31.1 pouvait se justifier en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce autant s'il était considéré isolément que s'il était considéré dans le contexte de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. L'intimée a fait valoir que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble constituait un exercice valide de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce. Contrairement à la méthode retenue par les parties et les autres intervenants, le procureur général du Canada a soutenu que la constitutionnalité de l'art. 31.1 ne pouvait être déterminée qu'après une décision sur la validité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble. Le procureur général du Canada a proposé d'analyser le cadre législatif établi par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avant de restreindre l'analyse à la disposition contestée elle-même.

À mon avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, il sera normalement nécessaire d'examiner tant la disposition contestée que la Loi dans son ensemble (ou une partie importante de celle-ci) pour entreprendre une analyse constitutionnelle. Cette méthode concorde avec celle adoptée dans les arrêts *Transports Nationaux du Canada* et *Vapor Canada*, précités. La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle

characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further. In that situation both the provision and the act are constitutionally unimpeachable. If, as may occur in some instances, the impugned provision is found to be constitutionally unimpeachable while the act containing it is not, then the act must be assessed on it own. In these instances, it is clear that the claim of invalidity should originally have been made against the act and not against the particular provision. In most cases like the present, however, it will be concluded that the impugned provision can be characterized, *prima facie*, as intruding to some extent on provincial powers: the question is to what extent. I emphasize that in answering this initial question the court is considering the provision on its own and not assessing the act; thus the answer it reaches does not provide a conclusion with respect to the ultimate constitutional validity of the provision. The purpose is merely to ascertain the degree to which the provision could be said to intrude on provincial powers, so that this intrusion can be weighed in light of the possible justification for the section.

Such a justification will result from the impugned provision's relationship to valid legislation. Thus the next step in the process is to ascertain the existence of valid legislation. In considering cases argued under the general trade and commerce power, such as the present, this step involves ascertaining whether the act, or a severable part of the act which includes the impugned provision, contains a regulatory scheme. The presence of a scheme of legislation is one of the most basic characteristics, although not a *sine qua non*, of valid trade and commerce legislation. Most provisions upheld under the second branch of s. 91(2) will be connected to a regulatory scheme. In

mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse. Dans ce cas, la disposition et la loi sont inattaquables du point de vue constitutionnel. Si, comme il peut arriver dans certains cas, on constate que la disposition contestée est inattaquable du point de vue constitutionnel alors que la loi qui la contient ne l'est pas, il faut alors examiner la loi en elle-même. Dans ces cas, il est clair que l'allégation d'invalidité aurait dû être d'abord soulevée contre la loi et non contre la disposition. Cependant, dans la plupart des cas comme l'espèce, on conclura que la disposition contestée peut être qualifiée, à première vue, de disposition qui empiète dans une certaine mesure sur les pouvoirs de la province; la question est de savoir dans quelle mesure. Je souligne qu'en répondant à cette question initiale la cour examine la disposition en elle-même et non la loi; par conséquent, la réponse qu'elle apporte n'est pas une conclusion quant à la question ultime de la constitutionnalité de la disposition. L'objectif est simplement de déterminer dans quelle mesure on peut affirmer que la disposition empiète sur les pouvoirs provinciaux afin d'évaluer cet empiétement en regard des justifications possibles de l'article.

Une telle justification va ressortir du rapport entre la disposition contestée et la loi valide. L'étape suivante du processus consiste à vérifier l'existence d'une loi valide. En examinant les cas invoqués en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, comme en l'espèce, cette étape exige que l'on examine si la loi, ou une partie séparable de celle-ci qui contient la disposition contestée, comporte un système de réglementation. L'existence d'un tel système législatif constitue l'une des caractéristiques les plus fondamentales, bien qu'il n'en constitue pas une condition *sine qua non*, d'une mesure législative valide en matière d'échanges et de commerce. La

cases where a regulatory scheme is not found the court will then have to consider whether the legislation to which the provision is attached can nonetheless be supported by virtue of the existence of the other requirements for a valid exercise of the general trade and commerce power.

A regulatory scheme may be found in only a part of the act in question, if that part can stand alone, or it may found in the entire act. The portion of the statute necessary to establish the existence of a regulatory scheme will not always be easy to discern. In those instances where a challenged provision, taken alone, comprehends a complete regulatory mechanism, the provision itself constitutes the appropriate starting point. In other cases, it will be necessary to examine the entire statute before a regulatory scheme may be identified. Once the presence of a regulatory scheme has been shown it will be necessary, using the factors outlined in *Vapor Canada*, *supra*, and *Canadian National Transportation*, *supra*, to determine its constitutional validity. Only after this has been done should the court turn to more careful consideration of the relationship between the particular impugned provision and the scheme.

The final question is whether the provision can be constitutionally justified by reason of its connection with valid legislation. As Laskin C.J. remarked in *Vapor Canada*, *supra*, inclusion of an invalid provision in a valid statute does not necessarily stamp the provision with validity. Here the court must focus on the relationship between the valid legislation and the impugned provision. Answering the question first requires deciding what test of "fit" is appropriate for such a determination. By "fit" I refer to how well the provision is integrated into the scheme of the legislation and how important it is for the efficacy of the legislation. The same test will not be appropriate in all circumstances. In arriving at the correct standard the court must consider the degree to which the provision intrudes on provincial powers. The case law, to which I turn below, shows that in certain

plupart des dispositions dont la validité est confirmée en vertu du deuxième aspect du par. 91(2) sont reliées à un système de réglementation. Dans les cas où un système de réglementation est inexistant, la cour doit alors déterminer si la loi à laquelle la disposition se rattache peut néanmoins être maintenue en vertu de l'existence d'autres conditions d'un exercice valide de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce.

Un système de réglementation peut se trouver dans une seule partie de la loi en question, si cette partie est valide en soi, ou il peut se trouver dans toute la loi. La partie de la loi qui est nécessaire pour établir l'existence d'un système de réglementation n'est pas toujours facile à discerner. Dans les cas où une disposition contestée, prise isolément, englobe un mécanisme de réglementation complet, la disposition elle-même représente le point de départ approprié. Dans d'autres cas, il sera nécessaire d'examiner la loi en entier avant de pouvoir identifier le système de réglementation. Lorsqu'on aura démontré la présence d'un système de réglementation, il sera nécessaire de déterminer sa constitutionnalité au moyen des facteurs énoncés dans les arrêts *Vapor Canada* et *Transports Nationaux du Canada*, précités. Ce n'est qu'une fois cet examen complété que la cour passera à un examen plus attentif du rapport entre la disposition contestée et le système.

La dernière question est de savoir si la disposition peut être justifiée du point de vue constitutionnel en raison de son rapport avec la loi valide. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité, l'inclusion d'une disposition invalide dans une loi valide n'a pas nécessairement pour effet de valider la disposition. La cour doit ici faire porter son attention sur le rapport qui existe entre la loi valide et la disposition contestée. Pour répondre à cette question, il faut d'abord décider quel critère de «concordance» est approprié à cette décision. Par «concordance», j'entends dans quelle mesure la disposition est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante pour son efficacité. Le même critère ne sera pas approprié dans toutes les circonstances. Pour parvenir à la norme appropriée, la cour doit considérer dans quelle mesure la

circumstances a stricter requirement is in order, while in others, a looser test is acceptable. For example, if the impugned provision only encroaches marginally on provincial powers, then a "functional" relationship may be sufficient to justify the provision. Alternatively, if the impugned provision is highly intrusive *vis-à-vis* provincial powers then a stricter test is appropriate. A careful case by case assessment of the proper test is the best approach.

In determining the proper test it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate. I reiterate what I said on this general theme (although in a slightly different context) in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18:

> The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like "watertight compartments" qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines: rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues.

The above comments also emphasize that the question in this appeal of how far federal legislation may validly impinge on provincial powers is one

disposition empiète sur les pouvoirs de la province. La jurisprudence que je vais examiner plus bas indique que, dans certaines circonstances, un critère plus strict est de rigueur alors que dans d'autres un critère moins rigoureux est acceptable. Par exemple, si la disposition contestée n'empiète sur les pouvoirs de la province que d'une façon négligeable, un rapport «fonctionnel» peut alors suffire pour justifier la disposition. D'autre part, si la disposition contestée empiète considérablement sur les pouvoirs de la province, un critère plus strict est alors indiqué. La meilleure méthode consiste à examiner minutieusement le critère approprié dans chaque cas.

En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives. Je répète ce que j'ai dit sur ce sujet général (bien que dans un contexte quelque peu différent) dans l'arrêt *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 18:

> Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des «compartiments étanches» restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative.

Les remarques précédentes font également ressortir que la question soulevée dans ce pourvoi, c'est-à-dire dans quelle mesure une loi fédérale

part of the general notion of the "pith and substance" of legislation; i.e., the doctrine that a law which is federal in its true nature will be upheld even if it affects matters which appear to be a proper subject for provincial legislation (and vice versa). On page 334 of his book *Constitutional Law of Canada*, *supra*, Professor Hogg explains this in the following way:

> The pith and substance doctrine enables a law that is classified as "in relation to" a matter within the competence of the enacting body to have incidental or ancillary effects on matters outside the competence of the enacting body.

I emphasize that these comments should not be seen as altering the balance of constitutional powers. Both provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government's sphere of power. I quote from Professor Hogg again, where at p. 336 he states: "I think it is plain both on principle and on authority that the provincial enumerated powers have exactly the same capacity as the federal enumerated powers to 'affect' matters allocated to the other level of government."

In the present appeal, the appellant focusses its attack on a particular section of the Act. The issue is not whether the Act as a whole is rendered *ultra vires* because it reaches too far, but whether a particular provision is sufficiently integrated into the Act to sustain its constitutionality. In numerous cases courts have considered the nature of the relationship which is required, between a provision which encroaches on provincial jurisdiction and a valid statute, for the provision to be upheld. In different contexts courts have set down slightly different requirements, *viz.*: "rational and functional connection" in *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, and *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; "ancillary", "necessarily incidental" and "truly necessary" in the *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, *supra*; "intimate connec-

peut validement empiéter sur les pouvoirs de la province, constitue une partie de la notion générale du «caractère véritable» de la loi, c.-à-d. de la théorie selon laquelle une loi qui, de par son caractère véritable, est fédérale sera maintenue même si elle touche à des matières qui paraissent constituer des sujets légitimes de législation provinciale (et vice versa). À la page 334 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, précité, le professeur Hogg explique cela de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Selon la théorie du caractère véritable, une loi «relativement» à une matière de la compétence de l'autorité qui l'adopte peut avoir des effets accessoires sur des matières qui débordent la compétence de cette autorité.

Je tiens à souligner qu'on ne doit pas considérer que ces remarques ont pour effet de modifier l'équilibre des pouvoirs constitutionnels. Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre. Je cite encore une fois le professeur Hogg, à la p. 336, où il dit: [TRADUCTION] «Je pense qu'il est évident tant en principe que selon la jurisprudence que les pouvoirs énumérés des provinces sont susceptibles, exactement de la même façon que les pouvoirs énumérés du fédéral, de «toucher» à des matières qui relèvent de l'autre palier de gouvernement.»

Dans le présent pourvoi, l'appelante concentre son attaque sur un article particulier de la Loi. La question est de savoir non pas si la Loi dans son ensemble est inconstitutionnelle parce qu'elle va trop loin mais si une disposition particulière est assez intégrée à la Loi pour justifier sa constitutionnalité. Dans de nombreuses décisions, les tribunaux ont considéré la nature du rapport requis entre une disposition qui empiète sur la compétence provinciale et une loi valide, pour confirmer la validité de la disposition. Dans différents contextes, les tribunaux ont établi des conditions qui varient un peu, par exemple: «lien rationnel et fonctionnel» dans les arrêts *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331, *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, et *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; «accessoire», «nécessairement accessoire» et «vraiment nécessaire» dans l'arrêt *Muni-*

tion", "an integral part" and "necessarily incidental" in *Northern Telecom Ltd v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; "integral part" in *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; "a valid constitutional cast by the context and association in which it is fixed as a complementary provision" in *Vapor Canada*, *supra*; and "truly necessary" in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695. I believe the approach I have outlined is consistent with the results of this jurisprudence. These cases are best understood as setting out the proper test for the particular context in issue, rather than attempting to articulate a test of general application with reference to all contexts. Thus the tests they set out are not identical. As the seriousness of the encroachment on provincial powers varies, so does the test required to ensure that an appropriate constitutional balance is maintained. In surveying past jurisprudence it is to be expected that some example of patterns between the appropriate test of fit, and the head of power under which the federal legislation is valid, will be found. Such patterns exist not only because of a possible degree of similarity between the federal legislation which falls under any one head of power, but also for the reason that certain federal heads of power, for example, s. 92(10), are narrow and distinct powers which relate to particular works and undertakings and are thus quite susceptible to having provisions "tacked-on" to legislation which is validated under them, while other federal heads of power, for example, trade and commerce, are broad and therefore less likely to give rise to highly intrusive provisions.

The steps in the analysis may be summarized as follows: First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers, and if so to what extent (if it does not intrude, then the only possible issue is the validity of the act). Second, the court must establish whether the act (or a severable part of it) is

cipalité régionale de Peel c. MacKenzie, précité; [TRADUCTION] «lien étroit», «partie intégrante» et «nécessairement accessoire» dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; «partie intégrante» dans l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; «sa constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où il a le caractère de disposition additionnelle» dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité; et «vraiment nécessaire» dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695. Je crois que la méthode que j'ai exposée est compatible avec les résultats de cette jurisprudence. Ces arrêts doivent s'interpréter comme énonçant le critère applicable dans le contexte particulier dont il est question, et non pas comme tentant de formuler un critère d'application générale à tous les contextes. Les critères qu'ils établissent ne sont donc pas identiques. Puisque la gravité de l'empiétement sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié. En examinant la jurisprudence antérieure, il faut s'attendre à trouver des exemples de modèles entre le critère de concordance approprié et le chef de compétence en vertu duquel la loi fédérale est valide. De tels modèles existent non seulement en raison d'un degré de similarité possible avec la loi fédérale qui relève de l'un ou l'autre chef de compétence, mais aussi parce que certains chefs de compétence fédérale, comme par exemple le par. 92(10), sont des pouvoirs restreints et distincts qui se rapportent à des entreprises et des ouvrages particuliers et donc très susceptibles de comporter des dispositions qu'on ajoute après coup à la loi pour la valider, alors que d'autres chefs de compétence fédérale, comme par exemple les échanges et le commerce, sont généraux et donc peu susceptibles de donner lieu à des dispositions très envahissantes.

Les étapes de l'analyse peuvent être résumées de la façon suivante: premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (si elle ne constitue pas un empiétement, la seule question possible est alors celle de la validité de la

valid; in cases under the second branch of s. 91(2) this will normally involve finding the presence of a regulatory scheme and then ascertaining whether that scheme meets the requirements articulated in *Vapor Canada*, *supra*, and in *Canadian National Transportation*, *supra*. If the scheme is not valid, that is the end of the inquiry. If the scheme of regulation is declared valid, the court must then determine whether the impugned provision is sufficiently integrated with the scheme that it can be upheld by virtue of that relationship. This requires considering the seriousness of the encroachment on provincial powers, in order to decide on the proper standard for such a relationship. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). I note that in certain cases it may be possible to dispense with some of the aforementioned steps if a clear answer to one of them will be dispositive of the issue. For example, if the provision in question has no relation to the regulatory scheme then the question of its validity may be quickly answered on that ground alone. The approach taken in a number of past cases is more easily understood if this possibility is recognized.

loi). Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide; dans les cas visés par le deuxième aspect du par. 91(2), cela comportera normalement l'identification d'un système de réglementation et la vérification de sa conformité aux conditions formulées dans les arrêts *Vapor Canada* et *Transports Nationaux du Canada*, précités. Si le système est invalide, l'examen prend fin ici. Si on conclut à la validité du système, la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée au système pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Cela exige de la cour qu'elle examine la gravité de l'empiétement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement en tant qu'exercice de son pouvoir général en matière d'échanges et de commerce. Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne peut être maintenue en vertu du deuxième aspect du par. 91(2). Je souligne que, dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes déjà mentionnées si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige. Par exemple, si la disposition en question n'a aucun rapport avec le système de réglementation, il est alors possible de décider rapidement de sa validité en fonction de ce seul moyen. La méthode retenue dans un certain nombre de décisions antérieures se comprend plus facilement si cette possibilité est admise.

VI

Does Section 31.1 Encroach on Provincial Powers?

The first step, therefore, in assessing the validity of s. 31.1 of the *Combines Investigation Act* is to determine whether the impugned provision can be seen as encroaching on provincial powers, and if so, to what extent. As section 31.1 creates a civil right of action it is not difficult to conclude that the provision does, on its face, appear to encroach on provincial power to some extent. The creation of civil actions is generally a matter within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. This provincial power over civil rights is a significant power and one that is not

VI

L'article 31.1 empiète-t-il sur les pouvoirs des provinces?

La première étape de l'examen de la validité de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* consiste donc à déterminer si on peut considérer que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs des provinces et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Comme l'art. 31.1 crée un droit d'action de nature civile, il n'est pas difficile de conclure que la disposition semble, à première vue, empiéter dans une certaine mesure sur la compétence provinciale. La création d'un droit d'action de nature civile relève généralement de la compétence provinciale conférée au par. 92(13) de

lightly encroached upon. In assessing the seriousness of this encroachment, however, three facts must be taken into consideration. The first is that s. 31.1 is only a remedial provision; its purpose is to help enforce the substantive aspects of the Act, but it is not in itself a substantive part of the Act. By their nature, remedial provisions are typically less intrusive *vis-à-vis* provincial powers. The second important fact is the limited scope of the action. Section 31.1 does not create a general cause of action; its application is carefully limited by the provisions of the Act. The third relevant fact is that it is well-established that the federal government is not constitutionally precluded from creating rights of civil action where such measures may be shown to be warranted. This Court has sustained federally-created civil actions in a variety of contexts: see *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331 (allowing the federal Crown to sue a private party for the loss of services of a member of the armed forces); *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891 (upholding the corollary relief provisions of the *Divorce Act* respecting alimony, maintenance or custody); and *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, *supra* (upholding a civil remedy against directors and officers of federally incorporated companies who engaged in insider trading). In the last mentioned case, at pages 182-83, the following passage, adopted by six of the seven members of the Court, appears:

> One reservation with respect to the impugned sections of the federal act may be in the imposition of civil liability in s. 100.4(1). Does this imposition of civil liability in a federal statute so invade the provincial domain as to render the sections imposing liability *ultra vires*? This, in essence, was the argument of the appellants. But as Professors Anisman and Hogg point out: "Judicial decisions concerning a number of disparate matters such as federal elections, railways, federal corporations and even divorce have upheld Parliament's jurisdiction to provide civil relief in order to effectuate

la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette compétence provinciale en matière de droits civils est importante et elle constitue un pouvoir sur lequel il ne faut pas empiéter à la légère. Cependant, en évaluant la gravité de cet empiétement, il faut tenir compte de trois faits. Le premier est que l'art. 31.1 n'est qu'une disposition réparatrice; son objet est de faciliter l'exécution des aspects fondamentaux de la Loi, tout en ne constituant pas en soi une partie fondamentale de la Loi. De par leur nature, les dispositions réparatrices sont habituellement moins envahissantes en ce qui concerne les pouvoirs des provinces. Le deuxième fait important est la portée restreinte du droit d'action. L'article 31.1 ne crée pas un droit d'action général; son application est soigneusement restreinte par les dispositions de la Loi. Le troisième fait pertinent est qu'il est bien reconnu que la Constitution n'empêche pas le gouvernement fédéral de créer des droits d'action de nature civile lorsque l'on peut démontrer que ces mesures sont justifiées. Cette Cour a confirmé des droits d'action de nature civile créés par le fédéral dans des contextes variés: voir les arrêts *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331 (le ministère public fédéral peut poursuivre un particulier pour la perte des services d'un membre des forces armées), *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205, *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891 (confirmation de la validité des mesures accessoires de la *Loi sur le divorce* en matière de pension alimentaire, d'entretien et de garde), et *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, précité (confirmation de la validité d'un redressement de nature civile contre les opérations d'administrateurs et de cadres de sociétés à charte fédérale). Dans le dernier arrêt mentionné, aux pp. 182 et 183, on trouve le passage suivant adopté par six des sept membres de la Cour:

> Dans les articles contestés de la loi fédérale, on peut apporter une réserve dans le cas de l'imposition de responsabilité civile prévue au par. 100.4(1). L'imposition d'une responsabilité civile dans une loi fédérale empiète-t-elle sur le domaine provincial au point de rendre *ultra vires* les articles qui imposent cette responsabilité? C'est là, en substance, l'argument des appelantes. Mais comme le font remarquer les professeurs Anisman et Hogg: «Des décisions judiciaires intéressant un certain nombre de domaines divers tels que les élections fédérales, les chemins de fer, les corporations fédérales

its legislative policies" ("Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation" in *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, chap. III, at p. 192). In my opinion, ss. 100.4 and 100.5 have a general corporate purpose and a "rational, functional connection" with company law. The sections in my view are *intra vires* the Parliament of Canada.

et même le divorce ont confirmé le pouvoir qu'a le Parlement de faciliter l'application de ses politiques législatives en prévoyant la possibilité de recours en matière civile» («Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières» dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières* (1979), vol. 3, chap. III, à la p. 215). À mon avis, les art. 100.4 et 100.5 visent les compagnies de façon générale et ont, avec le droit corporatif, un «lien rationnel et fonctionnel». Je suis d'avis que ces articles sont *intra vires* du Parlement du Canada.

It is clear that the inclusion of a private right of action in a federal enactment is not constitutionally fatal. The following excerpt from p. 415 of *Cushing v. Dupuy* (1980), 5 App. Cas. 409, a case cited by Sir Montague Smith at p. 113 in *Parsons*, *supra*, is apposite:

> It was contended for the Appellant that the provisions of the *Insolvency Act* interfered with property and civil rights, and was therefore *ultra vires*. This objection was very faintly urged . . . .
>
> . . .
>
> It would be impossible to advance a step in the construction of a scheme for the administration of insolvent estates without interfering with and modifying some of the ordinary rights of property, and other civil rights, nor without providing some mode of special procedure for the vesting, realisation, and distribution of the estate, and the settlement of the liabilities of the insolvent.

Il est clair que l'inclusion d'un droit d'action de nature privée dans une loi fédérale n'est pas fatale sur le plan constitutionnel. L'extrait suivant de la p. 415 de l'arrêt *Cushing v. Dupuy* (1980), 5 App. Cas. 409, que sir Montague Smith a mentionné à la p. 113 de l'arrêt *Parsons*, précité, est pertinent:

> [TRADUCTION] On a prétendu au nom de l'appelant que les dispositions de l'*Insolvency Act* portaient atteinte à la propriété et aux droits civils et que cette loi était donc inconstitutionnelle. Cet argument a été présenté avec peu de vigueur . . .
>
> . . .
>
> Il serait impossible de franchir un pas dans l'interprétation d'un système d'administration de successions insolvables sans porter atteinte à certains droits ordinaires relatifs à la propriété et aux autres droits civils, sans les modifier ainsi que sans prévoir une procédure spéciale applicable à l'attribution, la liquidation et la distribution de la succession et au règlement des obligations du failli.

In sum, the impugned provision encroaches on an important provincial power; however, the provision is a remedial one; federal encroachment in this manner is not unprecedented and, in this case; encroachment has been limited by the restrictions of the Act.

Bref, la disposition contestée empiète sur un pouvoir provincial important; cependant, la disposition est de nature réparatrice; ce type d'empiétement fédéral n'est pas sans précédent et, en l'espèce, la Loi a restreint cet empiétement.

VII

The Presence of a Regulatory Scheme in the *Combines Investigation Act*

The second step in determining the validity of s. 31.1 is to establish whether the Act contains a regulatory scheme. The presence of a well-orchestrated scheme of economic regulation is immediately apparent on examination of the *Combines Investigation Act*. The existence of a regulatory scheme is in evidence throughout the entire Act.

VII

L'existence d'un système de réglementation dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

Pour déterminer la validité de l'art. 31.1, la deuxième étape consiste à vérifier si la Loi contient un système de réglementation. L'existence d'un système bien orchestré de réglementation économique ressort immédiatement de l'examen de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. L'existence d'un système de réglementation se manifeste dans toute la Loi.

The *Combines Investigation Act* is divided into eight parts. Part I creates the Director of Investigation and Research, whose role is to investigate the possibility that companies are engaging in certain forms of anti-competitive conduct specifically proscribed by later parts of the Act. The Director has the power to require the Restrictive Trade Practices Commission, created by Part II of the Act, to conduct hearings into suspected violations of the Act. The Director is also in charge of enforcing the criminal provisions of the Act (Part V) by referring the matter to the Attorney General of Canada, and of enforcing the provisions relating to the civil violations of the Act by the exclusive right to apply to the Restrictive Trade Practices Commission for a remedial order (Part IV.1).

Part II establishes the Restrictive Trade Practices Commission. The role of the Commission is to conduct hearings into alleged violations of the criminal provisions of the Act, upon request of the Director. At the conclusion of the proceedings, the Commission is required to submit a written report to the Minister of Consumer and Corporate Affairs. The report must include an appraisal of the effect on the public interest of arrangements and practices disclosed in the evidence as well as recommendations on potential remedies. Part III contains general provisions regarding the conduct of inquiries and proceedings and the remuneration of staff.

Parts IV and IV.1 contain the remedial provisions of the *Combines Investigation Act*. Part IV, entitled *Special Remedies*, is, as its name implies, a list of remedies for anti-competitive conduct defined in the Act, including the reduction or removal of customs duties (s. 28), orders of the Federal Court to prevent the use of patents as a method of restraining trade (s. 29), interim injunctions against conduct proscribed under Part V of the Act (s. 29.1), prohibition orders on repetition of conduct where a person has been convicted of an offence under Part V (s. 30), and the civil damages action at issue in this appeal (s. 31.1). Part IV.1 of the Act is entitled *Matters Review-*

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est divisée en huit parties. La partie I crée le poste de directeur des enquêtes et recherches dont le rôle est de tenir des enquêtes lorsqu'il est possible que des entreprises exercent certaines formes de pratiques monopolistiques que d'autres parties de la Loi interdisent expressément. Le directeur peut demander à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, constituée à la partie II de la Loi, de tenir des enquêtes lorsqu'on soupçonne que la Loi a été violée. Le directeur est également responsable de l'application des dispositions de la Loi en matière criminelle (partie V) en faisant rapport de l'affaire au procureur général du Canada, et de l'application des dispositions de la Loi relatives aux infractions en matière civile en raison de son droit exclusif de demander à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce d'ordonner réparation (partie IV.1).

La Commission sur les pratiques restrictives du commerce est constituée à la partie II. La Commission a pour rôle d'enquêter sur des allégations de violation des dispositions criminelles de la Loi, à la demande du directeur. À la fin de l'enquête, la Commission remet un rapport écrit au ministre de la Consommation et des Corporations. Le rapport doit notamment contenir une évaluation de l'effet, sur l'intérêt public, des arrangements et des pratiques révélés par la preuve et contenir des recommandations quant aux recours possibles. La partie III contient des dispositions générales sur la tenue des enquêtes, les procédures et la rémunération du personnel.

Les parties IV et IV.1 contiennent les dispositions réparatrices de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La partie IV, intitulée *Recours spéciaux*, comporte, comme son nom l'indique, une énumération des recours dans les cas de pratiques monopolistiques définies par la Loi, notamment la réduction ou la suppression de droits douaniers (art. 28), les ordonnances de la Cour fédérale visant à empêcher que des brevets soient utilisés pour restreindre le commerce (art. 29), les injonctions provisoires contre les conduites interdites par la partie V de la Loi (art. 29.1), les ordonnances interdisant la répétition de la conduite lorsqu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction

able by the Commission. It grants the Commission the authority to issue remedial orders against a number of trade practices including exclusive dealing, market restriction and tied selling.

The penal provisions of the Act are enumerated in Parts V and VI. Part V proscribes as criminal certain practices including conspiracies to lessen competition (s. 32), bid-rigging (s. 32.2), assisting in the formation of a merger or monopoly (s. 33), illegal trade practices (s. 34), misleading advertising (s. 36), false representations of product performance tests and testimonials (s. 36.1) double ticketing (s. 36.2), and pyramid selling (s. 36.3). Part VI of the Act creates a number of offences for obstructing or failing to comply with an inquiry and establishes the enforcement procedure for the criminal provisions of the Act. Finally, Part VII contains general provisions of the investigation of monopolistic situations.

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

visée à la partie V (art. 30), et l'action en dommages-intérêts de nature civile qui est en cause dans ce pourvoi (art. 31.1). La partie IV.1 de la Loi s'intitule *Affaires que la Commission peut examiner.* Elle confère à la Commission le pouvoir de rendre des ordonnances contre un certain nombre de pratiques de commerce, notamment l'exclusivité, les limitations du marché et les ventes liées.

Les dispositions pénales de la Loi se retrouvent aux parties V et VI. La partie V qualifie de criminelles certaines pratiques comme le complot en vue de diminuer la compétition (art. 32), le truquage des offres (art. 32.2), l'aide à une fusion ou à un monopole (art. 33), les pratiques commerciales illégales (art. 34), la publicité trompeuse (art. 36), les fausses représentations quant aux épreuves de rendement et aux attestations (art. 36.1), le double étiquetage (art. 36.2) et les ventes pyramidales (art. 36.3). La partie VI de la Loi crée un certain nombre d'infractions dans les cas d'obstruction ou d'omission de se conformer à la tenue d'une enquête et établit la procédure d'application des dispositions de la Loi en matière criminelle. Enfin, la partie VII contient des dispositions générales concernant l'investigation des situations de monopole.

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

VIII

The Validity of the Regulatory Scheme

Having discerned the presence of a regulatory scheme in the *Combines Investigation Act*, it is necessary to consider the validity of the scheme under the general trade and commerce power in light of the criteria established in *Canadian National Transportation, supra*. Four criteria remain to be examined: (1) whether the regulatory scheme operates under the oversight of an agency, (2) whether the Act is concerned with trade in general, (3) whether the provinces would be constitutionally capable of enacting combines legislation, and finally, (4) whether the failure to include one or more provinces or localities would jeopardize the successful operation of the *Combines Investigation Act*.

The foregoing review of the *Combines Investigation Act* leaves no doubt that the scheme regulating anti-competitive activities operates under the watchful gaze of a regulatory agency. The regulatory mechanism is carefully controlled by the Director of Investigation and Research and to a lesser degree by the Restrictive Trade Practices Commission. The authority to launch an inquiry into suspected anti-competitive conduct lies with the Director. The Director is required to initiate an inquiry whenever there is reason to believe either that a person has failed to comply with an order of the Commission or where an offence proscribed by the Act has been or is about to be committed, whenever the Minister of Consumer and Corporate Affairs so directs, and on application of six residents of Canada over the age of eighteen. The inquiry is conducted by the Director and his or her staff. If the Director concludes that there has been a violation of Part V of the Act, the Director may refer the matter to the Commission whose role is to hold proceedings and to report the outcome, including any remedial recommendations, to the Minister. It is clear that the Director exercises a significant degree of control over the operation of the *Combines Investigation Act*. In my view, the control over the entire process exercised by the Director and the Commission satisfies the require-

VIII

La validité du système de réglementation

Ayant identifié l'existence d'un système de réglementation dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il est nécessaire d'examiner sa validité en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce en fonction des critères établis dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité. Il reste quatre critères à examiner: (1) Y a-t-il un organisme de surveillance du système de réglementation? (2) La Loi vise-t-elle le commerce en général? (3) Les provinces ont-elles le pouvoir constitutionnel d'adopter des lois en matière de coalition? Et enfin (4) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait-elle l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*?

Compte tenu de l'examen précédent de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il ne fait pas de doute que le système de réglementation des activités monopolistiques fonctionne sous l'œil vigilant d'un organisme de réglementation. Le mécanisme de réglementation est contrôlé minutieusement par le directeur des enquêtes et recherches et dans une mesure moindre par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Il appartient au directeur de tenir une enquête lorsqu'il soupçonne l'existence de pratiques monopolistiques. Le directeur doit tenir une enquête chaque fois qu'il y a des raisons de croire qu'une personne ne s'est pas conformée à une ordonnance de la Commission ou lorsqu'une infraction prévue à la Loi a été commise ou est sur le point de l'être, lorsque le ministre de la Consommation et des Corporations l'ordonne et lorsque six résidents du Canada âgés de plus de dix-huit ans en font la demande. L'enquête est tenue par le directeur et son personnel. Si le directeur conclut qu'il y a eu violation de la partie V de la Loi, il peut renvoyer l'affaire à la Commission dont le rôle est de tenir des audiences et de faire rapport au Ministre de ses conclusions, y compris de ses recommandations quant aux recours. Il est clair que le directeur exerce un contrôle important sur l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. À mon avis, le contrôle qu'exercent le directeur et la Commission sur tout le processus satisfait à la

ment that there be vigilant oversight of the administration of a regulatory scheme.

I am also of the view that the *Combines Investigation Act* meets the remaining three *indicia* of *Canadian National Transportation.* These criteria share a common theme: all three are indications that the scheme of regulation is national in scope and that local regulation would be inadequate. The Act is quite clearly concerned with the regulation of trade in general, rather than with the regulation of a particular industry or commodity. Ryan J., in upholding the validity of s. 37.1 of the Act, in *Miracle Mart*, *supra*, described the Act in terms I agree with. At page 259 he said:

> ... s. 37.1 is part of, as I previously indicated, a complete regulatory scheme aimed at eliminating commercial practices which are contrary to healthy competition *across the country*, and not in a specific place, in a specific business or industry. [Emphasis in original.]

This generality of application distinguishes the Act from the legislation which was found *ultra vires* in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914. In that case the legislation regulated a single trade or industry. As I noted earlier, the purpose of the Act is to ensure the existence of a healthy level of competition in the Canadian economy. The deleterious effects of anti-competitive practices transcend provincial boundaries. Competition is not an issue of purely local concern but one of crucial importance for the national economy.

Various factors underlie the need for national regulation of competition in the economy. Professors Hogg and Grover, in "The Constitutionality of the Competition Bill" (1976), 1 *Can. Bus. L.J.* 197, at pp. 199-200 (an abridged version of a paper written for the federal government's Department of Consumer and Corporate Affairs) provide a useful discussion of the diverse economic, geographical, and political factors which make it essential that competition be regulated on the federal level:

condition de surveillance vigilante de l'application du système de réglementation.

Je suis également d'avis que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* satisfait aux trois autres critères de l'arrêt *Transports Nationaux du Canada.* Ces critères ont un trait commun: ils indiquent tous les trois que le système de réglementation est de portée nationale et qu'une réglementation locale serait insuffisante. La Loi porte très clairement sur la réglementation du commerce en général et non sur la réglementation d'un secteur ou d'un produit particuliers. En confirmant la validité de l'art. 37.1 de la Loi dans la décision *Miracle Mart*, précitée, le juge Ryan a décrit la Loi en des termes que je partage. Il a dit, à la p. 259:

> [TRADUCTION] ... l'art. 37.1, comme je l'ai déjà indiqué, fait partie d'un système de réglementation complet qui vise à éliminer les pratiques commerciales contraires à une saine concurrence *à travers le pays* et non un endroit, une entreprise ou un secteur en particulier. [En italique dans l'original.]

Cette application générale distingue la Loi de celle que cette Cour a jugée inconstitutionnelle dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914. Dans cette affaire, la loi en question réglementait une seule entreprise ou industrie. Comme je l'ai déjà souligné, la Loi a pour objet d'assurer l'existence d'une saine concurrence dans l'économie canadienne. Les effets néfastes de pratiques monopolistiques dépassent les frontières provinciales. La concurrence est une question non pas d'intérêt purement local mais d'importance capitale pour l'économie canadienne.

Divers facteurs expliquent la nécessité d'une réglementation nationale de la concurrence dans l'économie. Les professeurs Hogg et Grover, dans leur article intitulé «The Constitutionality of the Competition Bill» (1976), 1 *Can. Bus. L.J.* 197, aux pp. 199 et 200 (une version abrégée d'un document préparé pour le ministère de la Consommation et des Corporations), font une analyse intéressante des divers facteurs économiques, géographiques et politiques qui rendent essentielle la réglementation de la concurrence à l'échelle fédérale:

It is surely obvious that major regulation of the Canadian economy has to be national. Goods and services, and the cash or credit which purchases them, flow freely from one part of the country to another without regard for provincial boundaries. Indeed, a basic concept of the federation is that it must be an economic union. An over-all national policy is the key to efficiency in the production of goods and services. Each province of the country is differently endowed with national resources, capital, labour and access to consumers. The result is that each province will be able to produce some products or services more efficiently than others. The introduction of an effective competition policy can be seen as one method to ensure that these differing regional advantages will accrue to the nation as a whole in terms of lower prices, better quality and variety and increased opportunities for Canadians. Any attempt to achieve an optimal distribution of economic activity must transcend provincial boundaries, for, in many respects, Canada is one huge marketplace . . . .

The relative unimportance of provincial boundaries has become progressively more obvious as industry has tended to become more concentrated. Improved communications and transportation have increased the mobility of labour, capital and technology, as well as raw materials and the finished product . . . .

With respect to businesses which are confined to Canada, with few exceptions, any individual or corporation, including a provincially incorporated corporation, has the capacity to "walk across" provincial boundaries in order to buy or sell, lend or borrow, hire or fire. In the absence of artificial impediments, therefore, the market for goods and services is competitive on a national basis, and provincial legislation cannot be an effective regulator.

Among the materials filed in this appeal by the Attorney General of Canada was a study prepared by A. E. Safarian for the Government of Canada, entitled *Canadian Federalism and Economic Integration* (1974), which states a similar point at p. 58:

Competition policy can be used most effectively to support the common market if it is within federal power. With mobility of goods, it is quite unrealistic to attempt to maintain diverse provincial competition policies. The

[TRADUCTION] Il est certainement évident que la majeure partie de la réglementation de l'économie canadienne doive se faire à l'échelle nationale. Les biens et les services, et l'argent ou le crédit qui permettent leur acquisition, circulent librement à travers le pays sans égard aux frontières provinciales. D'ailleurs, l'une des notions fondamentales de la fédération, c'est qu'elle doit reposer sur une union économique. Une politique nationale globale est la clé d'une production efficace de biens et de services. Chaque province du pays est différente sur le plan des ressources nationales, des capitaux, de la main-d'œuvre et de l'accès aux consommateurs. Il en découle que chaque province sera capable de produire certains biens ou services plus efficacement que d'autres. On peut donc considérer la mise sur pied d'une politique de concurrence efficace comme un moyen d'assurer que ces différents avantages régionaux profitent à l'ensemble du pays sous forme de meilleurs prix, de meilleure qualité, d'une plus grande variété et de plus grandes possibilités offertes aux Canadiens. Si l'on veut parvenir à une répartition optimale de l'activité économique, il faut dépasser les frontières provinciales, car, à plusieurs égards, le Canada est un gigantesque marché . . .

L'absence relative d'importance des frontières provinciales est devenue progressivement plus évidente en raison de la tendance à la concentration plus grande de l'industrie. L'amélioration des moyens de communication et de transport a eu pour effet d'accroître la mobilité de la main-d'œuvre, la circulation des capitaux et les transferts de technologie ainsi que la circulation des matériaux bruts et des produits finis . . .

Quant aux entreprises limitées au Canada et sous réserve de quelques exceptions, un particulier ou une personne morale, y compris une personne morale constituée sous le régime de la loi provinciale, peut traverser les frontières provinciales pour acheter ou vendre, prêter ou emprunter, engager ou congédier. Par conséquent, en l'absence de barrières artificielles, le marché des biens et des services est concurrentiel à l'échelle nationale et les lois provinciales ne peuvent servir de mécanisme de réglementation efficace.

Parmi les documents déposés en l'espèce par le procureur général du Canada, on trouve une étude préparée par A. E. Safarian pour le compte du gouvernement canadien, intitulée *Canadian Federalism and Economic Integration* (1974), qui fait état du même point, à la p. 58:

[TRADUCTION] Une politique en matière de concurrence peut être utilisée de la façon la plus efficace à l'appui du marché commun si elle relève de la compétence fédérale. La circulation des biens rend très peu réalistes les

more competitive structure of industry in one or more provinces would tend to impose competitive conditions on the other provinces. In such circumstances, any provincial authority which was more tolerant of monopoly or combinations than other provincial authorities would be forced to resort to protection against interprovincial imports and might be tempted to subsidize interprovincial exports. By contrast, the point of a federal common market is precisely to allow consumers and producers anywhere in Canada free access to supplies and markets across Canada.

It is evident from this discussion that competition cannot be effectively regulated unless it is regulated nationally. As I have said, in my view combines legislation fulfills the three *indicia* of national scope as described in *Canadian National Transportation*: it is legislation "aimed at the economy as a single integrated national unit rather than as a collection of separate local enterprises", it is legislation "that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of passing" and "failure to include one or more provinces or localities would jeopardize successful operation" of the legislation "in other parts of the country".

The above arguments also answer the claim of the Attorney General of Quebec that the regulation of competition does not fall within federal jurisdiction in its intraprovincial dimension and thus the Act should be read down so that s. 31.1 only applies to interprovincial trade. Quebec relies on two points to support its position. First, in the *Interim Report on Competition Policy* of the Canadian Economic Council, the Report which the federal government relies on to show that competition is exclusively federal, there is a passage at p. 108 that recognizes that the provinces have an important role to play in local competition laws:

> We would like to make it emphatically clear that in recommending such a test we intend no implication whatever that the federal government should seek exclu-

tentatives de maintenir diverses politiques provinciales en matière de concurrence. L'existence dans une industrie d'une ou de plusieurs provinces d'une structure plus concurrentielle tendrait à imposer aux autres provinces des conditions concurrentielles. Dans de tels cas, la province qui serait plus tolérante que d'autres envers les monopoles et les coalitions serait forcée de recourir à des mesures protectionnistes applicables aux importations interprovinciales. Par contre, l'existence d'un marché commun fédéral a justement pour but de permettre aux consommateurs et aux producteurs partout au Canada d'accéder librement aux sources d'approvisionnements et aux marchés partout au Canada.

Il ressort de cette analyse que la concurrence ne peut être réglementée efficacement que si cette réglementation se fait à l'échelle nationale. Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que la loi relative aux coalitions satisfait aux trois critères de portée nationale décrits dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*: c'est une loi qui a «pour objet l'économie non pas en tant que série d'entreprises locales distinctes, mais en tant qu'entité nationale intégrée», c'est une loi «que la Constitution n'habilite pas les provinces, conjointement ou séparément, à adopter» et «l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application» de la loi «dans d'autres parties du pays».

Les arguments précédents servent également de réponse à la prétention du procureur général du Québec que la réglementation de la concurrence ne relève pas de l'aspect intraprovincial de la compétence fédérale et qu'il faut donner à la Loi une interprétation atténuée de façon à ce que l'art. 31.1 ne s'applique qu'au commerce interprovincial. Le Québec invoque deux moyens à l'appui de sa thèse. Premièrement, dans le *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* du Conseil économique du Canada, sur lequel le gouvernement fédéral s'appuie pour affirmer que la concurrence relève exclusivement du fédéral, il y a un passage, aux pp. 122 et 123, dans lequel on reconnaît le rôle important que sont appelées à jouer les provinces dans le domaine des lois locales relatives à la concurrence:

> Nous tenons à bien préciser que, en recommandant de vérifier cette hypothèse, nous ne voulons aucunement laisser entendre que le gouvernement fédéral devrait

sive occupancy of the field of competition policy under civil law, or that only the federal government is competent to manage competition policy in Canada. On the contrary, while it is clear that a considerable proportion of Canadian economic activity crosses provincial and international boundaries, and would be impossible to subject effectively to any provincial competition policy, we believe that the provinces could play a most useful role in respect of other lines of activity under their existing constitutional powers. Their assumption of such a role would be a most welcome development. If the recommendations of this Report are largely framed in terms of federal legislation, this is because a federal presence is clearly indispensable and the federal government has hitherto been, to all intents and purposes, the sole active occupant of the field. But the door to provincial participation should be left widely ajar. Such activity by the provinces would be in many ways a natural extension of their already considerable activity in the field of consumer protection.

réclamer pour lui seul l'autorité en matière de politique de concurrence sur le plan du droit civil, ni que seul le gouvernement fédéral a la compétence nécessaire pour administrer la politique de concurrence au Canada. Bien au contraire, même si une bonne partie de l'activité économique au Canada dépasse les frontières provinciales et même nationales, et qu'il serait impossible de l'assujettir efficacement à une politique provinciale de concurrence, nous croyons qu'en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels actuels les provinces ont un rôle important à jouer dans d'autres secteurs de l'activité économique, et il serait excellent qu'elles s'en chargent. Si, dans le présent rapport, nous envisageons surtout la question sous l'angle de la législation fédérale, c'est qu'une présence fédérale s'impose et que, jusqu'à maintenant, le gouvernement fédéral a été, à toutes fins pratiques, le seul à œuvrer activement dans ce domaine. Cependant, il faudrait laisser la porte grande ouverte à la participation des provinces, qui serait, à plusieurs points de vue, un prolongement naturel de la très grande activité qu'elles manifestent déjà dans le domaine de la protection du consommateur.

The second point is that provincial law, both *Civil Code* and common law, already provides some remedies for unfair competition, as in the *Quebec Ready Mix* case where the suit was brought under art. 1053 of the *Civil Code*, as well as s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*. Quebec points out that in the United States, forty-three states have adopted competition acts to combat local restraints on trade, in co-ordination with the federal government.

Le deuxième point est que le droit provincial, tant le *Code civil* que la *common law*, prévoit déjà certains recours en matière de concurrence déloyale, comme dans l'affaire *Quebec Ready Mix* où les poursuites ont été intentées en vertu de l'art. 1053 du *Code civil* de même qu'en vertu de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le Québec souligne qu'aux États-Unis quarante-trois États, de concert avec le gouvernement fédéral, ont adopté des lois en matière de concurrence pour combattre les restrictions locales apportées au commerce.

The arguments made above offer a response to these points. They make it clear that not only is the Act meant to cover intraprovincial trade, but that it must do so if it is to be effective. Because regulation of competition is so clearly of national interest and because competition cannot be successfully regulated by federal legislation which is restricted to interprovincial trade, the Quebec argument must fail. I also note that, contrary to the view of Marceau J. in the Trial Division of the Federal Court in *Quebec Ready Mix*, *supra*, at p. 208, that the presence of an already existing action in Quebec law does not argue for invalidating federal legislation. I would repeat what I said at p. 175 of *Multiple Access*, *supra*, (which words were

Les arguments précédents apportent une réponse à ces points. Ils établissent clairement que non seulement la Loi est conçue pour viser le commerce intraprovincial, mais qu'elle doit le faire pour être efficace. Parce qu'il est tellement clair que la réglementation de la concurrence est d'intérêt national et parce que la concurrence ne peut être réglementée efficacement par une loi fédérale restreinte au commerce interprovincial, l'argument du Québec doit échouer. Je souligne également que, contrairement à l'opinion exprimée par le juge Marceau en Division de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Quebec Ready Mix*, précitée, à la p. 208, le fait qu'il existe déjà un recours en droit québécois ne justifie pas l'invali-

also quoted by MacGuigan J. in the Court of Appeal's judgment in *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix*, *supra*, at p. 78): "The validity of the federal legislation must be determined without heed to the ... [provincial] legislation".

On the other hand, competition is not a single matter, any more than inflation or pollution. The provinces too, may deal with competition in the exercise of their legislative powers in such fields as consumer protection, labour relations, marketing and the like. The point is, however, that Parliament also has the constitutional power to regulate intraprovincial aspects of competition.

In sum, the *Combines Investigation Act* is a complex scheme of competition regulation aimed at improving the economic welfare of the nation as a whole. It operates under a regulatory agency. It is designed to control an aspect of the economy that must be regulated nationally if it is to be successfully regulated at all. As Linden J. of the Ontario High Court of Justice said, when discussing the Act in *R. v. Hoffman-La Roche*, *supra*, at p. 191:

> It is part of a legislative scheme aimed at deterring a wide range of unfair competitive practices that affect trade and commerce generally across Canada, and is not limited to a single industry, commodity or area. The conduct being prohibited is generally of national and of international scope. The presence or absence of healthy competition may affect the welfare of the economy of the entire nation. It is, therefore, within the sphere of the federal Parliament to seek to regulate such competition in the interest of all Canadians.

I am therefore of the view that the *Combines Investigation Act* as a whole is *intra vires* Parliament as legislation in relation to general trade and commerce and I would reiterate the conclusion I reached in *Canadian National Transportation*, *supra*, at p. 278:

dation d'une loi fédérale. Je répéterais ce que j'ai dit à la p. 175 de l'arrêt *Multiple Access*, précité, (lesquels propos ont été également cités par le juge MacGuigan en Cour d'appel dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix*, précité, à la p. 78): «Il faut déterminer la validité de la loi fédérale sans tenir compte de la loi [...] [provinciale]».

D'autre part, la concurrence ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution. Les provinces aussi peuvent traiter de concurrence dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation et ainsi de suite. Cependant, le fait est que le Parlement a aussi le pouvoir constitutionnel de réglementer les aspects intraprovinciaux de la concurrence.

En résumé, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est un système complexe de réglementation de la concurrence qui vise à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble. La Loi est soumise à un organisme de réglementation. Elle est conçue pour surveiller un aspect de l'économie qui doit être réglementé à l'échelle nationale si l'on veut que cet aspect soit réglementé efficacement. Comme l'a affirmé le juge Linden de la Haute Cour de justice de l'Ontario en analysant la Loi dans la décision *R. v. Hoffman-La Roche*, précitée, à la p. 191:

> [TRADUCTION] [Elle] fait partie d'un régime législatif visant à empêcher toute une variété de pratiques déloyales en matière de concurrence qui touchent les échanges et le commerce en général dans tout le Canada et qui ne se limitent pas à une seule industrie, denrée ou région. En règle générale, la conduite interdite a une portée à la fois nationale et internationale. L'économie de tout le pays peut se ressentir de la présence ou de l'absence d'une saine concurrence. Il est donc de la compétence du Parlement fédéral de tenter de réglementer la concurrence dans l'intérêt de tous les Canadiens.

Je suis donc d'avis que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble est conforme à la compétence du Parlement à titre de loi relative aux échanges et au commerce en général et je répéterais la conclusion à laquelle je suis parvenu dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, à la p. 278:

A scheme aimed at the regulation of competition is in my view an example of the *genre* of legislation that could not practically or constitutionally be enacted by a provincial government. Given the free flow of trade across provincial borders guaranteed by s. 121 of the *Constitution Act, 1867* Canada is, for economic purposes, a single huge marketplace. If competition is to be regulated at all it must be regulated federally. This fact leads to the syllogism cited by Hogg and Grover, *The Constitutionality of the Competition Bill* (1977), 1 Can Bus. L.J. 197, at p. 200:

> ... regulation of the competitive sector of the economy can be effectively accomplished only by federal action. If there is no federal power to enact a competition policy, then Canada cannot have a competition policy. The consequence of a denial of federal constitutional power is therefore, in practical effect, a gap in the distribution of legislative powers.

Un système visant à réglementer la concurrence est, selon moi, un exemple du genre de législation qu'il serait pratiquement et constitutionnellement impossible à un gouvernement provincial d'adopter. Étant donné le libre mouvement des échanges interprovinciaux que garantit l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Canada constitue, du point de vue économique, un seul vaste marché. Si jamais la concurrence doit être réglementée, c'est au fédéral qu'il appartient de le faire. Cela mène au syllogisme formulé par Hogg et Grover dans *The Constitutionality of the Competition Bill* (1977), 1 Can. Bus. L.J. 197, à la p. 200:

> [TRADUCTION] ... le fédéral est seul à pouvoir réglementer d'une manière efficace la concurrence dans l'économie. Si le fédéral n'a pas compétence pour adopter une politique en matière de concurrence, il s'ensuit que le Canada ne peut avoir de politique dans ce domaine. Le déni du pouvoir constitutionnel fédéral a donc pour conséquence pratique la création d'une lacune dans le partage des pouvoirs législatifs.

IX

The Validity of s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*

Having found that the *Combines Investigation Act* contains a regulatory scheme, valid under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, the only issue remaining to be addressed is the constitutional validity of s. 31.1. As I have already noted, mere inclusion in a valid legislative scheme does not *ipso facto* confer constitutional validity upon a particular provision. The provision must be sufficiently related to that scheme for it to be constitutionally justified. The degree of relationship that is required is a function of the extent of the provision's intrusion into provincial powers. I have already discussed this issue and concluded that s. 31.1 intrudes, though in a limited way, on the important provincial power over civil rights. In this light, I do not think that a strict test, such as "truly necessary" or "integral", is appropriate. On the other hand, it is not enough that the section be merely "tacked on" to admittedly valid legislation. The correct approach in this case is to ask whether the provision is functionally related to the general objective of the legislation, and to the structure and the content of the scheme. A similar test has been applied in other cases, as I have noted, and I

IX

La validité de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

Ayant conclu que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contient un système de réglementation valide en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la seule question qu'il reste maintenant à examiner est celle de la constitutionnalité de l'art. 31.1. Comme je l'ai déjà souligné, le seul fait d'être incluse dans un système législatif valide ne confère pas en soi la constitutionnalité à une disposition particulière. La disposition doit être suffisamment reliée à ce système pour être justifiée sur le plan constitutionnel. Le degré du rapport requis est fonction de la mesure dans laquelle la disposition empiète sur les pouvoirs des provinces. J'ai déjà analysé cette question et conclu que l'art. 31.1 empiète, bien que d'une façon restreinte, sur la compétence des provinces en matière de droits civils. Compte tenu de cela, je ne crois pas qu'un critère strict comme celui du «vraiment nécessaire» ou de la partie «intégrante» soit approprié. D'autre part, il ne suffit pas que l'article soit simplement «ajouté» à une loi dont la validité est reconnue. La bonne façon de procéder en l'espèce consiste à se demander si la disposition a un rapport fonctionnel avec l'objectif général de

think it is also the proper test for the circumstances of this appeal.

The nature of this relationship is addressed in this last stage of constitutional analysis. If section 31.1 cannot be characterized as functionally related to the scheme of combines regulation, it will be *ultra vires*. Neither the respondent nor the Attorney General of Canada submitted that s. 31.1 could be sustained under a head of power other than s. 91(2).

I am of the opinion that the necessary link between s. 31.1 and the Act exists. Section 31.1 is an integral, well-conceived component of the economic regulation strategy found in the *Combines Investigation Act*. Even if a much stricter test of fit were applied—for instance, one of "necessarily incidental"—s. 31.1 would still pass the test. Under the test of "functionally related" the section is clearly valid.

Section 31.1 is one of the arsenal of remedies created by the Act to discourage anti-competitive practices. Section 31.1 simply serves to reinforce other sanctions of the Act. The other remedial responses include orders of the Restrictive Trade Practices Commission (Part IV.1), interim injunctions (Part IV), and criminal sanctions (Part V). Like the other remedies, s. 31.1 is intimately linked to the *Combines Investigation Act*. It takes on meaning only by reference to other provisions of the Act and has no independent content. As a result, the section is carefully bounded by the parameters of the *Combines Investigation Act*. It provides a private remedy only for particular violations of the Act and does not create a private right of action at large.

Section 31.1 of the *Combines Investigation Act* is also fundamentally integrated into the purpose and underlying philosophy of the *Combines Inves-*

la loi et avec la structure et le contenu du système. Comme je l'ai souligné, un critère semblable a été appliqué dans d'autres décisions et je crois qu'il s'agit également du critère approprié compte tenu des circonstances de ce pourvoi.

C'est à cette dernière étape de l'examen constitutionnel que la nature de ce rapport est examinée. Si l'on ne peut affirmer que l'art. 31.1 a un rapport fonctionnel avec le système de réglementation en matière de coalition, il sera inconstitutionnel. Ni l'intimée ni le procureur général du Canada n'ont soutenu que l'art. 31.1 pouvait être justifié en vertu d'un chef de compétence autre que celui prévu au par. 91(2).

Je suis d'avis que le lien nécessaire entre l'art. 31.1 et la Loi existe. L'article 31.1 est un élément bien conçu qui fait partie intégrante de la stratégie de réglementation économique contenue dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Même si un critère de concordance plus strict était appliqué, comme par exemple celui du «nécessairement accessoire», l'art. 31.1 serait encore conforme au critère. En vertu du critère du «rapport fonctionnel», l'article est clairement valide.

L'article 31.1 ne constitue qu'un recours parmi ceux que la Loi a établis pour décourager les pratiques monopolistiques. L'article 31.1 sert simplement à renforcer les autres sanctions prévues par la Loi. Les autres recours prennent notamment la forme d'ordonnances de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (partie IV.1), d'injonctions provisoires (partie IV) et de sanctions criminelles (partie V). À l'instar des autres recours, l'art. 31.1 est intimement lié à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il n'a de sens que par rapport aux autres dispositions de la Loi et n'a pas de contenu indépendant. Par conséquent, l'article est soigneusement délimité par les paramètres de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il offre un recours de nature privée seulement pour des violations particulières de la Loi et ne crée pas un droit général d'action de nature privée.

L'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est également fondamentalement intégré à l'objet et à la philosophie sous-jacente de

tigation Act. There is a close congruence between the goal of enhancing healthy competition in the economy and s. 31.1 which creates a private remedy dependent for its effectiveness on individual initiative. The very exercise of the remedy in s. 31.1 by a company against a competitor whose behaviour has transgressed the code of conduct established by the Act may be said to reflect and promote the spirit of competition informing the *Combines Investigation Act*. In my view, the intimate tie between the purpose of the Act and a privately initiated and privately conducted enforcement mechanism is a strong indication that s. 31.1 is enmeshed in the fabric in the Act.

It is important to note that s. 31.1 does not create a general action for damages. Before any person can recover under s. 31.1 he or she must have suffered loss or damage as a result of (i) conduct contrary to Part V of the Act or (ii) the failure of the defendant to comply with an order of the Commission or a court under the Act. Section 31.1(2) of the Act provides in part that in any action under subs. (1) against a person, the record of proceedings in any court in which that person was convicted of an offence under Part V or convicted of or punished for failure to comply with an order of the Commission or a court under the Act is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the person against whom the action is brought engaged in conduct that was contrary to a provision of Part V or failed to comply with an order of the Commission or a court under the Act. It seems to me that s. 31.1 is fully integrated into the Act, indeed, it is a core provision of the very pith and substance of the Act. As the Attorney General of Canada submits, the civil action for damages provided by s. 31.1 for an occurrence of the anti-competitive practices set out in s. 34(1)(*a*) is clearly as much a part of the legislative scheme regulating competition throughout Canada as is the criminal action for fines and imprisonment or the administrative action involving an inquiry or the reduction of customs duties. Together or apart, the civil, administrative, and criminal actions provide a deterrent against the breach of the competitive policies set out in the Act. In this respect s. 31.1 is part of a legislative

la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il y a un lien étroit entre le but de favoriser une saine concurrence dans l'économie et l'art. 31.1 qui crée un recours de nature privée dont l'efficacité dépend de l'initiative personnelle. On peut affirmer que l'exercice même par une société du recours prévu à l'art. 31.1 contre un concurrent qui a un comportement contraire au code de conduite établi par la Loi reflète et favorise l'esprit de concurrence qui est à la base de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. À mon avis, le lien étroit entre l'objet de la Loi et un mécanisme d'exécution auquel un particulier peut choisir de recourir indique fortement que l'art. 31.1 fait partie de la structure de la Loi.

Il est important de souligner que l'art. 31.1 ne crée pas un droit d'action général en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Pour qu'une personne puisse être indemnisée en vertu de l'art. 31.1, elle doit avoir subi une perte ou un préjudice par suite (i) d'un comportement contraire à une disposition de la partie V de la Loi, ou (ii) du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou un tribunal judiciaire en vertu de la Loi. Le paragraphe 31.1(2) de la Loi prévoit notamment que, dans toute action intentée contre une personne en vertu du par. (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant toute cour qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée par la partie V ou l'a déclarée coupable du défaut de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de la Loi par la Commission ou par une cour, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie V ou a omis de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de la Loi par la Commission ou par une cour. Il me semble que l'art. 31.1 fait partie intégrante de la Loi; en effet, c'est une disposition essentielle du caractère véritable de la Loi. Comme le soutient le procureur général du Canada, il est clair que l'action de nature civile en dommages-intérêts que prévoit l'art. 31.1 en cas de pratiques monopolistiques visées à l'al. 34(1)*a*) fait tout autant partie du système législatif qui réglemente la concurrence au Canada que l'action de nature criminelle qui vise à

scheme intended to create "a more complete and more effective system of enforcement in which public and private initiative can both operate to motivate and effectuate compliance" (*per* MacGuigan J. at p. 77 in *Québec Ready Mix, supra*).

The use by a party of the civil remedy in s. 31.1 does not prevent the operation of the other remedial mechanisms of the *Combines Investigation Act*. The right of action in s. 31.1 may be used to supplement the other remedial provisions in the Act. The civil cause of action may also be used by an aggrieved party when the public enforcement mechanism of the Act fails to react with sufficient alacrity. As Anisman and Hogg state in "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation", in *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, at p. 190:

> ... the availability of civil actions for damages by persons who suffer harm as a result of a violation both enhances the deterrent effect of the legislation and enables compensation to the plaintiff for his injury. Indeed, the public benefits of private actions derive largely from the economic interest of the plaintiff in obtaining compensation for the effects of the violation.

This, it seems to me, is an answer to the appellant's arguments that no public interest is being served by s. 31.1, only the private interest of the individual plaintiff, and that the Act can function adequately without the inclusion of a private right of action. Rosenberg J. accepted the latter argument at trial, commenting that the Act had operated for seventy-five years without a comparable provision. With respect, for the reasons just dis-

imposer une amende ou une peine d'emprisonnement ou l'action de nature administrative qui comporte une enquête ou la réduction des droits douaniers. Prises ensemble ou séparément, les actions de nature civile, administrative ou criminelle ont un effet de dissuasion contre la violation des politiques en matière de concurrence établies dans la Loi. À cet égard, l'art. 31.1 fait partie d'un système législatif qui a pour but d'établir «un mécanisme de sanction beaucoup plus complet et efficace qui permette de conjuguer les initiatives publiques et privées en vue d'inciter au respect de la Loi et, le cas échéant, de l'assurer» (le juge MacGuigan, à la p. 77 de l'arrêt *Québec Ready Mix*, précité).

Le fait qu'une partie se prévale du recours civil de l'art. 31.1 n'empêche pas l'application des autres recours de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le droit d'action de l'art. 31.1 peut être employé pour compléter les autres recours prévus par la Loi. Une partie qui subit un préjudice peut également se servir du droit d'action de nature civile lorsque les mécanismes d'application de nature publique de la Loi ne permettent pas de réagir avec suffisamment de promptitude. Comme l'affirment Anisman et Hogg dans l'article intitulé «Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation», dans *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, à la p. 190:

> [TRADUCTION] ... la possibilité qu'ont ceux qui subissent un préjudice résultant d'une violation d'intenter des actions civiles en dommages-intérêts a pour effet à la fois de favoriser l'effet dissuasif que vise la loi et de permettre au demandeur d'être indemnisé pour le préjudice subi. En effet, les avantages publics des actions de nature privée proviennent en grande partie de l'intérêt économique qu'a le demandeur à être indemnisé des effets de la violation.

Cela me semble répondre aux arguments de l'appelante portant que l'art. 31.1 ne sert aucun intérêt public mais seulement les intérêts privés du demandeur et que la Loi peut s'appliquer adéquatement sans l'inclusion d'un droit d'action de nature privée. Le juge Rosenberg a accepté ce dernier argument en première instance en faisant remarquer que la Loi s'était appliquée pendant soixante-quinze ans sans disposition comparable.

cussed and in view of the history of the provision, I find this argument unconvincing. Section 31.1 was added to the *Combines Investigation Act* as part of a package of amendments to the Act in 1975. These amendments were introduced to implement recommendations made by the Economic Council of Canada in its *Interim Report on Competition Policy*, released in July 1969. The Council proposed prevention and deterrence of anti-competitive activities, rather than convictions, as the primary goals of the enforcement of combines legislation. The Economic Council suggested that in addition to the significant deterrent role played by the threat of criminal sanctions, Parliament should consider including a private right of civil action in the Act's enforcement mechanism. The basic reasons given by the Economic Council for seeking to place some of the federal government's economic policy on a civil law basis were "to improve its relevance to economic goals, its effectiveness, and its acceptability to the general public" (p. 109 of the *Interim Report*). Resting the constitutional foundation on the criminal law power contributed, in the opinion of the Council, to the rigidity and "inflexibility of the law and its administration. Criminal offences must be proved beyond a reasonable doubt. Charges must be expressed and proven in the categorical manner specified in the statute."

The Economic Council made particular mention of American antitrust legislation which contains an action for damages at the suit of private parties who believe themselves to have been injured by anti-competitive behaviour. In the United States experience, the Economic Council noted, civil suits have provided an important element of deterrence. Black J. of the Supreme Court of the United States, in *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1967), referred to the private civil damage action in that country's

En toute déférence, pour les raisons que nous venons d'analyser et compte tenu de l'historique de la disposition, je considère que cet argument n'est pas convaincant. L'article 31.1 a été ajouté à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans le cadre d'une série de modifications apportées à la Loi en 1975. Ces modifications ont été proposées en réponse aux recommandations formulées par le Conseil économique du Canada dans son *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* publié en juillet 1969. Le Conseil a proposé que la prévention et la dissuasion des activités monopolistiques, et non pas les condamnations, soient les buts premiers visés par l'application de la loi en matière de coalition. Le Conseil économique a suggéré qu'en plus du rôle dissuasif important que jouait la menace de sanctions criminelles le Parlement devrait envisager l'inclusion, dans le mécanisme d'application de la Loi, d'un droit d'action de nature privée et civile. Les raisons fondamentales pour lesquelles le Conseil économique tentait d'apporter une dimension de droit civil à une partie de la politique économique du gouvernement fédéral étaient «de mieux orienter cette politique vers la réalisation des objectifs économiques, d'en accroître l'efficacité et de la rendre plus facilement acceptable au grand public» (p. 123 du *Rapport provisoire*). De l'avis du Conseil, fonder la constitutionnalité sur la compétence en matière de droit criminel contribuait à la rigidité et à «l'inflexibilité de la loi et de son application. Dans le cas d'actes criminels, la preuve doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Les accusations doivent être formulées et prouvées de la façon catégorique que détermine la loi.»

Le Conseil économique a mentionné de façon particulière les lois antitrust américaines qui accordent un droit d'action en dommages-intérêts aux particuliers qui estiment avoir subi un préjudice en raison de pratiques monopolistiques. Le Conseil a souligné que, d'après l'expérience américaine, les poursuites civiles avaient eu un effet de dissuasion important. Dans l'arrêt *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1967), le juge Black de la Cour suprême des États-Unis a qualifié l'action civile en dommages-intérêts intentée par un particulier qui est prévue dans les lois antitrust de ce pays

antitrust legislation, as "a bulwark of antitrust enforcement" at p. 139:

> Both *Simpson* [*Simpson v. Union Oil Co.* 377 U.S. 13 (1964)] and *Kiefer-Stewart* [*Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951)] were premised on a recognition that the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behaviour in violation of the antitrust laws. The plaintiff who reaps the reward of treble damages may be no less morally reprehensible than the defendant, but the law encourages his suit to further the overriding public policy in favor of competition. A more fastidious regard for the relative moral worth of the parties would only result in seriously undermining the usefulness of the private action as a bulwark of antitrust enforcement. And permitting the plaintiff to recover a windfall gain does not encourage continued violations by those in his position since they remain fully subject to civil and criminal penalties for their own illegal conduct. *Kiefer-Stewart, supra.*

Although there are differences between s. 31.1 and the American civil action provisions, including the award of treble damages under American law, in my view the American antitrust experience should not be overlooked.

The Economic Council also recommended expanding civil enforcement mechanisms generally to increase flexibility needed to combat business practices reducing competition. To comply with these suggestions, a number of provisions were added to the Act in 1975 including all of Part IV.1, *Matters Reviewable by the Commission.*

While it is true that the *Combines Investigation Act* existed for decades without a provision equivalent to s. 31.1, I see no reason why remedies available for violations of the Act should be frozen in time. There is no constitutional impediment to amending the remedies provisions of the *Combines Investigation Act* to conform with changing economic realities.

d' [TRADUCTION] «appui solide à l'application des lois antitrust», à la p. 139:

> [TRADUCTION] Les arrêts *Simpson* [*Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964)] et *Kiefer-Stewart* [*Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951)] étaient tous les deux fondés sur la reconnaissance que les fins des lois antitrust sont mieux servies par la garantie que les poursuites à l'instance de particuliers constitueront une menace constante qui dissuadera quiconque d'adopter un comportement contraire aux lois antitrust. Le demandeur qui obtient des dommages-intérêts triples n'est peut-être pas moins coupable moralement que le défendeur, mais le droit l'encourage à poursuivre pour favoriser l'intérêt public supérieur en matière de concurrence. Être plus exigeant à l'égard de la nature plus ou moins morale du comportement des parties n'aurait pour effet que de compromettre sérieusement l'utilité des poursuites à l'instance de particuliers comme appui solide à l'application des lois antitrust. Et reconnaître au demandeur le droit de profiter d'un gain imprévu n'incite pas ceux qui sont dans sa situation à commettre des violations répétées puisqu'ils demeurent entièrement assujettis aux recours civils et criminels en cas de conduite illégale de leur part. *Kiefer-Stewart*, précité.

Bien qu'il y ait des différences entre l'art. 31.1 et les dispositions américaines sur les recours civils, y compris l'adjudication de dommages-intérêts triples en vertu du droit américain, j'estime que l'expérience américaine en matière de lois antitrust ne doit pas être écartée.

Le Conseil économique a également recommandé que les mécanismes d'application de nature civile soient étendus de manière générale pour augmenter la souplesse nécessaire à la lutte contre les pratiques du commerce qui diminuent la concurrence. Dans le but de se conformer à ces propositions, un certain nombre de dispositions ont été ajoutées à la Loi en 1975, y compris toute la partie IV.1 intitulée *Affaires que la Commission peut examiner.*

Même s'il est vrai que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a existé pendant des décennies sans disposition équivalente à l'art. 31.1, je ne vois pas pourquoi les recours prévus en cas de violation de la Loi devraient être figés dans le temps. Il n'y a pas d'obstacle constitutionnel à la modification des dispositions réparatrices de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vue de les adapter aux réalités économiques changeantes.

For these reasons, I conclude that s. 31.1 is an integral part of the *Combines Investigation Act* scheme regulating anti-competitive conduct. The relationship between the section and the Act easily meets the test for the section to be upheld. This finding should not be interpreted as authority for upholding all provisions creating private civil action that are attached to a valid trade and commerce regulatory scheme or any other particular type of scheme. Section 31.1 is carefully constructed and restricted by the terms of the *Combines Investigation Act*.

This conclusion rebuts the appellant's argument that s. 31.1 tilts the constitutional balance between the federal domain and the domain of the provinces in favour of Parliament. Satisfying all of the concerns which I have discussed ensures that the constitutional balance will not be upset. It is also worth mentioning that in itself s. 31.1 does not share the characteristics of provisions that were not upheld as exercises of the general trade and commerce power: (a) regulating a single trade, even though on a national basis (*Labatt Breweries*, *supra*); (b) regulating a series of individual trades by various regulations or trade codes applicable to each individual sector (*Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373); (c) controlling production in a local area (*Canadian National Transportation*, *supra*); (d) proscribing the ethical conduct of persons engaged in trade and unconnected to a general regulatory scheme governing trade relations (*Vapor Canada*, *supra*); (e) regulating contracts of a particular business or trade (*Parsons*, *supra*).

One of the arguments of the appellant and the interveners for holding s. 31.1 *ultra vires* was that the section is no different from s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act*, which this court struck down in *Vapor Canada*, *supra*. I have already dealt with many of the concerns raised by this argument. Because of the reliance which the parties placed upon this

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 31.1 fait partie intégrante de l'économie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui réglemente les pratiques monopolistiques. Le rapport entre l'article et la Loi satisfait aisément au critère de validité de l'article. Il ne faut pas interpréter cette conclusion comme justifiant le maintien de toutes les dispositions qui accordent à un particulier un droit d'action de nature civile et qui se rattachent à un système valide de réglementation des échanges et du commerce ou à tout autre genre de système particulier. L'article 31.1 est soigneusement défini et restreint par les termes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

Cette conclusion a pour effet de repousser l'argument de l'appelant selon lequel l'art. 31.1 rompt en faveur du Parlement l'équilibre constitutionnel entre le domaine fédéral et celui des provinces. Le fait de se conformer à toutes les conditions que j'ai analysées garantit que l'équilibre constitutionnel ne sera pas rompu. Il convient également de mentionner que l'art. 31.1 ne possède pas en soi les caractéristiques des dispositions dont la validité n'a pas été maintenue à titre d'exercice de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce: a) la réglementation d'un seul et même commerce même à l'échelle nationale (*Labatt Breweries*, précité); b) la réglementation d'une série de commerces individuels par divers règlements ou codes de commerce applicables à chaque secteur individuel (*Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373); c) le contrôle de la production dans un secteur local (*Transports Nationaux du Canada*, précité); d) la réglementation de la conduite éthique de particuliers qui s'adonnent à un commerce, qui n'a aucun lien avec un système général régissant les relations commerciales (*Vapor Canada*, précité); e) la réglementation des contrats d'une entreprise ou d'un commerce en particulier (*Parsons*, précité).

L'un des arguments invoqués par l'appelante et les intervenants pour faire déclarer l'art. 31.1 inconstitutionnel était que l'article n'était pas différent de l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce* que cette Cour a annulé dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité. J'ai déjà traité de plusieurs des préoccupations soulevées par cet argument.

case, however, I will consider its implications in greater detail.

In my view, there is no analogy to be drawn between s. 31.1 of the *Combines Investigation Act* and s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act*. Section 7(*e*) provided:

> **7.** No person shall
>
> . . .
>
> (*e*) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada.

The appellant points to the following passage from the reasons of Laskin C.J. as determinative of the constitutional validity of s. 31.1 (at p. 165):

> One looks in vain for any regulatory scheme in s. 7, let alone s. 7(*e*). Its enforcement is left to the chance of private redress without public monitoring by the continuing oversight of a regulatory agency which would at least lend some colour to the alleged national or Canada-wide sweep of s. 7(*e*). The provision is not directed to trade but to the ethical conduct of persons engaged in trade or in business, and, in my view, such a detached provision cannot survive alone unconnected to a general regulatory scheme to govern trading relations going beyond merely local concern. Even on the footing of being concerned with practices in the conduct of trade, its private enforcement by civil action gives it a local cast because it is as applicable in its terms to local or intraprovincial competitors as it is to competitors in interprovincial trade.

I cannot agree that the implication of this passage is that s. 31.1 is not legislation in relation to trade and commerce. Section 31.1 differs in two significant respects from s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act*. First, section 7(*e*) was entirely unconnected to trade or to trade marks. Section 7(*e*) was directed to the ethical conduct of persons engaged in trade or business and which did not apply to specific prohibited anti-competitive business practices but to "the entire range of business relationships in any activity whether the activity be itself within or beyond federal legislative authority" (*Vapor Canada*, *supra*, at p. 164). Laskin C.J. noted the lack of connection between the entire

Mais en raison de l'importance que les parties accordent à cette affaire, je vais examiner ses implications de façon plus détaillée.

À mon avis, il n'y a aucune analogie entre l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*. L'alinéa 7*e*) prévoyait:

> **7.** Nul ne doit
>
> . . .
>
> *e*) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

L'appelante invoque l'extrait suivant des motifs du juge en chef Laskin qu'elle estime décisif quant à la constitutionnalité de l'art. 31.1 (à la p. 165):

> C'est en vain qu'on cherche dans l'art. 7, à plus forte raison dans l'al. *e*), un système de réglementation. L'application en est laissée à l'initiative des particuliers, sans contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements, ce qui donnerait au moins quelque apparence de fondement à la prétention que l'al. *e*) de l'art. 7 est de portée nationale ou qu'il vise tout le Canada. L'objet de la disposition n'est pas le commerce mais l'éthique des personnes qui s'adonnent au commerce ou aux affaires, et, à mon avis, on ne peut maintenir une semblable disposition seule et sans lien avec un système général régissant les relations commerciales dépassant l'intérêt local. Même en disant qu'elle vise des pratiques commerciales, son application pour action civile à l'instance des particuliers lui donne un caractère local parce qu'elle vise, dans ses termes, des concurrents locaux ou à l'intérieur d'une même province aussi bien que des concurrents au niveau interprovincial.

Je ne puis accepter que ce passage implique que l'art. 31.1 n'est pas une disposition législative relative aux échanges et au commerce. Deux traits importants distinguent l'art. 31.1 de l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*. Premièrement, l'al. 7*e*) n'avait aucun lien avec les pratiques commerciales ni avec les marques de commerce. L'alinéa 7*e*) visait la conduite éthique de personnes qui s'adonnaient au commerce ou aux affaires et s'appliquait non pas à des pratiques commerciales monopolistiques interdites précises, mais «à l'ensemble des relations commerciales dans n'importe quelle activité, même si elle ne relève pas de la compétence législative fédérale» (*Vapor Canada*,

s. 7 and the rest of the *Trade Marks Act*, remarking that the section (at pp. 141-42) "stands alone ... in not being concerned with trade marks or trade names". In my view the key to understanding the reasons for striking down s. 7(*e*) may be found in the following words from the passage of Laskin C.J. relied on by the appellants and quoted above: "such a detached provision cannot survive alone unconnected to a general regulatory scheme." Section 31.1 of the *Combines Investigation Act*, in contrast, is not a discrete provision inserted into a statute of entirely different content. It is simply one of a number of methods of confronting anti-competitive activities and of achieving the very purpose underlying the *Combines Investigation Act*. Unlike section 7(*e*) of the *Trade Marks Act*, s. 31.1 does not create a disparate cause of action unrelated to the general scheme of the *Combines Investigation Act*.

Second, s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act* created a very broad and undefined cause of action for all acts described by the ambiguous phrase "contrary to honest industrial or commercial usage in Canada". Section 31.1 of the *Combines Investigation Act* is clearly limited to specific provisions found elsewhere in the Act. Rowbothom J., at p. 306 in *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.*, *supra*, came to the same view:

The question before me is similar to that posed in *MacDonald et al. v. Vapour Canada Ltd. et al.* (1976), 66 D.L.R. (3d) 1, 22 C.P.R. (2d) 1, [1977] S.C.R. 134, but the legislation to be considered differs in several very important aspects. Section 7(*e*) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, even when read together with the other subsections and in conjunction with s. 53 thereof, is vague and disjunctive. Section 31.1 of the *Combines Investigation Act* relates directly to Parts IV, IV.1 and V thereof by reference to conduct prohibited in those parts. Section 7(*e*) of the *Trade Marks Act*, either alone or in conjunction with the other subsections and with s. 53 thereof is not linked to any overall scheme for the regulation and control of offences which adversely

précité, à la p. 164). Le juge en chef Laskin a fait ressortir l'absence de lien entre tout l'art. 7 et le reste de la *Loi sur les marques de commerce*, en faisant remarquer que l'article (aux pp. 141 et 142) «est le seul à ne pas traiter des marques de commerce ou des noms commerciaux». À mon avis, c'est dans le passage suivant du juge en chef Laskin que les appelants invoquent et qui vient d'être cité que l'on peut trouver la clé nous permettant de comprendre les motifs justifiant l'annulation de l'al. 7*e*): «on ne peut maintenir une semblable disposition seule et sans lien avec un système général». Par contre, l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas une disposition isolée qui a été insérée dans une loi dont le contenu est tout à fait différent. Il ne constitue qu'un moyen parmi d'autres de lutter contre des activités monopolistiques et de réaliser l'objet même qui sous-tend la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Contrairement à l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*, l'art. 31.1 n'établit pas un droit d'action disparate qui n'a rien à voir avec l'économie générale de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

Deuxièmement, l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce* établissait un droit d'action très large et indéfini pour tout acte visé par l'expression ambiguë «contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada». L'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est nettement restreint à des dispositions précises qui se retrouvent ailleurs dans la Loi. Le juge Rowbothom est parvenu à la même conclusion dans l'arrêt *Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.*, précité, à la p. 306:

[TRADUCTION] La question qui est soulevée devant moi est analogue à celle soulevée dans l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd. et al.* (1976), 66 D.L.R. (3d) 1, 22 C.P.R. (2d) 1, [1977] 2 R.C.S. 134, mais la loi qui doit être examinée diffère sous plusieurs aspects importants. L'alinéa 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, chap. T-10, même lorsqu'il est rapproché des autres paragraphes de l'article et de l'art. 53 de la Loi, est vague et disjonctif. L'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* se rapporte directement aux parties IV, IV.1 et V par renvoi aux pratiques interdites dans ces parties. L'alinéa 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce*, examiné seul ou conjointement avec les autres paragra-

affect the conduct of trade and commerce. Section 31.1 of the *Combines Investigation Act*, because of its connection with the parts referred to above, is a part of a comprehensive scheme for the regulation and control of anti-competitive trade practices . . . .

The other reasons Laskin C.J. offered for holding that s. 7(*e*) of the *Trade Marks Act* could not be upheld under the trade and commerce power stem from the fact that s. 7(*e*) was not part of a valid national scheme of regulation. Laskin C.J. pointed to the absence of public monitoring by the continuing oversight of a regulatory agency in s. 7(*e*), and the inability to demonstrate the provision had national scope. None of these concerns arises in the case of s. 31.1, since the *Combines Investigation Act* contains a regulatory scheme which operates under the scrutiny of a regulatory agency and which is national in scope. Laskin C.J. also referred to s. 7(*e*) as a detached provision directed at the ethical conduct of persons engaged in trade. Section 31.1 can no more be said to be directed at ethical conduct than can the entire *Combines Investigation Act*. Finally, Laskin C.J. noted that the private enforcement of s. 7(*e*) gave the provision a local cast because it could be applied to competitors in intraprovincial trade. In my view, the fact that federal legislation may have some ramifications on trade carried on solely within one province will not be fatal to the legislation's validity. Every general enactment will necessarily have some local impact and it would be absurd to strike down legislation for that reason alone. All of the provisions of the *Combines Investigation Act* are open to application on purely intraprovincial transactions. In fact, the *Combines Investigation Act* would not be effective competition legislation if it could not reach intraprovincial activities. The simple fact that s. 31.1 can be applied to transac-

phes et l'art. 53 de la Loi ne se rapporte à aucun système global de réglementation et de contrôle des infractions qui portent atteinte à la conduite des affaires et du commerce. L'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, parce qu'il est lié aux parties mentionnées précédemment, fait partie d'un système complet de réglementation et de contrôle des pratiques commerciales monopolistiques . . .

Les autres raisons que le juge en chef Laskin a invoquées pour conclure que l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce* ne pouvait être maintenu en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce découlent du fait que l'al. 7*e*) ne faisait pas partie d'un système valide de réglementation nationale. Le juge en chef Laskin a souligné l'absence, à l'al. 7*e*), de contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements et l'incapacité d'établir que la disposition avait une portée nationale. Aucune de ces questions ne se pose dans le cas de l'art. 31.1 puisque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* comporte un système de réglementation qui fonctionne sous la surveillance d'un organisme de réglementation et qui a une portée nationale. Le juge en chef Laskin a également souligné que l'al. 7*e*) est une disposition isolée qui vise la conduite éthique des personnes qui s'adonnent aux affaires. L'article 31.1 ne vise pas plus la conduite éthique que ne le fait la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble. Enfin, le juge en chef Laskin souligne que l'application de l'al. 7*e*) à l'instance des particuliers confère à la disposition un caractère local parce qu'elle pourrait viser des concurrents à l'intérieur d'une même province. À mon avis, le fait qu'une loi fédérale puisse avoir des ramifications sur le commerce dans une seule province ne sera pas fatal à la validité de cette loi. Toute loi générale aura forcément des répercussions locales et il serait absurde d'invalider des lois pour cette seule raison. Toutes les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peuvent s'appliquer à des opérations purement intraprovinciales. D'ailleurs, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne serait pas une loi efficace en matière de concurrence si elle ne pouvait viser les activités intraprovinciales. Le simple fait que l'art. 31.1 puisse s'appliquer à des opérations qui se déroulent

tions occurring entirely within a single province does not undermine the section's validity.

It is also important to recognize that while the Court in *Vapor Canada*, *supra*, struck down one civil cause of action, the Court did not preclude other federally created private actions from being sustained under federal heads of power. The Court did not strike down s. 7(*e*) simply because it was left to private enforcement. The right of civil action was created by s. 53 of the *Trade Marks Act* which provided:

> **53.** Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any act has been done contrary to this Act, the court may make any such order as the circumstances require including provision for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits, and may give directions with respect to the disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.

The enforcement of the trade mark provisions of the Act were, and still are, left to suit by private actors. Enforcement of federal patents, *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 56-62, as amended, and of copyrights, *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 20-24, is left to private action.

In sum, the facts of *Vapor Canada*, *supra*, are clearly distinguishable from those in the present appeal.

For all of the foregoing reasons I am of the view that s. 31.1 is *intra vires* Parliament by virtue of its relationship to the scheme of economic regulation found in the *Combines Investigation Act*.

X

Disposition

I conclude that the *Combines Investigation Act*, and s. 31.1 of the Act, are valid federal enactments in accordance with Parliament's power over trade

entièrement dans une seule province ne compromet pas la validité de l'article.

Il est également important de reconnaître que, bien qu'elle ait annulé un droit d'action de nature civile dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité, la Cour n'a pas interdit le maintien d'actions de nature privée créées par des lois fédérales, en vertu d'autres chefs de compétence fédérale. La Cour n'a pas annulé l'al. 7*e*) simplement parce qu'il donnait ouverture à des mesures d'exécution d'initiative privée. C'est l'article 53 de la *Loi sur les marques de commerce* qui établissait le droit d'action de nature civile:

> **53.** Lorsqu'il est démontré à une cour compétente, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, la cour peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.

C'était, et c'est encore, à l'initiative des particuliers que revenait l'application des dispositions législatives sur les marques de commerce. L'application des dispositions fédérales sur les brevets, savoir la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 56 à 62, et ses modifications, et sur le droit d'auteur, savoir la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 20 à 24, est laissée à l'initiative des particuliers.

En résumé, les faits de l'arrêt *Vapor Canada*, précité, se distinguent clairement de ceux de la présente affaire.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 31.1 est conforme à la compétence du Parlement en raison de son rapport avec le système de réglementation économique contenu dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

X

Dispositif

Je conclus que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et l'art. 31.1 de cette loi constituent des mesures législatives fédérales valides confor-

and commerce affecting the entire nation. I would therefore dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

Question 1. Is the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act") as amended, either in whole or in part, within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer. Yes.

Question 2. Is section 31.1 of the Act within the legislative competence of the Parliament of Canada?

Answer. Yes.

Appeal dismissed with costs. Both constitutional questions should be answered in the affirmative.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

mément à la compétence du Parlement en matière d'échanges et de commerce qui touche tout le pays. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (la «Loi») et ses modifications, relève-t-elle en totalité ou en partie de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse. Oui.

Question 2. L'article 31.1 de la Loi relève-t-il de la compétence législative du Parlement du Canada?

Réponse. Oui.

Pourvoi rejeté avec dépens. Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Québec Ready Mix Inc., Lévis Ready Mix Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac Ready-Mix Inc., Claude Ferland, Michel Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready-Mix Inc., Gaston Pilote *Appellants*

v.

Rocois Construction Inc. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

Dominion Ready-Mix Inc., Jean Desjardins, Marc Crépin *Mis en cause*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan *Interveners*

and between

Dominion Ready-Mix Inc., Jean Desjardins and Marc Crépin *Appellants*

v.

Rocois Construction Inc. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

Lévis Ready Mix Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac Ready-Mix Inc., Claude Ferland, Michel Bérubé, Pierre Legault *Mis en cause*

and

Pilote Ready-Mix Inc., Gaston Pilote *Mis en cause*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan *Interveners*

INDEXED AS: QUÉBEC READY MIX INC. *v.* ROCOIS CONSTRUCTION INC.

Québec Ready Mix Inc., Lévis Ready Mix Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac Ready-Mix Inc., Claude Ferland, Michel Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready-Mix Inc., Gaston Pilote *Appelants*

c.

Rocois Construction Inc. *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Dominion Ready-Mix Inc., Jean Desjardins, Marc Crépin *Mis en cause*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

et entre

Dominion Ready-Mix Inc., Jean Desjardins et Marc Crépin *Appelants*

c.

Rocois Construction Inc. *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Lévis Ready Mix Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac Ready-Mix Inc., Claude Ferland, Michel Bérubé, Pierre Legault *Mis en cause*

and

Pilote Ready-Mix Inc., Gaston Pilote *Mis en cause*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC READY MIX INC. *c.* ROCOIS CONSTRUCTION INC.

File Nos.: 19697, 19701.

1988: May 17, 18; 1989: April 20.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Division of powers — Trade and Commerce — Combines Investigation Act — Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order of court or commission — Whether or not s. 31.1 creating private cause of action ultra vires Parliament — Whether or not section requiring action under Combines Investigation Act to be brought in Federal Court ultra vires Parliament — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1, (3) — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Action brought under Combines Investigation Act and Civil Code — Whether or not Federal Court competent to hear action based both on Combines Investigation Act and Civil Code — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Rocois Construction Inc. (Rocois) alleged in Federal Court that Québec Ready-Mix Inc. (Québec) and Dominion Ready-Mix Inc. (Dominion) had formed an agreement that violated s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act*. Rocois claimed damages under both s. 31.1 of the *Combines Investigation Act* and art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*. The defendants Québec and Dominion brought a motion for a preliminary ruling on the constitutionality of s. 31.1(1)(*a*) (which creates a private cause of action) and s. 31.1(3) of the Act (which makes the Federal Court a court of competent jurisdiction for the purposes of any action under s. 33.1), and on the Federal Court's competence to hear an action founded on both federal and provincial law.

The Federal Court, Trial Division held s. 31.1(1)(*a*) *ultra vires* Parliament, and, consequently, found that it lacked jurisdiction to hear the claim. The Federal Court

* Le Dain J. took no part in the judgment.

N[os] du greffe: 19697, 19701.

1988: 17, 18 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Échanges et commerce — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'une conduite contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou du non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission — L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée excède-t-il la compétence du Parlement? — L'article qui exige que l'action fondée sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions soit intentée en Cour fédérale excède-t-il la compétence du Parlement? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1, (3) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Action intentée en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et du Code civil — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre une action fondée à la fois sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et sur le Code civil? — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Rocois Construction Inc. (Rocois) a allégué en Cour fédérale que Québec Ready Mix Inc. (Québec) et Dominion Ready-Mix Inc. (Dominion) ont conclu un accord qui viole l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Rocois a réclamé des dommages-intérêts tant en vertu de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'en vertu de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*. Les défenderesses Québec et Dominion ont présenté une requête en vue d'obtenir une décision préliminaire sur la constitutionnalité de l'al. 31.1(1)*a*) (qui établit un droit d'action de nature privée) et du par. 31.1(3) de la Loi (qui fait que la Cour fédérale est compétente pour entendre toute action visée à l'art. 33.1), et sur la compétence de la Cour fédérale pour entendre une action fondée à la fois sur des dispositions législatives fédérales et provinciales.

La Division de première instance de la Cour fédérale a conclu que l'al. 31.1(1)*a*) excédait la compétence du Parlement et que, par conséquent, elle n'avait pas com-

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

of Appeal, however, upheld s. 31.1(1)(*a*) as *intra vires* Parliament and found the Federal Court had jurisdiction with respect to the claim founded on s. 31.1(1)(*a*) of the Act but not with respect to the claim based on the *Civil Code*.

The constitutional questions stated by this Court queried: (1) whether s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* was *ultra vires* Parliament under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*; (2) whether s. 31.1(3) was *ultra vires* Parliament; and, (3) whether the Federal Court had jurisdiction to hear a claim based both on s. 31.1(1)(*a*) and art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*.

Held: The appeals should be dismissed. The first and second constitutional questions should be answered in the negative. As to the third, the Federal Court is competent to hear a claim founded on s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* but is not competent to hear a claim founded on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*.

Section 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* is *intra vires* Parliament, for the reasons given in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court has jurisdiction with respect to proceedings under s. 31.1(3) because the prerequisite that there be existing and applicable federal law in support of those proceedings has been met. The Federal Court, however, does not have jurisdiction with respect to the claim based on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*.

Cases Cited

Followed: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, art. 1053.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(1)(*a*), (3).
Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Federal Court Rules, r. 474.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 2 F.C. 40, allowing an appeal from a judgment of Marceau J., [1980] 1 F.C. 184. Appeals dismissed. The first and second constitutional questions should be answered in the negative. As to the third, the Federal Court is

pétence pour entendre l'action. La Cour d'appel fédérale a cependant conclu que l'al. 31.1(1)*a*) était conforme à la compétence du Parlement et que la Cour fédérale avait compétence à l'égard de l'action fondée sur l'al. 31.1(1)*a*) de la Loi, mais non à l'égard de l'action fondée sur le *Code civil*.

Les questions constitutionnelles formulées par cette Cour sont de savoir: (1) si l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* excède la compétence du Parlement en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (2) si le par. 31.1(3) excède la compétence du Parlement, et (3) si la Cour fédérale a compétence pour entendre une action fondée à la fois sur l'al. 31.1(1)*a*) et sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés. Les première et deuxième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative. Quant à la troisième, la Cour fédérale a compétence pour entendre une action fondée sur l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mais non pour entendre une action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est conforme à la compétence du Parlement en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour fédérale a compétence à l'égard de procédures fondées sur le par. 31.1(3) parce que se trouve remplie la condition préalable de l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder ces procédures. La Cour fédérale, cependant, n'a pas compétence à l'égard de l'action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1053.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1(1)*a*), (3).
Règles de la Cour fédérale, r. 474.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 2 C.F. 40, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Marceau, [1980] 1 C.F. 184. Pourvois rejetés. Les première et deuxième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative. Quant à la troisième, la Cour fédérale a

competent to hear a claim founded on s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* but is not competent to hear a claim founded on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada.*

Henri-Louis Fortin, for Québec Ready Mix Inc., et al.

Gérald Tremblay, for Dominion Ready-Mix Inc., et al.

Pierre Gaudreau, for the respondent Rocois Construction Inc.

T. B. Smith, Q.C., Gaspard Côté, Q.C., Arnold Fradkin and *David Lucas*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Jean-K. Samson and *Jean Bouchard*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in these appeals is identical to the issue raised in the companion case of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing* ("*GM*"), [1989] 1 S.C.R. 641, namely, whether Parliament has the constitutional authority to enact s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 12 (the "Act"), in the exercise of its power to regulate trade and commerce under section 92, head (2) of the *Constitution Act, 1867*. The two cases were heard together and judgment in *GM* is being delivered concurrently herewith. In these appeals, two questions not raised in the *GM* case—relating to the jurisdiction of the Federal Court—were also stated by the court.

The appeals originated in an action brought by Rocois Construction Inc. ("Rocois") against Québec Ready Mix Inc. ("Québec") and Dominion Ready-Mix Inc. ("Dominion") in the Federal

compétence pour entendre une action fondée sur l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mais non pour entendre une action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada.*

Henri-Louis Fortin, pour Québec Ready Mix Inc. et autres.

Gérald Tremblay, pour Dominion Ready-Mix Inc. et autres.

Pierre Gaudreau, pour l'intimée Rocois Construction Inc.

T. B. Smith, c.r., Gaspard Côté, c.r., Arnold Fradkin et *David Lucas*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Jean-K. Samson et *Jean Bouchard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La principale question soulevée dans ces pourvois est identique à celle soulevée dans son pendant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing* («*GM*»), [1989] 1 R.C.S. 641, savoir, le Parlement a-t-il le pouvoir constitutionnel d'adopter l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, modifié par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 12 (la «Loi») dans l'exercice de son pouvoir de réglementation des échanges et du commerce prévu au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Les deux pourvois ont été entendus ensemble et le jugement dans l'affaire *GM* est rendu en même temps que les présents motifs. En l'espèce, la Cour a également formulé deux questions qui n'ont pas été soulevées dans l'affaire *GM* et qui portent sur la compétence de la Cour fédérale.

Les pourvois découlent d'une action intentée par Rocois Construction Inc. («Rocois») contre Québec Ready Mix Inc. («Québec») et Dominion Ready-Mix Inc. («Dominion») en Division de première

Court—Trial Division, alleging that the defendant companies had formed an agreement that violated s. 31.1(1)(*a*) of the Act; Rocois claimed damages under both s. 31.1 of the Act and art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*. The defendants Québec and Dominion presented a motion under Rule 474 of the Federal Court for a preliminary ruling on the constitutionality of s. 31.1(1)(*a*) and s. 31.1(3) of the Act (which makes the Federal Court a court of competent jurisdiction for the purposes of any action under s. 33.1), and on the Federal Court's competence to hear an action founded on both federal and provincial law.

The legislation in question in these appeals is as follows:

Combines Investigation Act:

31.1 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(*a*) conduct that is contrary to any provision of Part V, or

(*b*) the failure of any person to comply with an order of the Commission or a court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

(2) In any action under subsection (1) against a person, the record of proceedings in any court in which that person was convicted of an offence under Part V or convicted of or punished for failure to comply with an order of the Commission or a court under this Act is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the person against whom the action is brought engaged in conduct that was contrary to a provision of Part V or failed to comply with an order of the Commission or a court under this Act, as the case may be, and any evidence given in those proceedings as to the effect of such acts or omissions on the person bringing the action is evidence thereof in the action.

instance de la Cour fédérale, dans laquelle on allègue que les sociétés défenderesses ont conclu un accord qui viole l'al. 31.1(1)*a*) de la Loi; Rocois a réclamé des dommages-intérêts tant en vertu de l'art. 31.1 de la Loi qu'en vertu de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*. Les défenderesses Québec et Dominion ont présenté une requête en application de la règle 474 de la Cour fédérale en vue d'obtenir une décision préliminaire sur la constitutionnalité de l'al. 31.1(1)*a*) et du par. 31.1(3) de la Loi (qui fait que la Cour fédérale est compétente pour entendre toute action visée à l'art. 33.1), et sur la compétence de la Cour fédérale pour entendre une action fondée à la fois sur des dispositions législatives fédérales et provinciales.

Les dispositions législatives dont il est question en l'espèce sont les suivantes:

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions:

31.1 (1) Toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite

a) d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la Partie V, ou

b) du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou une cour en vertu de la présente loi,

peut, devant toute cour compétente, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou a omis de se conformer à l'ordonnance, une somme égale au montant de la perte ou du préjudice qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que la cour peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant toute cour qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée par la Partie V ou l'a déclarée coupable du défaut de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par la Commission ou par une cour, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la Partie V ou a omis de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par la Commission ou par une cour, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

(3) For the purposes of any action under subsection (1), the Federal Court of Canada is a court of competent jurisdiction.

(4) No action may be brought under subsection (1),

(*a*) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part V, after two years from

(i) a day on which the conduct was engaged in, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later; and

(*b*) in the case of an action based on the failure of any person to comply with an order of the Commission or a court, after two years from

(i) a day on which the order of the Commission or court was violated, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later.

Civil Code of Lower Canada:

Art. 1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

In the Federal Court, Trial Division, [1980] 1 F.C. 184, Marceau J. held that s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* was *ultra vires* Parliament, and, consequently, that the court lacked jurisdiction to hear the claim. In the Federal Court of Appeal, [1985] 2 F.C. 40, judgments were delivered by Pratte, Ryan and MacGuigan JJ. All three decisions upheld s. 31.1(1)(*a*) as *intra vires* Parliament. Subsequent to the decision of Marceau J. a number of judgments were delivered in this Court and in other Canadian courts which had a decisive bearing on the decision of the Federal Court of Appeal to reverse Marceau J. The court's decision on the issue of the jurisdiction of the Federal Court to hear the claim was delivered by MacGuigan J. He held that the court had jurisdiction with respect to the claim founded on s. 31.1(1)(*a*) of the Act, but not the claim based on the *Civil Code*.

(3) La Cour fédérale du Canada a compétence aux fins d'une action prévue au paragraphe (1).

(4) Il ne peut être intenté d'action en vertu du paragraphe (1),

a) dans le cas d'une action fondée sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la Partie V, plus de deux ans après

(i) la date du comportement en question, ou

(ii) la date de clôture définitive des procédures pénales y relatives, si cette dernière date est postérieure à la date visée au sous-alinéa (i); et,

b) dans le cas d'une action fondée sur le défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance de la Commission ou d'une cour, plus de deux ans après

(i) la date où a eu lieu la violation de l'ordonnance de la Commission ou de la cour, ou

(ii) la date de clôture définitive des procédures pénales y relatives, si cette dernière date est postérieure à la date visée au sous-alinéa (i).

Le *Code civil du Bas-Canada*:

Art. 1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabilité.

En Division de première instance de la Cour fédérale, [1980] 1 C.F. 184, le juge Marceau a conclu que l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* excédait la compétence du Parlement et que, par conséquent, la cour n'avait pas compétence pour entendre l'action. En Cour d'appel fédérale, [1985] 2 C.F. 40, les juges Pratte, Ryan et MacGuigan ont chacun rédigé des motifs de jugement. Dans chaque cas, ils ont conclu que l'al. 31.1(1)*a*) était conforme à la compétence du Parlement. À la suite de la décision du juge Marceau, cette Cour et d'autres tribunaux canadiens ont rendu un certain nombre de jugements qui ont eu une influence décisive sur la décision de la Cour d'appel fédérale d'infirmer le jugement du juge Marceau. C'est le juge MacGuigan qui a rendu la décision de la cour sur la question de la compétence de la Cour fédérale pour entendre l'action. Il a conclu que la cour avait compétence à l'égard de l'action fondée sur l'al. 31.1(1)*a*) de la Loi mais non à l'égard de l'action fondée sur le *Code civil*.

Leave to appeal to this Court was granted and the following constitutional questions were stated:

1. Is s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, ("the Act"), *ultra vires* the Parliament of Canada?
2. Is subsection 31.1(3) of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada?
3. Has the Federal Court of Canada jurisdiction to hear a claim based both on s. 31.1(1)(*a*) of the Act and on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*?

For the reasons given in the companion case of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, I am of the opinion that s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act* is *intra vires* the Parliament of Canada under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

To answer the second question stated by the Court, I adopt the following statement by MacGuigan J. on behalf of the Federal Court of Appeal, at p. 79:

> With respect to the exercise of jurisdiction by the Federal Court of Canada under subsection 31.1(3) the prerequisite is that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support proceedings before the Court: *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Limited et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054. Since that prerequisite is here satisfied by the cause of action provided by subsection 31.1(1), the validity of subsection 31.1(3) follows from that of paragraph 31.1(1)(*a*).

In respect of the third of the stated questions, I also agree with the judgment of the Federal Court of Appeal. MacGuigan J. held, at p. 80, that as regards the part of the claim based on art. 1053 of the *Civil Code*, "the Federal Court has no jurisdiction to decide that part of the claim"; and added that the Federal Court only has jurisdiction in the present case, "with respect to proceedings brought under existing and applicable federal law." I note

L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été accordée et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et ses modifications, «la Loi», excède-t-il la compétence du Parlement du Canada?
2. Le paragraphe 31.1(3) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement du Canada?
3. La Cour fédérale du Canada est-elle compétente pour entendre une action fondée à la fois sur l'al. 31.1(1)*a*) de la Loi et sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*?

Pour les motifs donnés dans son pendant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, je suis d'avis que l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est conforme à la compétence du Parlement du Canada en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour répondre à la deuxième question formulée par cette Cour, j'adopte l'affirmation suivante du juge MacGuigan qui s'exprimait au nom de la Cour d'appel fédérale, à la p. 79:

> Pour ce qui est de l'exercice par la Cour fédérale du Canada de sa compétence en vertu du paragraphe 31.1(3), la condition préalable est l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures: *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Québec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Limitée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054. Comme, en l'espèce, la cause d'action prévue au paragraphe 31.1(1) satisfait cette condition préalable, la validité de l'alinéa 31.1(1)*a*) entraîne celle du paragraphe 31.1(3).

En ce qui concerne la troisième question formulée, je suis également d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. Le juge MacGuigan a conclu, à la p. 80, qu'en ce qui concerne la partie de l'action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil*, «la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur cette partie de l'action», et il a ajouté que la Cour fédérale n'avait compétence en l'espèce qu'«à l'égard des procédures intentées en vertu d'une

that the parties did not raise any argument on this issue before this Court.

Disposition

For the reasons given above I would answer the three questions raised in these appeals as follows:

Question 1. Is s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, ("the Act"), *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

Question 2: Is subsection 31.1(3) of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

Question 3: Has the Federal Court of Canada jurisdiction to hear a claim based both on s. 31.1(1)(*a*) of the Act and on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*?

Answer: The Federal Court of Canada is competent to hear a claim founded on s. 31.1(1)(*a*) of the *Combines Investigation Act*; the Court is not competent to hear a claim founded on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*.

The appeals are dismissed with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for Québec Ready Mix Inc., et al.: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

Solicitors for Dominion Ready-Mix Inc., et al.: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitors for Rocois Construction Inc.: Gaudreau & St-Cyr, Québec.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Québec, Ste-Foy.

Solicitor for the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

législation fédérale applicable». Je souligne que les parties n'ont pas débattu cette question devant cette Cour.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre ainsi aux trois questions soulevées en l'espèce:

Question 1: L'alinéa 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et ses modifications, «la Loi», excède-t-il la compétence du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

Question 2: Le paragraphe 31.1(3) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

Question 3: La Cour fédérale du Canada est-elle compétente pour entendre une action fondée à la fois sur l'al. 31.1(1)*a*) de la Loi et sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*?

Réponse: La Cour fédérale du Canada est compétente pour entendre une action fondée sur l'al. 31.1(1)*a*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*; elle n'est pas compétente pour entendre une action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada*.

Les pourvois sont rejetés avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de Québec Ready Mix Inc. et autres: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

Procureurs de Dominion Ready-Mix Inc. et autres: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureurs de Rocois Construction Inc.: Gaudreau & St-Cyr, Québec.

Procureur du procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur du procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur du procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1989 Vol. 1

5e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 705-926

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 705-926

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Gauthier *v.* Quebec (Commission de protection du territoire agricole) **859**

Environmental law — Protection of agricultural land — Acquired rights — Permits authorizing use — Land bought and developed for residential purposes — Subdivision plan for location of street approved by municipal council — Subdivision plan for development filed with Department of Lands and Forests — Part of land located in agricultural zone after adoption of Act to preserve agricultural land — Development work done in part located outside agricultural zone — Whether appellant had acquired rights over lots in his residential development located within agricultural zone — Whether approval of municipal council or filing of subdivision plan, or both, constitutes a permit authorizing use for purpose other than agriculture within meaning of s. 101 of Act — Act to preserve agricultural land, R.S.Q., c. P-41.1, s. 101.

Laurentide Motels Ltd. *v.* Beauport (City) **705**

Municipal law — Extra-contractual liability of municipalities — Firefighting — Applicable law: public or private law — Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire — Whether *Anns* and *City of Kamloops* apply to Quebec — Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 412, 423.

Civil liability — Municipality — Firefighting — Malfunction of and failure to maintain hydrants — Fault by firefighters in

Continued on next page

SOMMAIRE

Gauthier *c.* Québec (Commission de protection du territoire agricole) **859**

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Droits acquis — Permis d'utilisation — Terrain acheté et aménagé pour en faire un développement domiciliaire — Plan de lotissement pour l'emplacement d'une rue approuvé par le conseil municipal — Plan de lotissement du développement déposé au ministère des Terres et Forêts — Partie du terrain située en zone agricole après l'adoption de la Loi sur la protection du territoire agricole — Travaux d'aménagement exécutés dans la partie située à l'extérieur de la zone agricole — L'appelant bénéficie-t-il de droits acquis sur les lots de son développement domiciliaire situés dans la zone agricole? — L'approbation du conseil municipal ou le dépôt du plan de lotissement ou les deux constituent-ils un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101 de la Loi? — Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., chap. P-41.1, art. 101.

Laurentide Motels Ltd. *c.* Beauport (Ville) **705**

Droit municipal — Responsabilité extra-contractuelle des municipalités — Combat des incendies — Droit applicable: droit public ou droit privé — Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? — Les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops* s'appliquent-ils au Québec? — Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053 — Loi des cités et villes, L.R.Q., chap. C-19, art. 412, 423.

Suite à la page suivante

the performance of their duties — Whether city liable for damage caused by fire — Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire — Quantum of damages — Additional indemnity — Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

Courts — Appeal — Court of Appeal intervening in trial judge's findings and conclusions of fact — Whether Court of Appeal erred by substituting its opinion for that of trial judge.

Damages — Additional indemnity — Calculation — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.

Damages — Future damages — Burning of hotel complex — Sale of residue of hotel complex three years later — Sale taken into consideration in calculating future damages — Cost of reopening deducted.

Lebel *v.* Winzen Land Corp. **918**

Civil procedure — Authorization to institute class action — Allegation by applicant that Act to preserve agricultural land prevented seller from conveying ownership of lots sold to buyers — Buyers seeking to annul contracts and be reimbursed for monies paid — Whether facts alleged in application seem to justify conclusions sought — Code of Civil Procedure, art. 1003 — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10.

Reference Re *Workers' Compensation Act, 1983* (Nfld.) .. **922**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination — Workers' compensation — Whether statutory right to compensation precluding any other action discriminatory — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34.

Veilleux *v.* Quebec (Commission de protection du territoire agricole) **839**

Environmental law — Preservation of agricultural land — Acquired rights — Foundations and flooring existing on lot at time of decree bringing lot under Act to preserve agricultural land — Foundations and flooring forming part of ruins of house demolished five years previously — Ruins not "uncropped" — Whether existence of foundations and flooring constituting use of lot for purpose other than agriculture — Whether appellants have acquired rights — Utility of rules developed by the courts with respect to zoning and acquired rights — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(1), 101, 102.

Venne *v.* Quebec (Commission de protection du territoire agricole) **880**

Environmental law — Protection of agricultural territory — Application of law — Acquired rights — Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full — Lots included in designated agricultural region after sale but before ownership of lots transferred to buyer — Whether seller can alienate lots without authorization of Commission de protection du territoire agricole — Whether clause reserving ownership is suspensive condition retroactive to date of contract of sale — Whether buyer has "acquired right" to conveyance of

Continued on next page

Responsabilité civile — Municipalité — Combat des incendies — Défaut d'entretien et mauvais fonctionnement des bornes-fontaines — Fautes des pompiers dans l'exécution de leurs fonctions — La ville est-elle responsable des dommages causés par l'incendie? — Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? — Quantum des dommages — Indemnité additionnelle — Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

Tribunaux — Appel — Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle du juge de première instance.

Dommages-intérêts — Indemnité additionnelle — Calcul — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.

Dommages-intérêts — Dommages futurs — Incendie d'un complexe hôtelier — Vente du résidu du complexe hôtelier trois ans plus tard — Vente prise en considération dans le calcul des dommages futurs — Frais de réouverture retranchés.

Lebel *c.* Winzen Land Corp. **918**

Procédure civile — Autorisation d'exercer le recours collectif — Allégation par la requérante que la Loi sur la protection du territoire agricole empêche le vendeur de transférer aux acheteurs la propriété des lots vendus — Acheteurs désirant l'annulation des contrats et le remboursement des sommes versées — Les faits allégués dans la requête paraissent-ils justifier les conclusions recherchées? — Code de procédure civile, art. 1003 — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10.

Reference Re *Workers' Compensation Act, 1983* (T.-N.) . **922**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination — Indemnisation des accidents du travail — Y a-t-il discrimination parce que le droit à une indemnisation interdit toute autre action? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34.

Veilleux *c.* Québec (Commission de protection du territoire agricole) **839**

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Droits acquis — Fondations recouvertes d'un plancher sur le lot au moment du décret assujettissant le lot à la Loi sur la protection du territoire agricole — Fondations et plancher partie des ruines d'une maison démolie cinq ans auparavant — Absence de couverture végétale — La présence des fondations et du plancher constitue-t-elle une utilisation du lot à une fin autre que l'agriculture? — Les appelants ont-ils des droits acquis? — Utilité des normes fixées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.1°, 101, 102.

Venne *c.* Québec (Commission de protection du territoire agricole) **880**

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Application de la loi — Droits acquis — Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

ownership — Whether statute retroactive because it affects agreements concluded before it took effect — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(3), 29, 101 — Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

Civil law — Obligations — Sale — Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full — Whether seller's obligation to convey ownership of lots once price paid conditional obligation or obligation with term — Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

SOMMAIRE (Fin)

du prix de vente — Lots inclus dans une région agricole désignée après la vente mais avant que la propriété des lots ne soit transférée à l'acheteur — Le vendeur peut-il aliéner les lots sans la permission de la Commission de protection du territoire agricole? — La clause de réserve de propriété constitue-t-elle une condition suspensive qui rétroagit au jour du contrat de vente? — L'acheteur a-t-il un «droit acquis» au transfert de la propriété? — Une loi a-t-elle une portée rétroactive parce qu'elle affecte des conventions conclues avant qu'elle prenne effet? — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.3°, 29, 101 — Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

Droit civil — Obligations — Vente — Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente — L'obligation du vendeur de transférer la propriété des lots une fois le prix payé est-elle une obligation conditionnelle ou une obligation à terme? — Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

Laurentide Motels Ltd. (Les investissements T.R.L. Ltée), Le restaurant Bastogne Inc. and Thomas R. Lévesque *Appellants*

v.

City of Beauport *Respondent*

and

Gérard Tremblay *Mis en cause*

INDEXED AS: LAURENTIDE MOTELS LTD. *v.* BEAUPORT (CITY)

File No.: 19842.

1988: May 24; 1989: April 20.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Extra-contractual liability of municipalities — Firefighting — Applicable law: public or private law — Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire — Whether Anns and City of Kamloops apply to Quebec — Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 412, 423.

Civil liability — Municipality — Firefighting — Malfunction of and failure to maintain hydrants — Fault by firefighters in the performance of their duties — Whether city liable for damage caused by fire — Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire — Quantum of damages — Additional indemnity — Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

Courts — Appeal — Court of Appeal intervening in trial judge's findings and conclusions of fact — Whether Court of Appeal erred by substituting its opinion for that of trial judge.

Damages — Additional indemnity — Calculation — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.

Damages — Future damages — Burning of hotel complex — Sale of residue of hotel complex three

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Laurentide Motels Ltd. (Les investissements T.R.L. Ltée), Le restaurant Bastogne Inc. et Thomas R. Lévesque *Appelants*

c.

Ville de Beauport *Intimée*

et

Gérard Tremblay *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: LAURENTIDE MOTELS LTD. *c.* BEAUPORT (VILLE)

N° du greffe: 19842.

1988: 24 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Responsabilité extra-contractuelle des municipalités — Combat des incendies — Droit applicable: droit public ou droit privé — Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? — Les arrêts Anns et Ville de Kamloops s'appliquent-ils au Québec? — Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053 — Loi des cités et villes, L.R.Q., chap. C-19, art. 412, 423.

Responsabilité civile — Municipalité — Combat des incendies — Défaut d'entretien et mauvais fonctionnement des bornes-fontaines — Fautes des pompiers dans l'exécution de leurs fonctions — La ville est-elle responsable des dommages causés par l'incendie? — Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? — Quantum des dommages — Indemnité additionnelle — Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

Tribunaux — Appel — Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle du juge de première instance.

Dommages-intérêts — Indemnité additionnelle — Calcul — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.

Dommages-intérêts — Dommages futurs — Incendie d'un complexe hôtelier — Vente du résidu du complexe

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

years later — Sale taken into consideration in calculating future damages — Cost of reopening deducted.

A client's negligence led to a fire that damaged appellants' hotel complex in the city of Beauport. As soon as they arrived, the firefighters sprayed water from the fire truck onto the fire, but the water soon ran out owing to the impossibility of connecting with the hydrants. The latter, which were difficult to reach and covered with snow, were unusable because they were frozen or broken. It was not until some forty minutes later that water was finally obtained from the hydrants. The appellants brought an action for damages against the person who had set the fire and the respondent, alleging fault by the latter in fighting the fire, namely that its equipment had not been maintained and did not function properly, as well as fault by its employees in the performance of their duties.

The trial judge allowed the action and found the person who had set the fire liable for part of the damage and the respondent liable for the remainder. The trial judge blamed the respondent for its negligence in checking and maintaining the fire hydrants and its employees for a number of faults in the performance of their duties. The trial judge found that, on the evidence, the fire had almost been put out when the water ran out in the fire truck. He concluded that it was the lack of water coupled with the faults of the respondent's employees which had caused the remainder of the damage. He accordingly directed the respondent to pay the sum of $2,542,732.83 in damages. The Court of Appeal, hearing only an appeal by the respondent, reversed the Superior Court judgment.

The appeal at bar seeks to determine (1) whether the delictual civil liability of municipalities in firefighting is governed by public or by private law; (2) whether the fault alleged against the respondent makes it liable; and (3) whether the quantum of damages and the calculation of the additional indemnity should be varied.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Applicable law*

Per Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.: Article 356 *C.C.L.C.* provides that political corporations such as municipal corporations are in principle governed by the public law. The civil law applies to them only exceptionally. Consequently, it is the public law which must determine when the civil law will apply to municipal corporations. Public law in Quebec has two sources: the statutory law and the common law. Since

hôtelier trois ans plus tard — Vente prise en considération dans le calcul des dommages futurs — Frais de réouverture retranchés.

La négligence d'un client est à l'origine de l'incendie qui a endommagé le complexe hôtelier des appelants situé dans la ville de Beauport. À leur arrivée sur les lieux, les pompiers déversent l'eau du camion-citerne sur le foyer d'incendie, mais l'eau vient rapidement à manquer faute d'un raccordement aux bornes-fontaines. Enneigées et difficiles d'accès, celles-ci sont inutilisables parce qu'elles sont gelées ou brisées. Ce n'est qu'au bout d'une quarantaine de minutes que les pompiers parviennent enfin à obtenir de l'eau des bornes-fontaines. Les appelants intentent une action en dommages contre l'auteur de l'incendie et l'intimée, alléguant contre cette dernière des fautes dans le combat de cet incendie, soit le défaut d'entretien et le mauvais fonctionnement de son équipement, ainsi que des fautes de ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions.

Le premier juge accueille l'action et conclut à la responsabilité de l'auteur de l'incendie pour une partie des dommages et à la responsabilité de l'intimée pour l'excédent. Le premier juge reproche à l'intimée sa négligence dans la vérification et l'entretien des bornes-fontaines et à ses préposés un certain nombre de fautes dans l'exécution de leurs fonctions. Le premier juge détermine que, selon la preuve, le feu était presque éteint lorsque l'eau vint à manquer dans le camion-citerne. Il conclut que c'est la pénurie d'eau couplée aux fautes des préposés de l'intimée qui ont causé l'excédent des dommages. Il condamne donc l'intimée à payer la somme de 2 542 732, 83 $ en dommages. La Cour d'appel, saisie du seul appel de l'intimée, infirme le jugement de la Cour supérieure.

Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la responsabilité civile délictuelle des municipalités dans le combat des incendies est régie par le droit public ou par le droit privé; (2) si les fautes alléguées contre l'intimée entraînent sa responsabilité; et (3) si le quantum des dommages et le calcul de l'indemnité additionnelle doivent être modifiés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *Droit applicable*

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest: L'article 356 du *C.c.B.-C.* prévoit qu'en principe les corporations politiques comme les corporations municipales sont régies par le droit public. Le droit civil ne s'y applique qu'exceptionnellement. Par conséquent, c'est le droit public qui doit déterminer quand le droit civil s'appliquera aux corporations municipales. Le droit public du Québec a deux sources, le droit écrit et la

there is no express statutory provision dealing with a municipality's delictual and quasi-delictual relations with individuals, it is the second source of public law, the "public" common law as it exists at present, which determines the respects in which a municipal corporation falls "within the control of the civil law" in its relations with individuals. Under the "public" common law established in the *Anns* and *City of Kamloops* cases, a municipality cannot be held responsible for its policy decisions. (Policy decisions are decisions of a political nature such as the initial decision to exercise the power to establish a service.) A municipality, however, which acts within the operational sphere of its discretionary powers—i.e., within the practical execution of its policy decision—is subject to the private law standards of conduct. In Quebec, the private law standards of conduct are those enunciated in the *Civil Code*, and particularly in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

Here, respondent's by-laws indicate that it exercised the discretionary powers conferred upon it by the *Cities and Towns Act* to establish a fire-fighting service and waterworks. There is no statutory provision either exonerating respondent from, or subjecting it to, liability for damage caused by its acts pursuant to its discretionary powers. Therefore, the question whether the civil law applies to determine the respondent's responsibility must be reasoned by the common law. Under the common law, arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.* will apply if the acts or omissions alleged to have caused damage—the failure to keep the fire hydrants clear and operational and the acts and omissions of the municipality's firefighters—fall within the operational sphere of the municipality's activities.

The respondent could have, as a matter of policy, established some scheme of inspection and repair. The failure to make such a policy decision, however, does not allow the respondent to escape the application of the private law. Absent a policy decision to which the omission alleged to have caused damage can be attributed, the inspection and repair of the fire hydrants must be taken to be in the operational sphere, since they are the practical execution of the respondent's policy decision to establish the water system and to allocate personnel and money to maintain the system. The acts and omissions of respondent's firefighters, too, should be characterized as operational in nature. The responsibility of the respondent, therefore, falls to be determined by arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*, and the trial judge's finding

common law. Comme aucune disposition légale ne vise explicitement les relations délictuelles et quasi délictuelles d'une municipalité avec des particuliers, c'est la seconde source du droit public, la *common law* «publique» qui existe actuellement, qui détermine à quels égards une corporation municipale «relève du droit civil» dans ses relations avec les particuliers. Selon la *common law* «publique» établie dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, une municipalité ne peut être tenue responsable de ses décisions politiques. (Les décisions politiques sont des décisions de nature politique comme par exemple la décision initiale d'exercer le pouvoir d'établir un service.) Cependant, dès lors qu'une municipalité pénètre dans la sphère opérationnelle de ses pouvoirs discrétionnaires, c'est-à-dire lorsqu'elle passe à l'exécution pratique de sa décision politique, elle se trouve assujettie aux normes de conduite du droit privé. Au Québec, les normes de conduite du droit privé sont énoncées dans le *Code civil* et plus particulièrement aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

En l'espèce, les règlements municipaux de l'intimée indiquent qu'elle a exercé les pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés par la *Loi sur les cités et villes*, pour établir un service de lutte contre les incendies et un service d'aqueduc. Il n'existe aucune disposition légale qui rende l'intimée responsable, ou non responsable, du préjudice résultant des actes qu'elle a accomplis conformément à ses pouvoirs discrétionnaires. C'est pourquoi, il faut chercher dans la *common law* la réponse à la question de savoir si le droit civil s'applique pour déterminer la responsabilité de l'intimée. Selon la *common law*, les art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* s'appliqueront si les actes ou les omissions qui auraient causé un préjudice, savoir le défaut d'assurer le déblaiement des bornes-fontaines et leur bon fonctionnement, et les actes et omissions des pompiers de la municipalité, relèvent de la sphère opérationnelle des activités de la municipalité.

L'intimée aurait pu, en principe, établir un programme d'inspection et de réparation. Cependant, l'omission de prendre une telle décision politique ne permet pas à l'intimée d'échapper à l'application du droit privé. En l'absence d'une décision politique à laquelle pourrait être attribuée l'omission qui aurait causé un préjudice, l'inspection et la réparation des bornes-fontaines doivent être considérées comme relevant du domaine opérationnel, puisqu'elles représentent la mise à exécution pratique de la décision politique de l'intimée d'établir un système d'aqueduc et d'affecter personnel et deniers à son entretien. Les actes et omissions des pompiers doivent être eux aussi considérés comme étant de nature opérationnelle. La responsabilité de l'intimée doit donc être déterminée en vertu des art.

that the respondent was at fault under arts. 1053 *et seq.* *C.C.L.C.* was correct.

Per L'Heureux-Dubé J.: Municipal corporations in Quebec are governed by public law, which has its origin in the common law.

So far as the liability of municipalities is concerned, *Anns* and *City of Kamloops*, together with certain subsequent common law judgments, set out the principles of public law which apply in Canada and in Quebec. Applying these principles, the fact that a municipal corporation makes a policy decision or refuses to do so does not entail its civil liability; if, however, the municipal corporation exercises its powers, discretionary or otherwise, so as to make its decision operational, it can be held liable for any damage caused to another through its fault, or through that of its employees in the course of their duties, unless the enabling legislation expressly excludes such liability or authorizes the municipal corporation to exonerate itself from liability. The private law criteria set out by the common law as stated in these judgments cannot however be applied in Quebec, as since the *Quebec Act* and in keeping with the Canadian Constitution, jurisdiction over property and civil rights has been a matter for the provinces. Pursuant to art. 356 *C.C.L.C.*, in the absence of provisions to the contrary in their charters or enabling legislation, and subject to public law, municipal corporations are therefore governed by the *Civil Code of Lower Canada* in private law matters.

In the case at bar the respondent exercised its discretionary power conferred by the *Cities and Towns Act* to create a firefighting service (a policy decision), and no provision of that Act, not even s. 442, confers an immunity on municipalities from their extra-contractual liability in respect of the operation of their water and firefighting services. Though the Act also does not impose any specific liability in this regard, it is clear, in light of the by-laws adopted by the respondent dealing with firefighting and water services, the monies allocated and employees assigned to maintenance of the water system, including hydrants, that the respondent undertook, at the very least by implication, to maintain this service and ensure that it was in good working order (an operational decision). In the exercise of its discretionary power, arts. 1053 *et seq.* *C.C.L.C.* were therefore applicable to the respondent's activities.

(2) *Fault and Causal Link*

Under arts. 1053 *et seq.* *C.C.L.C.*, the respondent must be held liable for the additional damage caused by

1053 et suiv. *C.c.B.-C.* et la conclusion du juge de première instance que l'intimée a commis une faute en vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* était exacte.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les corporations municipales au Québec sont régies par le droit public. Celui-ci trouve son origine dans la *common law*.

En matière de responsabilité des municipalités, les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, ainsi que certains arrêts de *common law* subséquents, énoncent les principes de droit public applicables au Canada comme au Québec. En vertu de ces principes, le fait qu'une corporation municipale prenne ou refuse de prendre une décision politique (*policy decision*) ne peut entraîner sa responsabilité civile; mais si la corporation municipale exerce ses pouvoirs, discrétionnaires ou non, de façon à rendre sa décision exécutoire (*operational decision*), elle engagera sa responsabilité pour tout préjudice causé à autrui par sa faute, ou celle de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions, à moins que la loi habilitante n'écarte expressément cette responsabilité ou n'autorise la corporation municipale à s'en dégager. Les critères de droit privé de *common law* énoncés dans ces arrêts sont toutefois inapplicables au Québec puisque, depuis l'*Acte de Québec*, et d'après la Constitution canadienne, la compétence en matière de propriété et droits civils relève des provinces. Conformément à l'art. 356 *C.c.B.-C.*, en l'absence de dispositions à l'effet contraire dans leur charte ou loi habilitante, et sujet au droit public, les corporations municipales sont donc régies, en matière de droit privé, par le *Code civil du Bas-Canada*.

En l'espèce, l'intimée a exercé son pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur les cités et villes* d'établir un service de lutte contre les incendies (*policy decision*) et aucune disposition de cette loi, pas même l'art. 442, ne confère d'immunité aux municipalités quant à la responsabilité extra-contractuelle pouvant découler de l'opération de leurs services d'aqueduc et d'incendie. Bien que cette loi n'impose pas non plus de responsabilité particulière à cet égard, il est clair, à la lumière des règlements adoptés par l'intimée relatifs aux services des incendies et d'aqueduc, des sommes octroyées et des employés affectés à l'entretien du réseau d'aqueduc, y compris des bornes-fontaines, que l'intimée a entrepris, à tout le moins de façon implicite, d'entretenir ce service et de le maintenir en bon état de fonctionnement (*operational decision*). Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* sont donc applicables à la conduite de l'intimée.

(2) *Faute et lien de causalité*

En vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*, l'intimée doit être tenue responsable pour l'excédent des domma-

the fire, as this was due to its fault in maintaining its water and firefighting systems and to the fault of its employees in carrying out their duties. This fault had a causal link with the damage sustained by the appellants and was the direct and immediate consequence of it.

The trial judge committed no error in his determination of the facts or in the conclusions which he drew from them, and the Court of Appeal was not justified in intervening and substituting its opinion for that of the trial judge. A trial judge's findings of fact based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. In the case at bar the determination of the facts in this great volume of opposing evidence was based essentially on the trial judge's view of the credibility of the testimony of various witnesses. The trial judge ruled on the credibility of the key witnesses, he indicated why he preferred one witness rather than another, and there is nothing in a review of the evidence to suggest that in so doing he made a palpable error in determining the facts or an error which could have a bearing on the outcome of the case in the conclusions that he drew from them. Far from being unreasonable, his findings are supported by the evidence.

(3) *Damages and Additional Indemnity*

An appellate court should not alter the quantum of damages set by the trial judge unless it can be shown that he applied an erroneous rule of law or that the amount awarded was palpably incorrect compensation for the damage suffered. It was not shown that the trial judge erred in selecting the depreciated replacement method to determine the value of the damage caused to the buildings and their contents or that the amount awarded for this was unreasonable. However, the amount awarded for incidental expenses must be deducted. Although events occurring after the date of the loss are generally not taken into account in estimating loss in a delictual or quasi-delictual matter, this rule is not absolute and is subject to exceptions, especially in the case of estimation of loss for future damages. In the case at bar the sale of the hotel complex three years after the fire prospectively eliminated the assumption that the appellants would rebuild and reopen the motel. The items for pre-opening costs, publicity and renewal of liquor licences are expenses that were not, and never will be, incurred. However, the trial judge properly awarded compensation for lost profit for a total period of two years. The evidence was that the residue of the hotel complex continued to be operated with reduced

ges causés par l'incendie, puisqu'ils sont dus à sa faute dans l'entretien de son réseau d'aqueduc et de lutte contre les incendies et à celle de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions, ces fautes ayant un lien de causalité avec le préjudice subi par les appelants et en étant la suite directe et immédiate.

Le premier juge n'a pas commis d'erreur dans la détermination des faits ni dans les conclusions qu'il en a tirées et la Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir et de substituer son opinion à celle du premier juge. Les déterminations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. En l'espèce, la détermination des faits, dans cette longue preuve contradictoire, repose essentiellement sur la crédibilité que le premier juge a accordée aux différents témoignages. Celui-ci s'est prononcé sur la crédibilité des témoins-clés, il a motivé ses préférences pour un témoin plutôt qu'un autre, et un examen de la preuve ne permet pas d'affirmer que, ce faisant, il a commis une erreur manifeste dans la détermination des faits ni une erreur qui pourrait avoir une portée sur l'issue du litige dans les conclusions qu'il en a tirées. Loin d'être déraisonnables, ses conclusions prennent appui sur la preuve.

(3) *Dommages et indemnité additionnelle*

Une cour d'appel ne doit pas modifier le quantum des dommages établi par le premier juge à moins qu'on ne démontre que celui-ci a appliqué un principe de droit erroné ou que la somme accordée constitue une indemnisation manifestement incorrecte du préjudice subi. Or, il n'a pas été démontré que le premier juge avait eu tort de choisir la méthode de remplacement dépréciée pour établir la valeur des dommages causés aux bâtiments et à leur contenu et que la somme accordée à ce chapitre était déraisonnable. Toutefois, la somme accordée au chapitre des frais incidents doit être retranchée. Bien que les événements postérieurs à la date du préjudice n'entrent généralement pas en ligne de compte dans l'évaluation du préjudice en matière délictuelle ou quasi délictuelle, cette règle n'est pas absolue et souffre de certaines exceptions particulièrement dans le cas d'évaluation du préjudice pour dommages futurs. En l'espèce, la vente du complexe hôtelier trois ans après l'incendie élimine prospectivement l'hypothèse de la reconstruction et de la réouverture du motel par les appelants. Les postes de frais de pré-ouverture, de publicité et de renouvellement de permis d'alcool sont donc des frais qui n'ont jamais été, et ne seront jamais, encourus. Mais c'est à bon droit que le premier juge a accordé une

profits after the fire and the two-year period corresponds to the time needed to rebuild a hotel of this kind and resume operations. The eventual sale of the hotel complex does not have the necessary nexus for it to be said that, had it not been for the fire, the appellants would have sold their business and that they intended to sell it in any case.

Finally, the wording of the judgment should be varied with respect to calculation of the additional indemnity. The additional indemnity provided for in art. 1056c *C.C.L.C.* is intended to compensate for loss due to delay in paying the amount ordered. The excess interest authorized by that article thus runs until the date the damages are finally paid. Although the trial judge has a discretion whether to award the indemnity, he has no discretion as regards the calculation of that indemnity, as this must necessarily be calculated by applying to the amount awarded by judgment from the date when the action at law was instituted "a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 53 of the Revenue Department Act, R.S.Q. 1964, c. 66, over the legal interest rate". The amount by which the interest rate fixed under s. 53 exceeds the legal interest rate, which was 5 per cent at the time the trial judgment was rendered, has subsequently fluctuated many times. The additional indemnity awarded by the trial judge must therefore be calculated by applying each of these rates for the periods during which they were in effect, rather than by using the 5 per cent rate referred to in the trial judgment. Limiting the additional indemnity to 5 per cent would be depriving the appellants of full compensation for the financial loss incurred by them as a consequence of being deprived of the amount owed from the time of the trial judgment.

Cases Cited

By Beetz J.

Applied: *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **referred to**: *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74; *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **referred to**: *East Suffolk Rivers*

indemnité pour perte de profits pour une période totale de deux ans. La preuve révèle que le résidu du complexe hôtelier a continué à être exploité avec des profits réduits après l'incendie et que la période de deux ans correspond à la durée de reconstruction et de reprise d'affaire d'un hôtel de ce type. La vente éventuelle du complexe hôtelier n'a pas ce rapport de connexité nécessaire pour qu'on puisse en déduire que, n'eût été de l'incendie, les appelants auraient vendu leur commerce ou qu'ils aient eu l'intention de le vendre.

Finalement, il y a lieu de modifier le dispositif du jugement relatif au calcul de l'indemnité additionnelle. L'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.* cherche à réparer un préjudice dû au retard dans le paiement de la condamnation. L'excédent d'intérêt autorisé par cet article court donc jusqu'à la date du paiement final des dommages-intérêts. Bien que le juge de première instance jouisse d'une discrétion d'accorder ou non l'indemnité, aucune discrétion ne lui est laissée relativement au calcul de cette indemnité, celle-ci étant nécessairement calculée en appliquant au montant accordé par jugement à compter de la date de l'institution de la demande en justice «un pourcentage égal à l'excédant du taux d'intérêt fixé suivant l'article 53 de la Loi du ministère du Revenu, S.R.Q. 1964, c. 66, sur le taux légal d'intérêt». L'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 sur le taux légal d'intérêt, qui était de 5 p. 100 au moment où le jugement de première instance a été rendu, a fluctué à de nombreuses reprises depuis ce temps. L'indemnité additionnelle accordée par le juge du procès doit donc être calculée en appliquant chacun de ces taux pour les périodes pendant lesquelles ils ont été en vigueur, plutôt qu'en utilisant le taux de 5 p. 100 imposé par le jugement de première instance. Limiter l'indemnité additionnelle à 5 p. 100 reviendrait à priver les appelants de la pleine compensation de la perte monétaire qu'ils ont encourue du fait d'être privés de la somme due depuis le jugement de première instance.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts appliqués: *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts mentionnés**: *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74; *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts mentionnés**: *East Suf-*

Catchment Board v. Kent, [1941] A.C. 74; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740; *Stevens-Willson v. City of Chatham*, [1934] S.C.R. 353; *Chevalier v. Corporation de la Cité de Trois-Rivières* (1913), 20 R. de J. 100; *Magasin Continental (Québec) Ltée v. Rhéaume*, C.A. Québec, No. 8797, August 30, 1973; *Larivière v. Cité de Montréal* (1941), 47 R.L. 505; *Cité de Pont-Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1979] C.A. 77; *Corporation of Montreal v. Doolan* (1871), 18 L.C.J. 124; *Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 K.B. 83; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426; *Authier v. Corporation de la Ville de l'Assomption* (1903), 9 R. de J. 374; *Lefebvre v. Town of Grand-Mère* (1917), 55 S.C.R. 121; *City of Montreal v. Mulcair* (1898), 28 S.C.R. 458; *Napper v. Cité de Sherbrooke*, [1968] S.C.R. 716; *Peltier v. Corporation of the Village of Gatineau Pointe* (1937), 76 C.S. 180; *Brousseau v. Cité de Québec* (1912), 42 C.S. 91; *Roy v. Cité de Montréal* (1892), 2 C.S. 305; *Wilshire v. Corporation du village de St-Louis du Mile-End* (1899), 8 Q.B. 479; *Quesnel v. Emard* (1912), 8 D.L.R. 537; *Fournier v. Cité de Lachine* (1926), 66 C.S. 109; *Lanouette-Perreault v. Corporation municipale de St-Théodore de Chertsey*, Sup. Ct. Joliette, No. 705-05-000840-75, January 30, 1979; *Harris v. Marter* (1874), 15 N.B.R. 165; *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Marcoux v. Ville de Plessisville*, [1973] R.P. 385; *Joseph Investment Corp. v. Cité d'Outremont*, [1973] S.C.R. 708; *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Langelier v. Giroux* (1932), 52 K.B. 113; *Brown v. Corporation de Montréal* (1871), 4 R.L. 7; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107; *O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 W.L.R. 604; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *McLeave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106; *Vallières v. Cité de Montréal* (1908), 33 C.S. 250; *Harper v. Cité de Montréal* (1908), 16 R. de J. 229; *Levinson v. Cité de Montréal* (1911), 39 C.S. 259; *Exchange Bank of Canada v. The Queen* (1886), 11 App. Cas. 157; *Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565; *J. E. Verreault & Fils Ltée v. Attorney General of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41; *Mainwaring v. Nanaimo*, [1951] 4 D.L.R. 519; *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640; *Barratt v. Corporation of the District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *McCrea v. City of White Rock* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525; *Martel v. City of Montreal*, [1943] C.S. 290; *Seguin v. Town of Hawkesbury*, [1955] O.R. 956; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] 2 All E.R. 13; *Suthfolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740; *Stevens-Willson v. City of Chatham*, [1934] R.C.S. 353; *Chevalier c. Corporation de la Cité de Trois-Rivières* (1913), 20 R. de J. 100; *Magasin Continental (Québec) Ltée c. Rhéaume*, C.A. Québec, nº 8797, 30 août 1973; *Larivière c. Cité de Montréal* (1941), 47 R.L. 505; *Cité de Pont-Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1979] C.A. 77; *Corporation of Montreal v. Doolan* (1871), 18 L.C.J. 124; *Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 B.R. 83; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426; *Authier c. Corporation de la Ville de l'Assomption* (1903), 9 R. de J. 374; *Lefebvre v. Town of Grand-Mère* (1917), 55 R.C.S. 121; *City of Montreal v. Mulcair* (1898), 28 R.C.S. 458; *Napper v. Cité de Sherbrooke*, [1968] R.C.S. 716; *Peltier c. Corporation of the Village of Gatineau Pointe* (1937), 76 C.S. 180; *Brousseau c. Cité de Québec* (1912), 42 C.S. 91; *Roy c. Cité de Montréal* (1892), 2 C.S. 305; *Wilshire c. Corporation du village de St-Louis du Mile-End* (1899), 8 B.R. 479; *Quesnel v. Emard* (1912), 8 D.L.R. 537; *Fournier c. Cité de Lachine* (1926), 66 C.S. 109; *Lanouette-Perreault c. Corporation municipale de St-Théodore de Chertsey*, C.S. Joliette, nº 705-05-000840-75, 30 janvier 1979; *Harris v. Marter* (1874), 15 N.B.R. 165; *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Marcoux c. Ville de Plessisville*, [1973] R.P. 385; *Joseph Investment Corp. c. Cité d'Outremont*, [1973] R.C.S. 708; *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Langelier c. Giroux* (1932), 52 B.R. 113; *Brown c. Corporation de Montréal* (1871), 4 R.L. 7; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107; *O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 W.L.R. 604; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *McLeave v. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106; *Vallières c. Cité de Montréal* (1908), 33 C.S. 250; *Harper c. Cité de Montréal* (1908), 16 R. de J. 229; *Levinson c. Cité de Montréal* (1911), 39 C.S. 259; *Exchange Bank of Canada v. The Queen* (1886), 11 App. Cas. 157; *Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565; *J. E. Verreault & Fils Ltée c. Procureur général du Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Mainwaring v. Nanaimo*, [1951] 4 D.L.R. 519; *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640; *Barratt c. Corporation of the District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *McCrea v. City of White Rock* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525; *Martel v. City of Montreal*, [1943] C.S. 290; *Seguin v. Town of Hawkesbury*, [1955] O.R. 956; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] 2 All E.R.

erland Shire Council v. Heyman (1985), 60 A.L.R. 1; *Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 108 S. Ct. 1954 (1988); *Montreal Light, Heat and Power Co. v. Cité de Montréal* (1917), 26 K.B. 368; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Maryland Casualty Co. v. Roland Roy Fourrures Inc.*, [1974] S.C.R. 52; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *St-Pierre v. Tanguay*, [1959] S.C.R. 21; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Volkert v. Diamond Truck Co.*, [1940] S.C.R. 455; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 S.C.R. 244; *Watt v. Smith*, [1968] S.C.R. 177; *Industrial Teletype Electronics Corp. v. City of Montreal*, [1977] 1 S.C.R. 629; *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Royal Insurance Co. v. Rourke*, [1973] C.A. 1046; *Colomba v. Madill*, [1979] C.S. 17; *Delarosbil v. Prévoyance, Cie d'assurance*, [1978] C.S. 363; *Findlay v. Howard* (1919), 58 S.C.R. 516; *Pratt v. Beaman*, [1930] S.C.R. 284; *Golden Eagle Canada Ltd. v. Ray Gas Bar Inc.*, [1973] C.A. 680; *Procureur général du Québec v. Dugal*, J.E. 82-1169; *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866, aff'g [1980] C.A. 4; *Girard v. Lavoie*, [1975] C.A. 904.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 28.

Act to amend the Taxation Act and other legislation and to make certain provisions respecting retail sales tax, S.Q. 1989, c. 5, s. 250.

Charter of the Town of Beauport, S.Q. 1950-51, c. 91, s. 17.

Cities and Towns' Act, R.S.Q. 1925, c. 102, ss. 433, 452.

Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193 (now R.S.Q., c. C-19), ss. 426, 433, 452.

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 28(1)(3), 412(22), (41), (42), (44), 423, 429, 430, 431, 434, 436, 439, 442, 450, 585(7).

Cities and Towns' Act, 1922, S.Q. 1922, c. 65, ss. 422, 441.

Civil Code of Lower Canada, arts. 13, 18, 356, 1053, 1054, 1056c, 1073, 1077.

13; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 108 S. Ct. 1954 (1988); *Montreal Light, Heat and Power Co. c. Cité de Montréal* (1917), 26 B.R. 368; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Maryland Casualty Co. c. Roland Roy Fourrures Inc.*, [1974] R.C.S. 52; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *St-Pierre v. Tanguay*, [1959] R.C.S. 21; *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Volkert v. Diamond Truck Co.*, [1940] R.C.S. 455; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 R.C.S. 244; *Watt v. Smith*, [1968] R.C.S. 177; *Industrial Teletype Electronics Corp. c. Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 629; *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Royal Insurance Co. c. Rourke*, [1973] C.A. 1046; *Colomba c. Madill*, [1979] C.S. 17; *Delarosbil c. Prévoyance, Cie d'assurance*, [1978] C.S. 363; *Findlay v. Howard* (1919), 58 R.C.S. 516; *Pratt v. Beaman*, [1930] R.C.S. 284; *Golden Eagle Canada Ltd. c. Ray Gas Bar Inc.*, [1973] C.A. 680; *Procureur général du Québec c. Dugal*, J.E. 82-1169; *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866, conf. [1980] C.A. 4; *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904.

Lois et règlements cités

Acte de Québec (R.-U.), 14 Geo. 3, chap. 83, art. VIII.

Charte de la ville de Beauport, S.Q. 1950-51, chap. 91, art. 17.

Code civil du Bas-Canada, art. 13, 18, 356, 1053, 1054, 1056c, 1073, 1077.

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 94.

Code municipal de la province de Québec, S.R.Q. 1888, art. 6134.

Code municipal de la province de Québec, S.Q. 1870, 34 Vict., chap. 68, art. 637.

Code municipal du Québec, L.R.Q., chap. C-27.1, art. 724, 725, 772.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13).

Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 2.1.

Loi des cités et villes, S.R.Q. 1925, chap. 102, art. 433, 452.

Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193 (maintenant L.R.Q., chap. C-19), art. 426, 433, 452.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Constitution Act, 1867, s. 92(13).
Municipal Code of Quebec, R.S.Q., c. C-27.1, arts. 724, 725, 772.
Municipal Code of the Province of Quebec, R.S.Q. 1888, s. 6134.
Municipal Code of the Province of Quebec, S.Q. 1870, 34 Vict., c. 68, s. 637.
Police Act, R.S.Q., c. P-13, s. 2.1.
Quebec Act (U.K.), 14 Geo. 3, c. 83, s. VIII.
Revenue Department Act, R.S.Q. 1964, c. 66, s. 53.

Authors Cited

Archambault, Jean-Denis. "La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies" (1981), 41 *R. du B.* 3.

Archambault, Jean-Denis. "La responsabilité municipale dans le combat des incendies—*Malette* c. *Portage du Fort*" (1984), 15 *R.G.D.* 107.

Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale" (1985), 16 *R.G.D.* 101.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.

Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports. Quebec: George E. Desbarats, 1865.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Dussault, René. *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 2. Québec: Presses de l'Université Laval, 1974.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.

Garant, Patrice. "Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique" (1986), 46 *R. du B.* 260.

L'Heureux, Jacques. "La responsabilité extra-contractuelle des municipalités: un point de vue différent sur l'arrêt Ville de Beauport c. Laurentide Motels" (1987), 47 *R. du B.* 160.

L'Heureux, Jacques. "Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec" (1985), 16 *R.G.D.* 131.

Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1906.

Le nouveau Bescherelle 3: La grammaire pour tous. Paris: Hurtubise H.M.S., 1980.

McNicoll, Micheline. "La réparation: une question de contrôle judiciaire" (1986), 32 *McGill L.J.* 187.

Loi des cités et villes, 1922, S.Q. 1922, chap. 65, art. 422, 441.

Loi du ministère du Revenu, S.R.Q. 1964, chap. 66, art. 53.

Loi modifiant la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives et prévoyant certaines dispositions concernant l'impôt sur la vente en détail, L.Q. 1989, chap. 5, art. 250.

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., chap. M-31, art. 28.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., chap. C-19, art. 28(1)(3), 412(22), (41), (42), (44), 423, 429, 430, 431, 434, 436, 439, 442, 450, 585(7).

Doctrine citée

Archambault, Jean-Denis. «La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies» (1981), 41 *R. du B.* 3.

Archambault, Jean-Denis. «La responsabilité municipale dans le combat des incendies—*Malette* c. *Portage du Fort*» (1984), 15 *R.G.D.* 107.

Archambault, Jean-Denis. «Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale» (1985), 16 *R.G.D.* 101.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.

Code Civil du Bas Canada: Premier, Second et Troisième Rapports. Québec: George E. Desbarats, 1865.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Dussault, René. *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 2. Québec: Presses de l'Université Laval, 1974.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.

Garant, Patrice. «Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique» (1986), 46 *R. du B.* 260.

L'Heureux, Jacques. «La responsabilité extra-contractuelle des municipalités: un point de vue différent sur l'arrêt Ville de Beauport c. Laurentide Motels» (1987), 47 *R. du B.* 160.

L'Heureux, Jacques. «Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec» (1985), 16 *R.G.D.* 131.

Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1906.

Le nouveau Bescherelle 3: La grammaire pour tous. Paris: Hurtubise H.M.S., 1980.

McNicoll, Micheline. «La réparation: une question de contrôle judiciaire» (1986), 32 *R.D. McGill* 187.

McNicoll, Micheline. «La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies» (1983), 24 *C. de D.* 379.

McNicoll, Micheline. "La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies" (1983), 24 *C. de D.* 379.
Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: C. Théoret, 1896.
Morin, Michel. "La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de faits," [1985] R.D.J. 121.
Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswells, 1988.
Todd, Stephen. "The Negligence Liability of Public Authorities: Divergence in the Common Law" (1986), 102 *L.Q.R.* 370.
Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 981, 3 Q.A.C. 163, which reversed a judgment of the Superior Court (1980), 9 M.P.L.R. 184. Appeal allowed.

Gratien Boily and *Louis Vallières*, for the appellants.

Raynold Bélanger, *Q.C.*, *André Gagnon*, *Q.C.*, and *Jean-Charles Lord*, for the respondent.

The judgment of Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the opinion of my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, and I concur with her disposition of the appeal and with most of her reasons. However, because I have a different view of the construction of art. 356 *C.C.L.C.*, I would like to address the question of the law applicable to municipal corporations in Quebec.

The issue that this case presents is whether the city of Beauport can be held responsible under the civil law for damage caused to property when the efforts of the municipality's fire fighters to extinguish a fire were unsuccessful.

So stated, the issue is deceptively simple. In fact, this case raises the difficult question of the coexistence and interaction of two separate systems of law in Quebec. The appellants claimed damages against the author of the fire, an individual, as well. This aspect of their claim was easily resolved: without dispute from any litigant, art. 1053

Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: C. Théoret, 1896.
Morin, Michel. «La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de faits,» [1985] R.D.J. 121.
Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Éditeur officiel du Québec, © 1965, 1978.
Todd, Stephen. «The Negligence Liability of Public Authorities: Divergence in the Common Law» (1986), 102 *L.Q.R.* 370.
Walton, Frederick Parker. *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduit par Maurice Tangelin. Toronto: Butterworths, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 981, 3 Q.A.C. 163, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure (1980), 9 M.P.L.R. 184. Pourvoi accueilli.

Gratien Boily et *Louis Vallières*, pour les appelants.

Raynold Bélanger, *c.r.*, *André Gagnon*, *c.r.*, et *Jean-Charles Lord*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je suis d'accord avec sa façon de trancher le pourvoi et avec la majeure partie de ses motifs. Toutefois, comme j'interprète différemment l'art. 356 *C.c.B.-C.*, j'aimerais aborder la question du droit applicable aux corporations municipales du Québec.

La question soulevée en l'espèce est de savoir si la ville de Beauport peut être tenue responsable, selon le droit civil, des dommages matériels causés lorsque les efforts des pompiers municipaux pour combattre un incendie se sont révélés vains.

Ainsi formulée, la question revêt une simplicité trompeuse. Cette affaire soulève, en fait, la difficile question de la coexistence et de l'interaction de deux systèmes juridiques distincts au Québec. Les appelants ont aussi réclamé des dommages-intérêts contre l'auteur de l'incendie qui est un particulier. Cet aspect de leur action a été aisément tranché:

C.C.L.C., in other words, the civil law, applied. However, the city of Beauport is a municipality and therefore a political corporation, in the words of art. 356 *C.C.L.C.* Does the civil law apply to a municipality to determine its responsibility for damage caused by fire?

The process of answering this question must begin with art. 356 *C.C.L.C.*:

356. Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

Civil corporations constituting, by the fact of their incorporation, ideal or artificial persons, are as such governed by the laws affecting individuals; saving the privileges they enjoy and the disabilities they are subjected to.

This article, rather than setting out a simple rule of law, is directory in nature in that it indicates the law which applies to political corporations. According to art. 356, there are two bodies of law which apply to municipal corporations: the public law and the civil law. The public law of Quebec, it is agreed, consists of statute law and the common law as it applies to public bodies. The civil law, which is a body of private law, consists largely, although not exclusively, of the law enunciated in the *Civil Code of Lower Canada* and the *Civil Code of Quebec*.

Article 356 states that municipal corporations are governed by the public law (i.e., statute law and common law) except in their relations, in certain respects, to individual members of society. The task is then to determine if responsibility for damage caused by fire falls within the class of "relations, in certain respects, to individual members of society". Unfortunately, art. 356 does not give any indication of how to make this determination, nor even which body of law governs the question.

toutes les parties le reconnaissent, l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, c'est-à-dire le droit civil, s'applique. Cependant, la ville de Beauport est une municipalité, donc une corporation politique, pour reprendre l'expression de l'art. 356 *C.c.B.-C.* Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité pour déterminer sa responsabilité à l'égard des dommages causés par le feu?

Pour répondre à cette question, il faut tout d'abord se reporter à l'art. 356 *C.c.B.-C.*, dont voici le texte:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

Cet article, au lieu d'énoncer une simple règle de droit, est de caractère indicatif en ce sens qu'il indique le droit qui s'applique aux corporations politiques. Selon l'art. 356, deux ensembles de règles de droit s'appliquent aux corporations municipales: le droit public et le droit civil. Le droit public du Québec, convient-on, se compose du droit écrit et de la *common law* applicable aux organismes publics. Le droit civil, qui est un ensemble de règles de droit privé, se compose en grande partie, mais non pas exclusivement, du droit énoncé dans le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec*.

L'article 356 prévoit que les corporations municipales sont régies par le droit public (c'est-à-dire le droit écrit et la *common law*), sauf dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement. Il s'agit donc de déterminer si la responsabilité à l'égard des dommages causés par le feu relève de la catégorie des «rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.» Malheureusement, l'art. 356 ne nous indique pas comment tirer cette question au clair, ni quel ensemble de règles de droit la régit.

The learned authors who have wrestled with art. 356 and have attempted to pin the meaning of "in their relations, in certain respects, to individual members of society" to the ground form two camps, as my colleague observes. I will attempt to summarize the two theses without doing violence to either.

One thesis, advanced by Archambault in, *inter alia*, "La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies" (1981), 41 *R. du B.* 3, posits the principle that under art. 356 *C.C.L.C.* the public law is the legal regime of general application for municipal corporations; the civil law applies only exceptionally. Professor Archambault accepts, relying on an almost uniform jurisprudence, that the civil responsibility of municipal corporations falls within this exceptional regime. Nonetheless, the public law can displace the civil regime in certain circumstances (at pp. 40-41):

[TRANSLATION] Article 356 C.C. says that public law takes priority over civil law. When legislation simply authorizes or requires a municipal corporation to build a sidewalk or lay down a road, it exempts the corporation from the civil law obligations a private contractor has of keeping his property or service in good condition despite the vagaries of the weather and deterioration from use, and of making adequate provision for pedestrians and drivers. Under public law, the legislator considers that, when exercising its statutory powers as a public undertaking, the corporation is subject to no other obligations than the continuing obligations resulting from its decision to allow taxpayers to move about in the area. In the absence of contrary legislation, the only civil law obligation to which a municipal corporation is still subject is that of not causing damage beyond what may result from natural causes. Under public law, therefore, a municipal corporation cannot be held liable for damage due to natural conditions—snow, water, wind and so on—when, pursuant to a statutory power, it has acquired a public service that is designed to cope with the consequences of action by the elements but for whatever reason is unable to do so.

Though it may appear exceptional to the civil lawyer, this relative immunity applies in public law, and as such overrides the civil law obligations of the municipal corporation.

Les auteurs qui se sont colletés avec l'art. 356 et qui ont tenté de définir les mots «dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement» se répartissent en deux camps, comme le fait observer ma collègue. Je vais tenter de résumer les deux thèses sans les dénaturer.

L'une de ces thèses, exposée par Archambault notamment dans l'article intitulé «La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies» (1981), 41 *R. du B.* 3, énonce le principe qu'en vertu de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, le droit public est le système juridique d'application générale aux corporations municipales, le droit civil ne s'appliquant qu'exceptionnellement. Le professeur Archambault accepte, en s'appuyant sur une jurisprudence quasi uniforme, que la responsabilité civile des corporations municipales relève de ce régime d'exception. Néanmoins, le droit public peut supplanter le droit civil dans certaines circonstances (aux pp. 40 et 41):

Le droit public prime le droit civil, dit l'article 356 C.C. Lorsque le législateur permet ou impose, à une corporation municipale de, sans plus, construire un trottoir ou tracer une route, il la soustrait aux obligations de droit civil auxquelles serait contraint un entrepreneur privé de maintenir en bon état sa propriété ou son service à l'encontre des intempéries et de l'usure ainsi que d'assurer les piétons et voituriers d'un service adéquat. Selon le droit public, le législateur estime que la corporation, en exerçant ses pouvoirs statutaires d'entreprise publique, ne se soumet à d'autres obligations que celles, demeurées inchangées, de la corporation ayant choisi de laisser circuler ses contribuables sur le sol naturel. Sauf disposition statutaire contraire, il ne reste à la corporation municipale d'obligation de droit civil que celle de ne pas causer de dommages au-delà de ceux pouvant résulter des éléments naturels. En droit public, les dommages attribuables aux conditions naturelles—neige, eau, vent, etc.—ne pourront donc être imputés à la corporation municipale qui, en vertu d'un pouvoir statutaire, s'est dotée d'un service public destiné à contrer ces éléments et leurs méfaits, mais inapte, pour quelque raison, à y parvenir.

Au risque d'être aberrante pour le civiliste, cette immunité relative prévaut en droit public et, à ce titre, force au repli les obligations de droit civil de la corporation municipale.

I cite Professor Archambault at length because it is at this point that his thesis differs from that of the second camp.

Professor Archambault extracts the rules relating to the relative immunity of municipal corporations from the classic common law case *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.), which is considered to be an accurate statement of the common law position on the tortious liability of local authorities before the decision in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) The common law rules have application, in Professor Archambault's opinion, because they form part of the public law of Quebec. The *Quebec Act* of 1774, Professor Archambault explains, re-established the preeminence of the civil law in matters relating to property and civil rights. However, at the time of the enactment of the *Quebec Act*, the law of Quebec was the common law. A fundamental rule of the common law is that the common law governs, except in so far as it is derogated from by statute. The *Quebec Act* derogates from the common law, it is true, but only with respect to property and civil rights, thus leaving the common law to operate in all other areas, notably public law, until it too is derogated from by statute.

The effect of this first analysis, in the context of the case at bar, would be to exonerate the municipality from all liability, as did Nichols J.A. of the Court of Appeal, since the alleged fault of the municipality and its agents caused no more damage than that which would have been sustained in the absence of any public service.

The second camp in the debate over the meaning of art. 356 *C.C.L.C.* and the law applicable to the civil responsibility of municipal corporations counts among its members the authors McNicoll, L'Heureux and Garant, whose articles are cited in my colleague's reasons for judgment. Though each author adds his or her own nuances, they share the same essential understanding of the problem.

According to this second thesis, the principle that a municipal corporation can incur civil re-

Je cite longuement le professeur Archambault parce que c'est à ce point que sa thèse diffère de celle du second camp.

Le professeur Archambault a tiré les règles visant l'immunité relative des corporations municipales de l'arrêt classique de *common law* intitulé *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.), qui, considère-t-on, constituait un énoncé exact de la position de la *common law* sur la responsabilité civile des autorités locales avant l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) Le professeur Archambault estime que les règles de *common law* s'appliquent parce qu'elles font partie intégrante du droit public du Québec. L'*Acte de Québec* de 1774, explique le professeur Archambault, a rétabli la primauté du droit civil en matière de propriété et de droits civils. Cependant, au moment de l'adoption de l'*Acte de Québec*, le droit du Québec était la *common law*. L'une des règles fondamentales de la *common law* veut qu'elle s'applique en toute circonstance, sauf là où une loi y déroge. L'*Acte de Québec* déroge à la *common law*, il est vrai, mais seulement en ce qui concerne la propriété et les droits civils; il laisse la *common law* s'appliquer dans tous les autres domaines, notamment en matière de droit public, là encore tant qu'une loi n'y déroge pas.

Dans le présent contexte, cette première analyse aurait pour résultat d'exempter la municipalité de toute responsabilité, comme l'a fait le juge Nichols de la Cour d'appel, puisque la faute alléguée de la municipalité et de ses préposés n'a pas causé plus de dommages que ceux qui se seraient produits en l'absence de tout service public.

Le second camp dans le débat sur le sens de l'art. 356 *C.c.B.-C.* et la règle applicable à la responsabilité civile des corporations municipales compte parmi ses membres les auteurs McNicoll, L'Heureux et Garant, dont les articles sont cités dans les motifs de jugement de ma collègue. Bien que chaque auteur apporte ses propres nuances, ils partagent tous la même compréhension fondamentale du problème.

Selon cette seconde thèse, le principe selon lequel le préjudice causé à un particulier peut

sponsibility for damage caused to an individual is not a principle of civil law but of "public" common law. The applicable law in respect of the civil responsibility of municipal corporations is that enunciated in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, in which Wilson J. for the majority adopted the reasoning of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*.

In these cases, the authors of the second theory of municipal responsibility see the erosion of the old public law rule that a municipal corporation cannot be held responsible for damage caused to an individual unless it acts negligently in the performance of a statutory duty or, in the exercise of a statutory power, it causes damage by its negligence that would not have been caused had it done nothing. The erosion manifests itself in the replacement of the power/duty analysis by a new policy/operational analysis of statutory conferrals of power. Under this new paradigm, while a municipality cannot be held responsible for any "policy" decision it might make, policy decisions being decisions of a political nature such as the initial decision to exercise the power to establish a service, when the municipality moves into the "operational" sphere of the power, that is to say the practical execution of its policy decision, private law duties or obligations arise.

At this juncture, the adherents of the second theory contend, one leaves the common law to return to the civil law of Quebec. In the common law provinces, tort law will govern the liability of a municipality for negligence in the operational sphere. In Quebec, however, the responsibility of a municipal corporation falls to be governed by arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.* and the concept of fault rather than the concepts of negligence and the duty of care.

Of course, the public law, in the form of statute law, may explicitly exonerate the municipality from responsibility for its fault. Failing the inter-

engager la responsabilité civile d'une corporation municipale n'est pas un principe de droit civil, mais relève de l'aspect «public» de la *common law*. Le droit applicable à l'égard de la responsabilité civile des corporations municipales est celui qui est énoncé dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, où le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a adopté le raisonnement de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, précité.

Les auteurs partisans de la seconde théorie de la responsabilité des municipalités voient, dans ces arrêts, l'érosion de la vieille règle de droit public selon laquelle une corporation municipale ne saurait être tenue responsable du préjudice causé à un particulier à moins qu'elle n'ait agi avec négligence en remplissant une obligation légale ou que, dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, elle n'ait causé par sa négligence un préjudice qui ne serait pas produit si elle n'avait rien fait. Cette érosion se manifeste par l'adoption d'une nouvelle optique de l'attribution légale des pouvoirs, qui met l'accent sur l'aspect politique/exécution aux dépens de l'aspect pouvoir/devoir, qui s'imposait avant. Selon ce nouveau paradigme, bien qu'une municipalité ne puisse être tenue responsable des décisions de nature «politique» qu'elle peut prendre, comme par exemple la décision initiale d'exercer le pouvoir d'établir un service, dès lors que la municipalité pénètre dans la sphère «opérationnelle» de son pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'elle passe à l'exécution pratique de sa décision politique, des devoirs ou des obligations de droit privé s'imposent.

À ce moment-là, affirment les tenants de la seconde théorie, on laisse de côté la *common law* pour retourner au droit civil du Québec. Dans les provinces de *common law*, le droit de la responsabilité délictuelle régit la responsabilité des municipalités pour leur négligence dans le domaine opérationnel. Au Québec, cependant, la responsabilité des corporations municipales est régie par les art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* et par le concept de la faute plutôt que par les concepts de la négligence et de l'obligation de diligence.

Naturellement, il se peut que le droit public, sous forme de droit écrit, exempte explicitement la municipalité de toute responsabilité à l'égard de sa

vention of the legislator, however, the municipality is subject to the law enunciated in the *Civil Code*.

In large measure, I adhere to the second school of thought. My reasoning differs somewhat from that of authors McNicoll, L'Heureux and Garant, however, so I will attempt to set out my own thoughts on the matter of the civil responsibility of municipalities.

Article 356 *C.C.L.C.* states that political corporations are governed by the public law. This statement, though necessary, is no more than obvious. A political corporation, such as a municipal corporation, is entirely a creature of statute. Article 18 *C.C.L.C.* provides:

18. Every human being possesses juridical personality.

Whether citizen or alien, he has the full enjoyment of civil rights, except as otherwise expressly provided by law.

In contrast, a municipal corporation has no rights and no powers except those conferred by statute. A municipal corporation cannot exceed the powers conferred upon it by the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, or other statute, on pain of nullity. In principle, therefore, municipal corporations are subject to the law which creates them, the public law.

The Commissioners who drafted the *Civil Code of Lower Canada* did not intend that it be otherwise. In *Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports* (1865), they write at p. 231:

It will be felt that it was necessary to treat only of those corporations which fall under the control of the civil law, those governed by the public and administrative law not falling within the jurisdiction of the Commissioners; it was equally necessary for them to limit themselves to laying down the general rules, without entering into the details, nor into the enumeration of those which are peculiar to each corporation, which are to be found in the charter of each of them, and which vary according to the circumstances, their nature and the object for which they are destined.

It is for these objects that it is at once declared as a principle, that each corporation is above all obliged to

faute. Mais lorsque le législateur reste silencieux, la municipalité est assujettie aux règles énoncées dans le *Code civil*.

Je souscris, dans une large mesure, au second courant de pensée. Toutefois, mon raisonnement diffère quelque peu de celui des auteurs McNicoll, L'Heureux et Garant, aussi vais-je tenter d'exposer ma propre pensée sur la question de la responsabilité civile des municipalités.

L'article 356 *C.c.B.-C.* précise que les corporations politiques sont régies par le droit public. Cette affirmation, quoique nécessaire, n'est rien de plus qu'un truisme. Une corporation politique, comme une corporation municipale, est entièrement une créature de la loi. L'article 18 *C.c.B.-C.* prévoit ce qui suit:

18. Tout être humain possède la personnalité juridique.

Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

Par contre, les corporations municipales n'ont ni droits ni pouvoirs, sauf ceux que leur confère la loi. Une corporation municipale ne peut excéder les pouvoirs que lui confère la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., chap. C-19, ou une autre loi, sous peine de nullité. En principe donc, les corporations municipales sont assujetties au droit qui les crée, le droit public.

Les Commissaires qui ont rédigé le *Code civil du Bas-Canada* n'entendaient pas qu'il en fût autrement. Dans l'ouvrage intitulé *Code civil du Bas-Canada: Premier, Second et Troisième Rapports* (1865), ils écrivent à la p. 230:

L'on sent bien qu'il a fallu se contenter de traiter uniquement des corporations qui tombent sous le contrôle du droit civil; celles régies par le droit public et administratif n'étant pas du ressort des Commissaires; l'on a dû également se restreindre à poser les règles générales, sans entrer dans les détails, ni dans l'énumération de celles qui sont particulières à chaque corporation, qui se trouvent dans le titre de création de chacune d'elles, et qui varient suivant les circonstances, la nature et l'objet de leur destination.

C'est à ces fins que l'on proclame d'abord en principe que chaque corporation est avant tout tenue de se con-

conform to the conditions which have been imposed upon it by its charter, and also by the general laws made for the government of all kinds of corporations; and this other principle that, as artificial persons, corporations, in their relations with the other members of society, are clothed with the same powers and are bound by the same obligations as natural persons are, in so far as they are not hindered or exempted therefrom, either by the nature of their constitution, or by a special or general law.

Municipal corporations, which now hold so important a place in this province, have only been introduced here within a few years (1840); the act which gave them to us (4 Vict. ch. 4) has been frequently modified by many different laws, which are all re-united and put in order in chapter 61 of the Consolidated Statutes of Lower Canada. In this statute, which forms the charter, not of creation, but of government of all municipal corporations present and future, are to be sought the rules according to which they are formed, organized and conducted. [Emphasis added.]

These paragraphs make it clear that the Commissioners here refer to civil corporations only, not to political corporations. Moreover, the first underlined passage contains a statement inconsistent with its application to municipal corporations which do not, in any circumstances, enjoy powers not conferred upon them by statute. Certainly they do not enjoy the powers of natural persons, even in their relations with other members of society.

The fact that the powers and duties of municipal corporations are described and governed by the public law does not necessarily exclude all application of the civil law to those corporations. The question of when the civil law may apply to municipal corporations is, however, a question of public law, not of private law. I have posited that in principle the public law governs municipal corporations. This proposition is consistent with the wording of art. 356 *C.C.L.C.*, which suggests that political corporations are subject to the civil law only exceptionally. It would be surprising if the law of exception, here the civil law, determined its own application. Moreover, the civil law is the "*droit commun*" of Quebec: by its very nature, then, it applies in the same fashion to all those who are subject to it. There is no rule of the civil law

former aux conditions qui lui ont été imposées par son titre de création, et aussi aux lois générales faites pour réglementer les corporations de toutes espèces, et cet autre principe, que, comme personnes morales, les corporations sont, dans leurs rapports avec les autres membres de la société, revêtues des mêmes pouvoirs et tenues aux mêmes obligations que les personnes naturelles, en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une loi particulière ou générale.

Les corporations municipales, qui jouent maintenant dans la province un si grand rôle, n'y ont été introduites que depuis un petit nombre d'années (1840); l'acte qui l'en a dotée (4 Vict. ch. 4) a souvent été modifié par plusieurs lois différentes, qui toutes se trouvent réunies et mises en ordre dans le chap. 61 des Statuts Refondus du Bas Canada. C'est dans cet acte, qui est la charte non de création mais du moins de régie de toutes les corporations municipales existantes et futures, qu'il faut chercher les règles d'après lesquelles elles se forment, s'organisent et se conduisent. [Je souligne.]

Il ressort clairement de ces paragraphes que les Commissaires parlent ici uniquement des corporations civiles et non des corporations politiques. De plus, le premier passage souligné contient une déclaration qui ne saurait s'appliquer aux corporations municipales, qui ne jouissent en aucun cas de pouvoirs qui ne leur sont pas conférés par une loi. Elles n'ont certes pas les pouvoirs attribués aux personnes physiques, même dans leurs rapports avec les autres membres de la société.

Le fait que les pouvoirs et les obligations des corporations municipales soient décrits et régis par le droit public n'exclut pas nécessairement toute application du droit civil à ces corporations. Cependant, la question de savoir quand le droit civil peut s'appliquer aux corporations municipales est une question de droit public, et non pas de droit privé. J'ai affirmé qu'en principe le droit public régit les corporations municipales. Cette proposition est conforme au texte de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, qui laisse entendre que les corporations politiques ne sont assujetties au droit civil qu'exceptionnellement. Il serait étonnant que le droit d'exception, qui est ici le droit civil, détermine sa propre application. En outre, le droit civil est le droit commun du Québec: de par sa nature, donc, il s'applique de la même façon à tous ceux qui y sont assujettis. Il

that could indicate when the civil law would apply and when it would not.

If, as I suggest, the question of when the civil law applies to municipal corporations is governed by the public law, then any plaintiff claiming damages against the city pursuant to arts. 1053 *et seq.* must demonstrate that as a matter of public law, arts. 1053 *et seq.* apply to his action. The public law of Quebec is acknowledged to be composed of two elements: statute and the common law. In the case at bar, the statutory component of the public law, the *Cities and Towns Act*, confers the power upon municipalities to establish waterworks and a fire-fighting service, but gives no express indication of whether a municipality can be held responsible for damages caused in the exercise of that power.

The second component of the public law is the common law. Two clarifications must be made at this point. First, only that part of the common law which is of public character is applicable. Because the common law makes, in principle, no distinction between public and private law, the identification of the "public" common law can be a difficult task. Nonetheless, because Quebec is a jurisdiction of two juridical regimes, the civil law and the common law, the identification must be made. Second, it is the common law as it exists at present that is applicable in Quebec under art. 356 *C.C.L.C.* I agree with my colleague that the contention that the "public" common law applicable in Quebec is that of 1866 is untenable.

The pertinent case law (*East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, *supra*, *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, and *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*) is canvassed in my colleague's judgment and I will confine myself to a restatement of the common law rule concerning the liability of municipal corporations and other public authorities.

n'y a aucune règle de droit civil qui pourrait indiquer quand le droit civil s'appliquerait et quand il ne s'appliquerait pas.

Si, comme je l'ai laissé entendre, la question de savoir quand le droit civil s'applique aux corporations municipales est régie par le droit public, tout demandeur qui réclame des dommages-intérêts à la ville conformément aux art. 1053 et suiv. doit donc démontrer que, selon le droit public, les art. 1053 et suiv. s'appliquent à son action. On reconnaît que le droit public du Québec se compose de deux éléments: le droit écrit et la *common law*. En l'espèce, la composante écrite du droit public, la *Loi sur les cités et villes*, confère aux municipalités le pouvoir d'établir un service d'aqueduc et un service de lutte contre les incendies, mais il ne donne aucune indication expresse sur la question de savoir si une municipalité peut être tenue responsable des dommages causés dans l'exercice de ce pouvoir.

La seconde composante du droit public est la *common law*. Il y a lieu, à ce stade, de faire une double mise au point. Premièrement, seule la partie de la *common law* qui est de caractère «public» est applicable. Parce que la *common law* n'établit, en principe, aucune distinction entre le droit public et le droit privé, l'identification de la *common law* «publique» peut se révéler une tâche difficile. Néanmoins, parce que le Québec comporte deux régimes juridiques, le droit civil et la *common law*, cette identification doit se faire. Deuxièmement, c'est la *common law* qui existe actuellement qui s'applique au Québec en vertu de l'art. 356 *C.c.B.-C.* Tout comme ma collègue, j'estime que la prétention que la *common law* «publique» applicable au Québec est celle qui était en vigueur en 1866 est insoutenable.

Dans son jugement, ma collègue fait un examen minutieux de la jurisprudence pertinente (*East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, *Anns v. Merton London Borough Council* et *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précités), aussi vais-je me contenter d'énoncer de nouveau la règle de *common law* applicable à la responsabilité des corporations municipales et d'autres autorités publiques.

Where the legislator confers a power upon a public authority, the conferral of power is usually couched in terms of a discretion. The discretionary power is necessary to allow the public authority latitude in which to make decisions that can be categorized as policy decisions: decisions of a political nature for which the authority should be accountable not before the courts but before the electorate or the legislature. *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, and *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, indicate that the form such policy decisions may take varies, ranging from by-laws and resolutions to internal directives, administrative decisions and even a discretion in the execution of activities within the operational sphere. The only duty incumbent upon the authority in the policy sphere is to make its decisions responsibly and in accordance with the object of the Act which conferred the power. However, the discretion conferred by the legislator is not so broad as to exclude all liability for the authority's actions. Once the authority moves into the operational sphere of its power, i.e. the practical execution of its policy decision, the authority will be liable for damage caused to an individual by its negligence. I point out that different considerations apply when an exercise of the power conferred on the authority must inherently adversely affect the interests of individuals. A power to establish waterworks and a fire-fighting service is not, however, such a power.

Lorsque le législateur confère un pouvoir à une autorité publique, ce pouvoir est généralement énoncé sous la forme d'un pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour donner à l'autorité publique toute la latitude voulue pour prendre des décisions que l'on peut qualifier de décisions de nature politique dont l'autorité devrait être comptable non aux tribunaux, mais à l'électorat ou à la législature. Les arrêts *Anns v. Merton London Borough Council* et *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précités, montrent que ces décisions politiques peuvent revêtir diverses formes, allant des règlements municipaux et des résolutions jusqu'aux directives internes, aux décisions administratives et même à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution d'activités relevant du domaine opérationnel. La seule obligation qui incombe à l'autorité concernée dans le domaine des politiques consiste à prendre ses décisions de façon responsable et en conformité avec l'objet de la Loi habilitante. Cependant, le pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur n'est pas général au point d'exempter l'autorité en question de toute responsabilité à l'égard de ses actes. En effet, lorsque cette autorité pénètre dans la sphère opérationnelle de son pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'elle passe à l'exécution pratique de ses décisions politiques, elle est responsable du préjudice causé à un particulier par sa négligence. Je souligne que des considérations différentes s'appliquent dans les circonstances où l'exercice du pouvoir conféré à une autorité ne peut que nuire en soi aux intérêts des particuliers. Le pouvoir d'établir un service d'aqueduc et un service de lutte contre les incendies n'est toutefois pas un tel pouvoir.

The question now arises as to whether this common law rule is a rule of public law or of private law. If it is a rule of private law, it cannot apply in Quebec: the *Quebec Act* established the preeminence of the civil law in matters relating to property and civil rights. It is true that in *Anns*, *supra*, and *City of Kamloops*, *supra*, the examination of the liability of the public authorities was expressed in the vocabulary of the common law concepts of negligence and duties of care. This does not preclude the possibility that the rule which establishes that within the operational sphere of its powers a public authority can be

La question se pose maintenant de savoir si cette règle de *common law* ressortit au droit public ou au droit privé. S'il s'agit d'une règle de droit privé, elle ne peut s'appliquer au Québec: l'*Acte de Québec* a établi la primauté du droit civil en matière de propriété et de droits civils. Il est vrai que dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités, l'étude de la responsabilité des autorités publiques a trouvé son expression dans le vocabulaire des concepts de la négligence et de l'obligation de diligence propres à la *common law*. Cela n'exclut pas la possibilité que la règle qui établit qu'à l'intérieur de la sphère opérationnelle de ses

liable for damage caused by its negligence is a rule of public law. In fact, I do not believe that the rule can be categorized as other than a rule of public law. A rule which has application only to public bodies, which exists and is justified by the public nature of those bodies, is surely a rule of public law. Lord Wilberforce writes at p. 754 of *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*:

> ... the local authority is a public body, discharging functions under statute: its powers and duties are definable in terms of public not private law. The problem which this type of action creates, is to define the circumstances in which the law should impose, over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties, a duty in private law towards individuals such that they may sue for damages in a civil court.

What emerges from this statement is that the policy/operational analysis developed in *Anns*, and adopted in *City of Kamloops*, is designed to determine when the private law will apply to public authorities. Such a rule, as I have suggested above, is a rule of public law.

The second question to be addressed is how much of the common law rules relating to the liability of public authorities applies in Quebec. Essentially, the rule that within the operational sphere of its powers, a public authority owes a duty of care to avoid causing damage to those in sufficient proximity establishes a standard of conduct for public authorities. The standard established is that which all persons, not only public authorities, are subject to. Lord Wilberforce writes at pp. 755-56 of the *Anns* decision, *supra*:

> ... parallel with public law duties there may coexist those duties which persons—private or public—are under at common law to avoid causing damage to others in sufficient proximity to them. [Emphasis added.]

pouvoirs une autorité publique peut être responsable du préjudice imputable à sa négligence, soit une règle de droit public. De fait, je ne crois pas que cette règle puisse être définie autrement que comme une règle de droit public. Une règle qui ne s'applique qu'aux organismes publics, et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de ces organismes, est assurément une règle de droit public. Lord Wilberforce écrit à la p. 754 de l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, précité:

> [TRADUCTION] ... l'autorité locale est un organisme public, qui remplit des fonctions conférées par une loi: ses pouvoirs et ses obligations se définissent en fonction du droit public et non du droit privé. Le problème que crée ce genre d'action réside dans la définition des circonstances dans lesquelles la loi devrait imposer, en sus de ces pouvoirs et obligations de droit public, ou peut-être conjointement à ceux-ci, une obligation de droit privé envers les particuliers qui leur permettrait d'engager une action en dommages-intérêts devant un tribunal civil.

Ce qui ressort de cet énoncé, c'est que l'optique politique/exécution conçue dans l'arrêt *Anns* et adoptée dans l'arrêt *Ville de Kamloops*, vise à déterminer dans quels cas le droit privé s'appliquera aux autorités publiques. Une telle règle, comme je l'ai déjà laissé entendre, est une règle de droit public.

La seconde question qu'il nous faut aborder consiste à déterminer la mesure dans laquelle les règles de *common law* relatives à la responsabilité des autorités publiques s'appliquent au Québec. Essentiellement, la règle selon laquelle dans l'exercice pratique de leurs pouvoirs, les autorités publiques doivent faire preuve de diligence pour éviter de causer un préjudice à ceux qu'elles peuvent s'attendre raisonnablement à toucher, établit une norme de conduite qui leur est applicable. Et cette norme est celle qui s'applique à toute personne et non uniquement aux autorités publiques. Lord Wilberforce écrit ce qui suit aux pp. 755 et 756 de l'arrêt *Anns*, précité:

> [TRADUCTION] ... parallèlement aux obligations de droit public peut exister l'obligation qu'impose la *common law* aussi bien aux particuliers qu'aux organismes publics, d'éviter de causer un préjudice à ceux qu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à toucher. [Je souligne.]

The standard of conduct to which all persons are subject in Quebec is that set out in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.* In Quebec, the "*droit commun*"—that is, the common law of the land—is the civil law. I conclude that while the common law rule that municipal corporations are subject to the private law within the operational sphere of their powers applies in Quebec, the common law rules relating to the existence of a duty of care do not. In Quebec, the question of whether in the circumstances of a given case, a municipality has breached the standard of conduct imposed upon it falls to be determined by the "*droit commun*" of Quebec, arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.* This principle has been almost unanimously recognized by the Quebec courts which, when they do conclude that a municipality may be held responsible for the damage it has caused to an individual, determine the content and extent of that responsibility according to the provisions of the *Civil Code*.

I find it useful, by way of conclusion, to root the principles discussed above in the text of art. 356 *C.C.L.C.*, which I reproduce again for convenience:

356. Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

Civil corporations constituting, by the fact of their incorporation, ideal or artificial persons, are as such governed by the laws affecting individuals; saving the privileges they enjoy and the disabilities they are subjected to.

Article 356 *C.C.L.C.* provides that in principle, political corporations such as municipal corporations are governed by the public law. The civil law applies to them only exceptionally. Public law in Quebec has two sources, the statutory law and the common law. The meaning of the phrase "in certain respects" in art. 356 *C.C.L.C.* is therefore a problem to be resolved either by statutory provision or by the common law. As this Court observed in *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107, at p. 1120, in the matter of a municipality's contractual relations with individuals, the question is resolved by statute, since s. 28(1)(3) of

La norme de conduite applicable à tous ceux qui habitent au Québec est énoncée aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* Au Québec, le droit commun, c'est-à-dire le droit applicable, est le droit civil. Je conclus que bien que la règle de *common law* selon laquelle les corporations municipales sont assujetties au droit privé dans l'exercice pratique de leurs pouvoirs s'applique au Québec, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les règles de *common law* relatives à l'existence d'une obligation de diligence. Au Québec, la question de savoir si, dans les circonstances d'une affaire, une municipalité a violé la norme de conduite qui lui est imposée doit être déterminée en fonction du «droit commun» du Québec, énoncé aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* Ce principe a été presque unanimement reconnu par les tribunaux du Québec qui, lorsqu'ils concluent qu'une municipalité peut être tenue responsable du préjudice qu'elle a causé à un particulier, déterminent la nature et l'étendue de cette responsabilité selon les dispositions du *Code civil*.

J'estime utile, en guise de conclusion, de rattacher les principes que je viens d'analyser au texte de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, que je cite à nouveau:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

L'article 356 *C.c.B.-C.* prévoit qu'en principe les corporations politiques comme les corporations municipales sont régies par le droit public. Le droit civil ne s'y applique qu'exceptionnellement. Le droit public du Québec a deux sources, le droit écrit et la *common law*. Le sens des mots «à certains égards» à l'art. 356 *C.c.B.-C.* pose donc un problème qu'il faut résoudre soit à l'aide d'une disposition légale ou de la *common law*. Comme cette Cour l'a souligné dans l'arrêt *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107, à la p. 1120, qui traite des relations contractuelles d'une municipalité avec des particuliers, la question est

the *Cities and Towns Act* confers upon a municipality the power to "contract, transact, bind and oblige itself and others to itself, within its powers." In the matter of a municipality's delictual and quasi-delictual relations with individuals, no express statutory provision is made. Here the second source of public law, the "public" common law as it exists at present, must determine the respects in which a municipal corporation falls within the control of the civil law in its relations with individuals. Under this common law, a municipal corporation which acts within the operational sphere of its discretionary powers is subject to private law standards of conduct. In Quebec, the private law standards of conduct are those enunciated in the *Civil Code*, and particularly in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

The symmetry between the policy/operational rule drawn from the "public" common law and the collective relations/individual relations opposition established by art. 356 *C.C.L.C.* is no accident. When a municipal corporation exercises its discretionary powers to address political exigencies, it must make a judgment as to the interest of the community as a whole and is responsible to the community as a whole through the ballot box. However, once a municipality moves into the operational sphere of its powers, its negligent acts are susceptible of causing a distinct harm to an individual member of society, and it is responsible to that individual before the courts.

The application of the principles I have outlined above to the facts of the case at bar reveals that the responsibility of the city of Beauport for the damage caused to the appellants falls to be determined by arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

The by-laws of the city of Beauport indicate that the city has exercised the discretionary powers conferred upon it by s. 412(22), (41), (42), and (44) and s. 423 of the *Cities and Towns Act* to establish a fire-fighting service and waterworks. Because of the view I take of art. 356 *C.C.L.C.* and the law applicable to the city of Beauport, I do not find it necessary to decide the question of what

réglée par la loi puisqu'en vertu du par. 28(1)(3) de la *Loi sur les cités et villes* une municipalité peut «contracter, transiger, s'obliger et obliger les autres envers elle dans les limites de ses attributions». Aucune disposition légale ne vise explicitement les relations délictuelles et quasi délictuelles d'une municipalité avec des particuliers. Ici, la seconde source de droit public, la *common law* «publique» qui existe actuellement, doit déterminer à quels égards une corporation municipale relève du droit civil dans ses relations avec les particuliers. Selon la *common law*, une corporation municipale est assujettie, dans l'exercice pratique de ses pouvoirs discrétionnaires, aux normes de conduite du droit privé. Au Québec, les normes de conduite du droit privé sont énoncées dans le *Code civil* et plus particulièrement aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

La symétrie entre la règle politique/exécution tirée de la *common law* «publique» et l'opposition entre les rapports collectifs et les rapports individuels établie par l'art. 356 *C.c.B.-C.* n'est pas accidentelle. Lorsqu'une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l'intérêt de l'ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l'ensemble de la collectivité passe par la boîte de scrutin. Cependant, dès lors que la municipalité passe à l'exercice pratique de ses pouvoirs, son incurie est susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société, envers qui elle est responsable devant les tribunaux.

L'application des principes que je viens d'énoncer aux faits de l'espèce révèle que la responsabilité de la ville de Beauport pour le préjudice causé aux appelants doit être déterminée en vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

Les règlements municipaux de la ville de Beauport indiquent que la ville a exercé les pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés par les par. 412(22), (41), (42) et (44) et l'art. 423 de la *Loi sur les cités et villes*, pour établir un service de lutte contre les incendies et un service d'aqueduc. Étant donné mon interprétation de l'art. 356 *C.c.B.-C.* et du droit applicable à la ville de Beau-

obligations or duties, if any, the municipality's by-laws impose upon it.

As my colleague indicates in her reasons, there is no statutory provision either exonerating the city of Beauport from, or subjecting the city of Beauport to, liability for damage caused by its acts pursuant to its discretionary powers. The resolution of the question of whether arts. 1053 *et seq.* *C.C.L.C.* apply to determine the city of Beauport's responsibility must therefore begin in the "public" common law. The first step in the analysis set out in the *Anns* and *City of Kamloops* decisions, *supra*, is to determine whether the acts or omissions alleged to have caused damage fall within the sphere of policy or within the operational sphere of the municipality's activities. The acts and omissions in question here fall into two categories: the failure to keep the fire hydrants clear and functioning and the acts and omissions of the municipality's firefighters. I will consider each in turn.

The testimony of Armand Grenier, a superintendent of the city of Beauport whose duties included ensuring that the fire hydrants were inspected, maintained and cleared, shows that no real policy decision was ever taken with respect to the inspection and repair of the fire hydrants. As a matter of practice, all hydrants would be inspected during the summer to ensure that they were functional, but no records were kept of those inspections. In winter, again as a matter of practice, all fire hydrants would be cleared after each snowfall, but again, no records were kept of these activities. There is no doubt that the municipality could have, as a matter of policy, established some scheme of inspection and repair. However, failure to make such a policy decision does not allow the municipality to escape the application of the private law. Wilson J. wrote for the majority in *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, at p. 24, that:

> In my view, inaction for no reason or inaction for an improper reason cannot be a policy decision taken in the *bona fide* exercise of discretion.

port, je n'estime pas nécessaire de déterminer quels sont les devoirs et les obligations, s'il en est, que les règlements municipaux lui imposent.

Comme ma collègue l'indique dans ses motifs, il n'existe aucune disposition légale qui rende la ville de Beauport responsable, ou non responsable, du préjudice résultant des actes qu'elle a accomplis conformément à ses pouvoirs discrétionnaires. Il faut donc chercher tout d'abord dans la *common law* «publique» la réponse à la question de savoir si les art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* s'appliquent pour déterminer la responsabilité de la ville de Beauport. La première étape de l'analyse que l'on trouve dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités, consiste à établir si les actes ou les omissions qui auraient causé un préjudice sont imputables aux politiques de la municipalité ou à leur mise en pratique. Les actes et les omissions dont il est question en l'espèce relèvent de deux catégories: le défaut d'assurer le déblaiement des bornes-fontaines et leur bon fonctionnement, et les actes et omissions des pompiers de la municipalité. Je vais les étudier à tour de rôle.

La déposition d'Armand Grenier, un surintendant de la ville de Beauport qui a la responsabilité notamment de veiller à ce que les bornes-fontaines soient inspectées, entretenues et déblayées, montre qu'aucune décision politique réelle n'a jamais été prise à l'égard de l'inspection et de la réparation des bornes-fontaines. C'était la pratique d'inspecter toutes les bornes-fontaines durant l'été pour s'assurer de leur bon fonctionnement, mais aucun écrit ne constatait ces inspections. En hiver, toujours suivant la pratique, toutes les bornes-fontaines étaient déblayées après chaque averse de neige, mais là encore, aucun écrit ne constatait ces activités. Il ne fait aucun doute que la municipalité aurait pu, en principe, établir un programme d'inspection et de réparation. Cependant, l'omission de prendre une telle décision politique ne permet pas à la municipalité d'échapper à l'application du droit privé. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité, affirme à la p. 24:

> À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.

Therefore, in the absence of a policy decision to which the omission alleged to have caused damage can be attributed, the inspection and repair of the fire hydrants must be taken to be in the operational sphere, since they are the practical execution of the municipality's policy decision to establish the water system and to allocate personnel and money to the maintenance of the system. Private law standards therefore apply to the municipality's conduct.

The characterization of the acts and omissions of the city of Beauport's firefighters poses no difficulties: they are clearly operational in nature. Doubtless there exists a discretion in the execution of the firefighters' operational activities. But this discretion exists in the operational rather than the policy sphere, and the exercise of this discretion is itself an operational decision. Here too, private law standards apply.

I, like my colleague, accept the trial judge's finding that the city of Beauport was at fault under arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

English version of the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The essential question in this appeal is the liability of municipal corporations in Quebec for their firefighting services.

In the case at bar a huge hotel complex located in the city of Beauport in Quebec, through the negligence of a client who was smoking, went up in flames on the night of February 24-25, 1972. The owners of the building and its contents sued both the person who had set the fire, Gérard Tremblay, and the city of Beauport. They alleged fault by the latter in fighting the fire, namely that the city's equipment, including the fire hydrants and the waterworks, had not been maintained and did not function properly, resulting in a shortage of water. They also alleged fault by its employees in the performance of their duties, especially the fire chief.

Ainsi donc, en l'absence d'une décision politique à laquelle pourrait être attribuée l'omission qui aurait causé un préjudice, l'inspection et la réparation des bornes-fontaines doivent être considérées comme relevant du domaine opérationnel, puisqu'elles représentent la mise à exécution pratique de la décision politique de la municipalité d'établir un système d'aqueduc et d'affecter personnel et deniers à l'entretien du système. Les normes du droit privé s'appliquent donc à la conduite de la municipalité.

La qualification des actes et des omissions des pompiers de la ville de Beauport ne pose aucune difficulté: ils sont clairement de nature opérationnelle. Il ne fait pas de doute qu'il existe un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des activités des pompiers. Mais ce pouvoir discrétionnaire existe dans le domaine opérationnel plutôt que dans celui des politiques et l'exercice de ce pouvoir est en soi une décision qui relève du domaine opérationnel. Ici aussi, s'appliquent les normes du droit privé.

Tout comme ma collègue, j'accepte la conclusion du juge de première instance que la ville de Beauport a commis une faute en vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi pose essentiellement le problème de la responsabilité des corporations municipales au Québec en matière de lutte contre les incendies.

En l'espèce, un vaste complexe hôtelier, situé dans la ville de Beauport, au Québec, a été, par la négligence d'un client fumeur, la proie des flammes dans la nuit du 24 au 25 février 1972. Les propriétaires de l'immeuble et de son contenu ont poursuivi tant l'auteur de l'incendie, Gérard Tremblay, que la ville de Beauport, alléguant contre cette dernière des fautes dans la lutte contre cet incendie, soit le défaut d'entretien et le mauvais fonctionnement de son équipement, entre autres des bornes-fontaines et de l'aqueduc, entraînant pénurie d'eau, ainsi que des fautes de ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions, en particulier de son chef des pompiers.

The Superior Court (1980), 9 M.P.L.R. 184, allowed the action and found Gérard Tremblay liable for part of the damage, estimated at $54,123.48. It ordered the city of Beauport to compensate for the remainder of the damage, a total of $2,542,732.83.

The Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 981, hearing only an appeal by the city of Beauport, found it was not liable and so allowed the appeal and dismissed the action: hence the appeal at bar.

The parties chose to focus the debate on the following points, which I will deal with in the same order:

- the applicable law in Quebec: is it Quebec civil law, as the appellants argued, or English public law, as suggested by the respondent city?—in either system, what legal consequences does the exercise by a public corporation of its discretionary power have for its delictual liability?

- fault;

- the causal link;

- the quantum of damages.

I. The Law

A) *Preliminary Observations*

Article 356 of the *C.C.L.C.* is the key to the debate:

356. Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

Civil corporations constituting, by the fact of their incorporation, ideal or artificial persons, are as such governed by the laws affecting individuals; saving the privileges they enjoy and the disabilities they are subjected to.

There are two opposing interpretations of this provision and the debate has recently assumed the appearance of a controversy following the judgments at trial and in the Court of Appeal in the present case. (For the first interpretation, see Archambault, "La responsabilité délictuelle

La Cour supérieure (1980), 9 M.P.L.R. 184 a fait droit à l'action et a conclu à la responsabilité de Gérard Tremblay pour une partie des dommages, évalués à 54 123,48 $. Elle a, en outre, condamné la ville de Beauport a en supporter l'excédent pour un total de 2 542 732,83 $.

La Cour d'appel, [1986] R.J.Q. 981, saisie du seul appel de la ville de Beauport, a conclu à sa non-responsabilité et a, en conséquence, accueilli le pourvoi et rejeté l'action; d'où le présent appel.

Les parties ont choisi de faire porter le débat sur les points suivants dont je traiterai dans le même ordre:

- le droit applicable au Québec: s'agit-il du droit civil québécois, comme le soutiennent les appelants, ou du droit public anglais, thèse de la Ville intimée? Dans l'un ou l'autre système, quelles conséquences juridiques découlent de l'exercice par une corporation publique de son pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à sa responsabilité délictuelle?

- les fautes;

- le lien de causalité;

- le quantum des dommages.

I. Le droit

A) *Préliminaires*

L'article 356 *C.c.B.-C.* est au cœur du débat:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

Deux thèses s'affrontent sur l'interprétation de cette disposition et le débat a pris récemment allure de polémique précisément à la suite des jugements de première instance et de la Cour d'appel dans l'affaire dont nous sommes saisis. (Pour la première thèse, voir: Archambault, «La

municipale: fondement et application au combat des incendies" (1981), 41 *R. du B.* 3; Archambault, "La responsabilité municipale dans le combat des incendies—*Malette* c. *Portage du Fort*" (1984), 15 *R.G.D.* 107; Archambault, "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale" (1985), 16 *R.G.D.* 101. *Contra*, see: L'Heureux, "Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec" (1985), 16 *R.G.D.* 131; L'Heureux, "La responsabilité extra-contractuelle des municipalités: un point de vue différent sur l'arrêt Ville de Beauport c. Laurentide Motels" (1987), 47 *R. du B.* 160; McNicoll, "La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies" (1983), 24 *C. de D.* 379; McNicoll, "La réparation: une question de contrôle judiciaire" (1986), 32 *McGill L.J.* 187; Garant, "Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique" (1986), 46 *R. du B.* 260.)

The supporters of one interpretation, including the respondent and, in particular, Nichols J.A., argue essentially that in the exercise of a discretionary power, unless an obligation is imposed on the municipality by statute, which is not the situation here, or the municipality has itself undertaken such an obligation, which they contend is not the case here, the municipality cannot be sued for damages beyond those which may have resulted from the absence of a public service. This, they argue, is an application of the rules of public law as stipulated by art. 356 *C.C.L.C.*, and they cite academic opinion and case law in support. (Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at pp. 45, 49, 60-61, 65 and 68; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740 (N.B.S.C. App. Div.); *Stevens-Willson v. City of Chatham*, [1934] S.C.R. 353; *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.), at pp. 87-88 and 102.)

The proponents of the other view, which include the appellants and the Superior Court, maintain that if there is no legislation imposing a duty or obligation on it, or granting it immunity, a municipal corporation that chooses by way of by-law to undertake to perform an act, even a discretionary one, commits a fault giving rise to liability under

responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies» (1981), 41 *R. du B.* 3; Archambault, «La responsabilité municipale dans le combat des incendies—*Malette* c. *Portage du Fort*» (1984), 15 *R.G.D.* 107; Archambault, «Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale» (1985), 16 *R.G.D.* 101. *Contra*, voir: L'Heureux, «Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec» (1985), 16 *R.G.D.* 131; L'Heureux, «La responsabilité extra-contractuelle des municipalités: un point de vue différent sur l'arrêt Ville de Beauport c. Laurentide Motels» (1987), 47 *R. du B.* 160; McNicoll, «La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies» (1983), 24 *C. de D.* 379; McNicoll, «La réparation: une question de contrôle judiciaire» (1986), 32 *R.D. McGill* 187; Garant, «Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique» (1986), 46 *R. du B.* 260.)

Les partisans de l'une, que soutient l'intimée de concert plus particulièrement avec le juge Nichols de la Cour d'appel, affirment essentiellement que, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, à moins d'obligation législative imposée à la municipalité, ici non existante, ou que la municipalité se serait elle-même imposée, ce qui ne serait pas le cas, celle-ci ne saurait être recherchée en dommages-intérêts au-delà de ceux qui auraient résulté de l'absence de service public. C'est là, selon eux, appliquer les principes de droit public tel que le prescrit l'art. 356 *C.c.B.-C.* et ils citent à l'appui doctrine et jurisprudence. (Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, aux pp. 45, 49, 60, 61, 65 et 68; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740 (C.S.N.-B. Div. app.); *Stevens-Willson v. City of Chatham*, [1934] R.C.S. 353; *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.), aux pp. 87, 88 et 102.)

Pour les autres, dont les appelants et la Cour supérieure, en l'absence d'une disposition statutaire lui imposant un devoir ou une obligation ou lui conférant une immunité, une corporation municipale qui choisit, par règlement, de s'obliger à poser un acte, même discrétionnaire, commet une faute susceptible d'engendrer sa responsabilité

Quebec civil law if it does not fulfil its obligation or acts negligently in doing so, according to their interpretation of art. 356 *C.C.L.C.* They too call in aid a range of case law and academic opinion. (L'Heureux, McNicoll and Garant, loc. cit.; *Chevalier v. Corporation de la Cité de Trois-Rivières* (1913), 20 R. de J. 100 (C. rév.); *Magasin Continental (Québec) Ltée v. Rhéaume*, C.A. Québec, No. 8797, August 30, 1973, at p. 19; *Larivière v. Cité de Montréal* (1941), 47 R.L. 505 (Sup. Ct.); *Cité de Pont-Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1979] C.A. 77, at p. 84; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Corporation of Montreal v. Doolan* (1871), 18 L.C.J. 124 (C.A.))

The power/duty versus policy/implementation dichotomy is central to the debate, as are the sources and origins of art. 356 *C.C.L.C.* and the extent to which English public law applies in the case at bar.

Municipal corporations derive the powers delegated to them from the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193 (now R.S.Q. 1977, c. C-19), and their actions beyond those limits will be invalid (*Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 K.B. 83, opinion of Tellier J., at pp. 90-91; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, at p. 228; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426 (H.L.), at p. 430). Some provisions of this Act are peremptory, others discretionary. The provisions dealing with firefighting fall into the latter class: they do not impose any obligation on municipal corporations to acquire a firefighting service, but give them the power to do so. For our purposes these provisions are contained essentially in certain paragraphs of ss. 426 and 433 (as numbered in 1972, but in the 1977 revision numbered 412 and 423 respectively. Like the Court of Appeal I will use that last numbering here), which, apart from certain minor changes which are not relevant here, read now as they did then:

selon le droit civil québécois si elle ne remplit pas son obligation ou si elle fait preuve de négligence à cet égard, selon leur interprétation de l'art. 356 *C.c.B.-C.* Ils s'appuient aussi sur une nombreuse jurisprudence et doctrine. (L'Heureux, McNicoll, et Garant, *loc. cit.*; *Chevalier c. Corporation de la Cité de Trois-Rivières* (1913), 20 R. de J. 100 (C. rév.); *Magasin Continental (Québec) Ltée c. Rhéaume*, C.A. Québec, nº 8797, 30 août 1973, à la p. 19; *Larivière c. Cité de Montréal* (1941), 47 R.L. 505 (C.S.); *Cité de Pont-Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1979] C.A. 77, à la p. 84; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Corporation of Montreal v. Doolan* (1871), 18 L.C.J. 124 (C.A.))

La dichotomie pouvoir/devoir par opposition à politique/exécution est sous-jacente au débat comme le sont les sources et origines de l'art. 356 *C.c.B.-C.* et la mesure d'application du droit public à l'espèce.

C'est de la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, chap. 193 (devenue la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, chap. C-19) que les corporations municipales tirent les pouvoirs qui leur sont délégués et qu'elles ne sauraient excéder sous peine d'invalidité (*Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 B.R. 83, opinion du juge Tellier, aux pp. 90 et 91); *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222, à la p. 228; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426 (H.L.), à la p. 430). Certaines dispositions de cette loi sont impératives, d'autres facultatives. Les dispositions relatives à la lutte contre les incendies participent de cette dernière catégorie: elles n'imposent aux corporations municipales aucune obligation de se doter d'un service pour la lutte contre les incendies, elles leur en confèrent cependant le pouvoir. Ces dispositions se retrouvent, en ce qui nous concerne, essentiellement à certains paragraphes de l'art. 426 et à l'art. 433 (tels que numérotés en 1972 mais numérotés respectivement 412 et 423 aux Lois refondues de 1977, numérotation que j'utilise ici à l'instar de la Cour d'appel), qui se lisent aujourd'hui comme alors, sauf pour quelques changements mineurs sans importance en l'espèce:

412. The council may make by-laws:

. . .

(22) To protect the lives and property of the inhabitants and to prevent accidents by fire;

. . .

(41) To organize, maintain and regulate a fire department and fire-brigade, and to equip and maintain the same with all necessary appliances by purchase or lease; to provide for the construction of fire stations; to appoint all officers and employees necessary for the extinction and suppression of fires, the protection of property from fire, and the prevention of accidents by fire; to provide for the punishment of any person who may interfere with any member of the fire-brigade in the performance of his duty, or refuse to obey the lawful orders of the chief or deputy-chief of the fire-brigade, or who may tamper with or obstruct any of the signal boxes, wires or apparatus of the fire-alarm department, or give a false alarm;

(42) To authorize the demolition of buildings, houses and fences, when deemed necessary to arrest the progress of fire; and to empower the mayor, the chief of the fire-brigade or other officers or employees of the municipality to exercise this power. If there be no by-law, the mayor may, during a fire, exercise this power by giving special authority;

. . .

(44) To authorize the mayor, under such provisions as the council may enact, to send fire-engines, men and apparatus to any outside municipality that may be endangered by fire; provided however that such municipality shall be held responsible for all expenditure or damage which may be incurred in connection therewith;

. . .

423. The council may make by-laws to provide for the establishment or acquiring, maintenance, management and regulation of waterworks, public wells, cisterns or reservoirs, to supply water to the municipality, and to instal hydrants, fountains, public drinking places and apparatus for filtering and purifying water.

Section 452 (now 442) of this Act was relied on by the city of Beauport as a ground of defence, and this ground was accepted by two of the three judges of the Court of Appeal:

442. The municipality shall not be bound to warrant the quantity of water to be supplied; and no person may refuse, on account of the insufficiency of the water

412. Le conseil peut faire des règlements:

. . .

22. Pour protéger la vie et les propriétés des habitants, et pour prévenir les dangers du feu;

. . .

41° Pour organiser, maintenir et réglementer un département des incendies et une brigade de pompiers et pour les pourvoir de tous les appareils nécessaires, par achat ou louage; pour pourvoir à la construction de postes de pompiers; pour nommer tous les fonctionnaires et employés nécessaires pour éteindre et supprimer les incendies, protéger la propriété contre le feu, et prévenir les accidents par le feu; pour pourvoir à la punition de toute personne qui gêne quelqu'un des membres de la brigade des pompiers dans l'exercice de ses devoirs, ou qui refuse d'obéir aux ordres légaux du chef ou du chef suppléant de la brigade des pompiers, ou qui dérange ou obstrue quelqu'une des boîtes à signaux, ou quelqu'un des fils ou appareils du département des alarmes à incendie, ou qui donne une fausse alarme;

42° Pour autoriser la démolition de tous bâtiments, maisons et clôtures, lorsque la chose est jugée nécessaire pour arrêter le progrès d'un incendie, et pour autoriser le maire, le chef de la brigade des pompiers ou d'autres fonctionnaires ou employés de la municipalité à exercer ce pouvoir. En l'absence de règlement, le maire peut, dans le cours d'un incendie, exercer ce pouvoir, en donnant une autorisation spéciale;

. . .

44° Pour autoriser le maire, en vertu des dispositions que le conseil édicte, à envoyer des pompes à incendie, des pompiers et des appareils au secours de toute municipalité étrangère, qui est mise en danger par le feu, à la condition toutefois que telle municipalité soit responsable des dépenses ou des dommages en résultant;

. . .

423. Le conseil peut faire des règlements pour pourvoir à l'établissement ou à l'acquisition, à l'entretien, à l'administration et à la réglementation d'aqueducs, de puits publics, citernes ou réservoirs, pour fournir de l'eau à la municipalité, pour installer des bornes-fontaines, des fontaines et des abreuvoirs publics et des appareils pour la filtration et la purification de l'eau.

L'article 452 (aujourd'hui 442) de cette même loi a été invoqué par la ville de Beauport comme moyen de défense, moyen retenu par deux des trois juges de la Cour d'appel:

442. La municipalité n'est pas tenue de garantir la quantité d'eau qui doit être fournie; et nul ne peut refuser, à raison de l'insuffisance de l'eau, de payer la

supply, to pay the annual special tax and the compensation for the use of the water.

In the case of the exercise of a discretionary power by a municipal corporation, case law and doctrine have consistently stated that failure to exercise this power does not render the municipal corporation liable (*Authier v. Corporation de la Ville de l'Assomption* (1903), 9 R. de J. 374 (Sup. Ct.), at p. 380; *Lefebvre v. Town of Grand-Mère* (1917), 55 S.C.R. 121, at p. 132; *City of Montreal v. Mulcair* (1898), 28 S.C.R. 458; *Napper v. Cité de Sherbrooke*, [1968] S.C.R. 716, at p. 726; *Peltier v. Corporation of the Village of Gatineau Pointe* (1937), 76 C.S. 180, at p. 181; McNicoll, loc. cit., 24 *C. de D.*, at pp. 404-7; L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at pp. 142-46; Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at pp. 50-51; *City of Kamloops* and *Anns*, *supra*). The exercise of this power depends on the wishes or the political constraints of a municipal corporation, whose decision is affected by various factors such as the extent of its territory, its population, its financial resources, pressure from its electorate and so on. The municipal corporation will answer only to its electorate for its political decision on whether to introduce such a service. In this regard a municipality, which is a public body, is governed by public law as indicated in art. 356 *C.C.L.C.* (L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at pp. 141-42; *Brousseau v. Cité de Québec* (1912), 42 C.S. 91 (C. rév.), at p. 93; *Roy v. Cité de Montréal* (1892), 2 C.S. 305, at p. 306; *Wilshire v. Corporation du village de St-Louis du Mile-End* (1899), 8 Q.B. 479, at p. 486; *Authier*, *supra*; *Quesnel v. Emard* (1912), 8 D.L.R. 537 (C. rév.), at p. 541; Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at pp. 50-51).

When the municipality elects to acquire a fire-fighting service, its act also has political ramifications, and here again it will not be liable for exercising this choice in the manner in which it decides to do so. For example, a municipal corporation may decide to acquire a single fire engine, to hire only one firefighter, not to maintain its equipment, not to instal hydrants and so on depending on a number of factors which it alone is in a position to assess and for which it will be

taxe spéciale annuelle et la compensation pour l'usage de l'eau.

Lorsqu'il s'agit de l'exercice par une corporation municipale d'un pouvoir discrétionnaire, il est de doctrine et de jurisprudence constantes que le défaut d'exercer ce pouvoir n'engage pas la responsabilité de la corporation municipale (*Authier c. Corporation de la Ville de l'Assomption* (1903), 9 R. de J. 374 (C.S.), à la p. 380; *Lefebvre v. Town of Grand-Mère* (1917), 55 R.C.S. 121, à la p. 132; *City of Montreal v. Mulcair* (1898), 28 R.C.S. 458; *Napper v. Cité de Sherbrooke*, [1968] R.C.S. 716, à la p. 726; *Peltier c. Corporation of the Village of Gatineau Pointe* (1937), 76 C.S. 180, à la p. 181; McNicoll, *loc. cit.*, 24 *C. de D.*, aux pp. 404 à 407; L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, aux pp. 142 à 146; Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, aux pp. 50 et 51; *Ville de Kamloops* et *Anns*, précités). L'exercice de ce pouvoir relève de la volonté ou de l'opportunité politique d'une corporation municipale dont la décision est fonction de divers facteurs, tels l'étendue de son territoire, sa population, ses ressources financières, les pressions de son électorat, etc. La corporation municipale ne répondra de sa décision politique d'instaurer ou non un tel service qu'envers son électorat. Sous cet aspect, ce corps public qu'est une municipalité est régi par le droit public comme l'exprime d'ailleurs l'art. 356 *C.c.B.-C.* (L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, aux pp. 141 et 142; *Brousseau c. Cité de Québec* (1912), 42 C.S. 91 (C. rév.), à la p. 93; *Roy c. Cité de Montréal* (1892), 2 C.S. 305, à la p. 306; *Wilshire c. Corporation du village de St-Louis du Mile-End* (1899), 8 B.R. 479, à la p. 486; *Authier*, précité; *Quesnel v. Emard* (1912), 8 D.L.R. 537 (C. rév.), à la p. 541; Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, aux pp. 50 et 51).

Lorsque la municipalité choisit de se doter d'un service pour la lutte contre les incendies, elle pose aussi un geste d'opportunité politique et, encore là, elle n'engagera pas sa responsabilité pour avoir exercé ce choix de la façon dont elle aura décidé de ce faire. À titre d'exemple, une corporation municipale pourra décider de se munir d'une seule pompe à incendie, de n'engager qu'un seul pompier, de ne pas entretenir son équipement, de ne pas installer de bornes-fontaines, etc. en fonction

answerable to its electorate. It cannot be held liable for the inadequacy of the firefighting measures it thus chooses to take. (L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at pp. 148-49; McNicoll, loc. cit., 24 *C. de D.*, at pp. 405-7; *Fournier v. Cité de Lachine* (1926), 66 C.S. 109, at p. 111; *Quesnel*, *supra*, at p. 541; *Lanouette-Perreault v. Corporation municipale de St-Théodore de Chertsey*, Sup. Ct. Joliette, No. 705-05-000840-75, January 30, 1979, at p. 8; *Brousseau*, *supra*, at p. 93.) If, for example, the municipality was unable to respond to two fires which occurred simultaneously, it would not be liable (*Harris v. Marter* (1874), 15 N.B.R. 165 (S.C. App. Div.), at pp. 172-74, cited by Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at p. 51). Here again the municipality is governed by public law (L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at pp. 142-43; *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Marcoux v. Ville de Plessisville*, [1973] R.P. 385 (C.A.)) Where there is a statutory obligation to act, the municipality will be liable (*Joseph Investment Corp. v. Cité d'Outremont*, [1973] S.C.R. 708, opinion of Pigeon J., at p. 712), just as non-liability will be the rule where there is a statutory immunity (Archambault, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at p. 116).

These principles of public law are not the subject of any academic or judicial dispute and are not at issue here. However, I feel it is essential to state these premises in order to put the matter in its proper context and avoid any ambiguity, particularly in view of the confusion that appears to reign in some of the decided cases and doctrine.

The question before the Court arises at quite a different level. At issue here are the legal consequences of the discretionary political decision of a municipal corporation to establish a firefighting service by way of by-law. The issue arises in this grey area of "statutory silence" or the absence of any statutory obligation or immunity. Specifically

de certains facteurs qu'elle est seule en mesure d'apprécier et dont elle répondra envers son électorat. L'insuffisance de mesures qu'elle a ainsi choisi de prendre pour la lutte contre les incendies ne saurait lui être reprochée. (L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, aux pp. 148 et 149; McNicoll, *loc. cit.*, 24 *C. de D.*, aux pp. 405 à 407; *Fournier c. Cité de Lachine* (1926), 66 C.S. 109, à la p. 111; *Quesnel*, précité, à la p. 541; *Lanouette-Perreault c. Corporation municipale de St-Théodore de Chertsey*, C.S. Joliette, nº 705-05-000840-75, le 30 janvier 1979, à la p. 8; *Brousseau*, précité, à la p. 93.) Si, par exemple, la municipalité n'était pas de ce fait en mesure de répondre à deux incendies qui se déclareraient en même temps, sa responsabilité n'en sera pas pour autant engagée. (*Harris v. Marter* (1874), 15 N.B.R. 165 (C.S. Div. app.), aux pp. 172 à 174, citée par Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, à la p. 51). À cet égard, encore là, la municipalité est régie par le droit public (L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, aux pp. 142 et 143; *Welbridge Holdings Ltd c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Marcoux c. Ville de Plessisville*, [1973] R.P. 385 (C.A.)) Par ailleurs, en présence d'une obligation légale d'agir, la municipalité engagera sa responsabilité (*Joseph Investment Corp. c. Cité d'Outremont*, [1973] R.C.S. 708, opinion du juge Pigeon, à la p. 712) comme la non-responsabilité sera la règle en présence d'une immunité de source législative (Archambault, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, à la p. 116).

Ces principes de droit public ne font l'objet d'aucune controverse doctrinale ou jurisprudentielle et ne sont pas ici en débat. Il m'apparaissait toutefois essentiel de poser ces prémisses pour situer le litige dans son véritable contexte et éviter toute ambiguïté vu, en particulier, la confusion qui semble régner dans un certain courant de jurisprudence et de doctrine.

La question qui nous est soumise se situe à un tout autre niveau. Sont ici en débat les conséquences juridiques de la décision politique discrétionnaire d'une corporation municipale de se doter par règlement d'un service de lutte contre les incendies. C'est dans cette zone grise du «silence statutaire» ou de l'absence d'obligation et d'immunité

it concerns a firefighting service as established by the municipal corporation in the exercise of its discretionary power to decide the quality and extent of such a service, a matter which is solely for the corporation to decide and subject to the requirements of public law.

B) *Judgments*

1. Superior Court

Roberge J. first concluded that the person who set the fire, Gérard Tremblay, was liable for part of the damage suffered by the appellants. Tremblay did not file an appeal and so far as he is concerned the matter is now *res judicata*. The liability of the city of Beauport for the remainder of the damage, on the question of law before the Court at this stage, was considered by the trial judge in light of the by-law adopted by the city to create a fire department. He asked himself the following question (at p. 193):

[TRANSLATION] Because it exercised this power, can we say that Beauport can be held liable when there is a fire?

He answered this question as follows (at pp. 193-94):

[TRANSLATION] The courts have always given a categorically negative answer to this question, but happily a reversal of this trend is now well under way; the Court does not intend to review these old cases; it will confine itself to certain cases that take the new approach.

The shift would appear to have been made by the Court of Appeal in Magasin Continental (Québec) Ltée v. Rhéaume et Ville de Québec (Q.C.A. 8797 et al., August 30, 1973, unreported).

After discussing this case, and in particular the *obiter dictum* of Brossard J.A., the trial judge cited the judgment in *Lanouette-Perreault* and the case of *Cité de Pont-Viau*, *supra*, including in particular the following passage from the opinion of Lamer J.A., as he then was (at p. 84):

[TRANSLATION] Bearing in mind the reservations I have just made, when the chief and his firefighters responded to the alarm and took charge of the situation, at that point if not before, they assumed on the city's behalf, an obligation to carry out their functions *en bon père de*

législatives que se situe le litige. Je précise qu'il s'agit du service de lutte contre les incendies tel qu'il a été instauré par la corporation municipale dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'en délimiter la qualité et l'étendue, exercice qui est de son seul ressort et soumis au régime de droit public.

B) *Les jugements*

1. Cour supérieure

Le juge Gabriel Roberge a conclu en premier lieu à la responsabilité de l'auteur de l'incendie, Gérard Tremblay, pour une partie des dommages subis par les appelants. Tremblay n'a pas fait appel et l'affaire a maintenant force de chose jugée quant à lui. La responsabilité de la ville de Beauport pour l'excédent, sur la question de droit qui nous concerne à ce stade, a été examinée par le premier juge à partir du règlement adopté par la ville établissant le département des incendies. Il s'est posé la question suivante (à la p. 193):

Parce qu'elle a exercé ce pouvoir, peut-on dire que Beauport peut être tenue responsable lors d'un sinistre?

Il y a répondu en ces termes (aux pp. 193 et 194):

Selon l'ancienne jurisprudence, la réponse à cette question était catégoriquement négative; mais, heureusement, il y a un renversement de jurisprudence actuellement très bien amorcé; le Tribunal n'a pas l'intention de faire une revue de cette ancienne jurisprudence; il s'en tiendra à quelques causes qui suivent la nouvelle tendance.

Il semble que le coup de barre ait été donné par la Cour d'Appel dans la cause de Magasin Continental (Québec) Ltée c. Rhéaume et Ville de Québec (C.A.Q. 8797 et als, 30 août 1973, non rapportée).

Après discussion de cet arrêt et en particulier de l'*obiter dictum* du juge Brossard, le premier juge cite le jugement *Lanouette-Perrèault* et l'arrêt *Cité de Pont-Viau*, précités, dont, en particulier, ce passage de l'opinion du juge Lamer, alors juge à la Cour d'appel (à la p. 84):

Lorsque, en regard des réserves que je viens de faire, le chef et ses pompiers répondirent à l'appel au feu et en prirent charge, ils assumaient dès lors, sinon avant, au nom de la Ville l'obligation de s'acquitter de leur tâche en bons pères de famille et la faute dans l'exécution de

famille and any fault in the performance of that obligation that might be alleged against them will make the city liable for the damage caused by such fault.

The trial judge then referred to the following passage from *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, where Dickson J., as he then was, said (at p. 1329):

When the defendant is a municipality, it is of no avail to it in law that it had no duty to pick up the garbage, s. 354(1)(76) of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, merely providing that it "may" do so. The law is replete with instances where a person has no duty to act, but where he is subject to certain duties if he does act.

Roberge J. concluded (at p. 196):

[TRANSLATION] This Court concludes, based chiefly on this Gauthier Mfg. case, that a municipal corporation which has a firefighting service may be held liable when certain types of fault, lack of care, negligence or recklessness, which are not simply errors of judgment, are proven against the corporation or its employees in the course of their duties.

2. Court of Appeal

Vallerand, Nichols and Chouinard JJ.A., who filed separate opinions, concurred in the result for different reasons and reversed the Superior Court judgment.

The Court of Appeal judgment held essentially that the establishment of a firefighting service by a municipal corporation, a matter within the exercise of a discretionary power, is governed by public law, which imposes no obligation to maintain such a service, in the absence of legislation or a by-law to that effect. Where the city of Beauport has undertaken no such obligation, as it submits is the case here, Vallerand and Nichols JJ.A. concluded there was no duty to act, and so no liability beyond the damage which the fire, left to itself, would have caused; in this they agree with the approach of Professor Archambault. Chouinard J.A. differed on this point: once a municipal corporation chose to exercise its discretion and to provide a firefighting service, [TRANSLATION] "it voluntarily created obligations for itself which it had to carry out so as not to cause damage to third parties by a lack of care, by the use of improper

cette obligation que l'on pourrait retenir contre eux engagera la responsabilité de la Ville pour les dommages qu'aura causés cette faute.

Le premier juge rappelle ensuite cet extrait de l'arrêt *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef) écrit (à la p. 1329):

Lorsque le défendeur est une municipalité, il ne lui est d'aucun secours en droit de n'avoir pas l'obligation d'enlever les ordures. En effet, l'al. 354(1)(76) de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284 dispose simplement que la municipalité «peut» le faire. Il est fréquent en droit qu'une personne n'ait aucune obligation d'agir, mais soit assujettie à certaines obligations si elle agit.

Le juge Roberge conclut (à la p. 196):

Ce Tribunal en vient à la conclusion, en se basant surtout sur cette cause de Gauthier Mfg., qu'une corporation municipale ayant un service de protection contre l'incendie, peut être tenue responsable, lorsqu'est prouvé contre elle ou contre ses employés dans l'exécution de leurs fonctions, certaines fautes, imprudences, négligences ou incuries, qui ne sont pas de simples erreurs de jugement.

2. Cour d'appel

Les juges Vallerand, Nichols et Chouinard, qui déposent des opinions séparées, s'entendent sur le résultat, mais pour des motifs différents et infirment le jugement de la Cour supérieure.

Le jugement de la Cour d'appel est essentiellement fondé sur la proposition que l'implantation par une corporation municipale d'un service de lutte contre les incendies, relevant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, est régie par le droit public lequel n'impose pas d'obligation d'entretien de ce service, en l'absence d'une disposition de la loi ou d'un règlement à cet effet. Faute par la ville de Beauport d'avoir assumé telle obligation, comme c'est le cas en l'espèce selon eux, les juges Vallerand et Nichols concluent à l'absence de devoir d'agir, d'où non-responsabilité au delà des dommages que l'incendie, laissé à lui-même, aurait occasionnés, rejoignant en cela la thèse du professeur Archambault. Le juge Chouinard est, sur ce point, d'avis contraire: dès que la corporation municipale a choisi d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'offrir un service de lutte contre les incendies, «elle s'est créée volontairement des obli-

methods by the city or its employees" (p. 1015). He would have applied the rules in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.* in assessing the fault, concurring in this respect with Vallerand J.A., who stated in general terms (at p. 1005):

[TRANSLATION] To determine ... "if he owes (a) duty to them" ... we must leave the civil law and move to public law.

In other words, the actions taken by public bodies in this area are a matter for public law, not the civil law.

. . .

Note, however, that once the public law problem has been resolved, we must return to the fold immediately without stopping to consider the legal effects on liability at common law or under the statutory law of other jurisdictions.

Vallerand and Chouinard JJ.A. both found, however, that s. 442 of the *Cities and Towns Act* was a bar to the appellants' action in the instant case. Nichols J.A. concluded, after a carefully documented analysis of the origins of art. 356 *C.C.L.C.* and the principles of public law, that [TRANSLATION] "the liability of municipalities arising out of the operation of fire and water services must be governed by public law" (p. 991), because he said water and fire services do not establish [TRANSLATION] "individual relations" with other members of society. He rejected the application of *Anns* and *City of Kamloops*, *supra*, to Quebec, as he considered that those cases applied the rules of English private law. In his opinion, [TRANSLATION] "private law is exclusively a matter for the provincial legislature in Quebec" (p. 1002) and since the codification [TRANSLATION] "neither Quebec private law nor English private law can be applied: the first because it contravenes art. 356 *C.C.L.C.* and the second because it is precluded by the Quebec Act" (p. 997). In any case, public law as it stood at the time of codification [TRANSLATION] "did not hold a municipality liable merely for inaction" (p. 1002), he added, a conclusion which he thought was in any event similar to that of Quebec civil law, in which [TRANSLATION] "omission, inaction, pas-

gations qu'elle devrait respecter de façon à ne pas causer de dommages, de ce fait à des tiers par un défaut de diligence, une façon d'agir fautive de sa part ou de celle de ses préposés» (p. 1015). Il opte pour l'application des critères des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* dans l'évaluation de la faute, rejoignant en cela le juge Vallerand qui pose en principe (à la p. 1005):

Il faut, aux fins de déterminer ... [TRADUCTION] «s'il y a (une) obligation à leur égard» ... quitter le droit civil et passer au droit public.

Bref les dispositions des corps publics en la matière relèvent du droit public et non pas du droit civil.

. . .

Mais attention! dès le problème de droit public résolu, il faut bien vite rentrer au bercail sans s'attarder aux effets juridiques sur la responsabilité que retiennent la *Common Law* ou le droit statutaire d'autres juridictions.

Les juges Vallerand et Chouinard partagent l'opinion, cependant, que l'art. 442 de la *Loi sur les cités et villes* fait obstacle au recours des appelants en l'espèce. Le juge Nichols, pour sa part, conclut que «la responsabilité des municipalités découlant de l'exploitation de services d'incendie et d'aqueduc doit être régie par le droit public» (p. 991) après une analyse très documentée de l'origine de l'art. 356 *C.c.B.-C.* et des principes de droit public, parce que, dit-il, les services d'aqueduc et d'incendie n'établissent pas de «rapports individuels» avec les autres membres de la société. Il rejette l'application, au Québec, des arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités, qu'il considère avoir appliqué les principes de droit privé d'Angleterre. Selon lui, «au Québec, le droit privé est du ressort exclusif de la législature provinciale» (p. 1002) et depuis la codification «ni le droit privé québécois, ni le droit privé d'Angleterre, ne peuvent avoir application; le premier parce qu'il contrevient à l'article 356 C.C. et le second parce qu'il est exclu par l'Acte de Québec» (p. 997). Par ailleurs, le droit public existant au moment de la codification «ne retenait pas la responsabilité d'une municipalité pour simple inaction de sa part» (p. 1002), ajoute-t-il, conclusion qu'il considère à tout événement similaire à celle du droit civil québécois où «l'omission, l'inaction, la passivité ou l'absten-

sivity or failure to act are only a fault to the extent that there is a duty to act" (p. 997).

None of the judges of the Court of Appeal accepted the trial judge's findings of fact on the causal faults, hence the dismissal of the appellants' action.

It can thus be seen that one of the fundamental differences in law between the Court of Appeal and the Superior Court, as well as between Nichols and Vallerand JJ.A. and Chouinard J.A., rests on the premise that by choosing to exercise its discretionary power and establish a firefighting service, in the absence of legislation imposing such a duty and responsibility on it, the city of Beauport did not, in the opinion of the former, assume the duty of maintaining that service and was therefore not liable for failing to maintain it. In the latter's opinion the duty of maintenance existed merely because the service had been established. This would result in liability in the event of causal fault, although in this case liability was excluded by the enabling legislation, according to the Court of Appeal.

C) *Public Law Respecting the Exercise of a Discretionary Power by a Public Body*

The *Quebec Act* of 1774 sealed the fate of the two major legal systems that would govern the law applicable in Quebec: French civil law as it stood before 1760 with its subsequent amendments in Quebec for everything relating to property and civil rights, and the common law as it stood in England at that time, and as subsequently amended, for what related to public law. Section VIII stated:

> ... and that in all Matters of Controversy relative to Property and Civil Rights, Resort shall be had to the Laws of Canada, as the Rule for the Decision of the same ... until they shall be varied or altered by any Ordinances that shall, from Time to Time, be passed in the said Province ....

Section 92(13) of the *Constitution Act, 1867* incorporates this rule:

tion d'agir ne constituent une faute que dans la mesure où l'on a le devoir d'agir» (p. 997).

Aucun des juges de la Cour d'appel ne retient les conclusions de fait du premier juge quant aux fautes causales d'où le rejet de l'action des appelants.

Bref, l'on voit que l'une des divergences fondamentales en droit entre la Cour d'appel et la Cour supérieure, de même qu'entre les juges Nichols et Vallerand et le juge Chouinard, repose sur la prémisse qu'en choisissant d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'établir un service des incendies, en l'absence de texte législatif lui imposant ce devoir et une responsabilité à cet égard, la ville de Beauport n'aurait, pour les premiers, pas assumé de devoir d'entretien de ce service, d'où absence de responsabilité pour défaut d'entretien, alors que, pour les seconds, ce devoir d'entretien existerait du fait même de l'établissement de ce service, ce qui impliquerait une responsabilité au cas de faute causale, responsabilité ici toutefois écartée par la loi habilitante, selon la Cour d'appel.

C) *Le droit public en matière d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un corps public*

L'*Acte de Québec* de 1774, a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit applicable au Québec: le droit civil français tel qu'il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (*property and civil rights*) et la *common law* telle qu'elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public. L'article VIII énonçait:

> ... et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoïens, ils auront recours aux loix du Canada, comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées [...] jusqu'à ce qu'elles soient changées ou altérées par quelques ordonnances qui seront passées à l'avenir dans la dite province ...

Le paragraphe 13 de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* incorpore d'ailleurs cette règle:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say,—

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

Louis-Philippe Pigeon said the following (*Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at pp. 65-66):

This is why, for instance, English law is the basis of municipal and school law, and of administrative law generally. Our Court of Appeal rendered a very important decision on this point: *Langelier v. Giroux*, 52 B.R. 113 (Que.) . . .

The judgment lays down an extremely important principle: in matters of public law in the Province of Québec, the basic law is English law. Why? Because in keeping with the rule that general law is not derogated from beyond what is expressed, application of common law extends to all that is not formally excluded . . . .

In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Québec. Moreover, "property and civil rights" must be interpreted according to the meaning given the expression in an Act of the British Parliament, passed in 1774, since the words must not be interpreted according to civil law . . . . Indeed, when distinctions are to be drawn between systems of law, those distinctions must be drawn in accordance with a determined system. And as the Supreme Court decided with respect to interpretation of the *Constitution Act, 1867—R. v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670 (S.C.C.)—the legal system under which those distinctions must be drawn is common law.

Before going any further it is perhaps best to clarify which public law is involved. Some writers have claimed to see in Nichols J.A.'s opinion an assertion that the applicable public law is that which existed at the time of the codification. Garant, loc. cit., at p. 266:

[TRANSLATION] The position of two judges of the Court of Appeal, especially Nichols J.A., that the liability of public corporations is governed by English public law at the time of the 1866 codification leads them to conclude that this public law is the common law as it

92. Dans chaque province, la Législature a le droit exclusif de légiférer sur les matières qui rentrent dans les catégories de sujets ci-après énumérées:

. . .

13. La propriété et les droits civils dans la province.

Me Louis-Philippe Pigeon (*Rédaction et interprétation des lois* (1978), l'affirmait ainsi, aux pp. 50 et 51):

. . . lorsqu'il s'agit de droit municipal ou de droit scolaire, le fond du droit c'est le droit anglais tout comme en droit administratif généralement. Sur ce point, je citerai une décision très importante de notre Cour d'appel: **Langelier v. Giroux**, 52 B.R., 113 . . .

L'arrêt pose donc un principe extrêmement important, savoir que le droit fondamental dans la province de Québec, chaque fois qu'il s'agit de droit public, c'est le droit anglais. Pourquoi? Parce que l'application de la Common Law, toujours d'après la règle que l'on ne déroge pas au droit commun, au-delà de ce qui est exprimé, s'étend à tout ce qui n'est pas exclu formellement . . .

C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights*. De plus il faut donner à ces mots-là le sens qui leur appartient dans une loi du Parlement anglais votée en 1774, car ces mots-là ne doivent pas être interprétés suivant le droit civil [. . .] En effet, lorsqu'il s'agit d'établir des distinctions entre systèmes juridiques, les distinctions elles-mêmes doivent être établies suivant un système juridique déterminé. Alors, comme la Cour suprême l'a décidé pour l'interprétation de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (**National Trust v. The King**, (1933) R.C.S., 670), le système juridique déterminé auquel il faut se reporter pour établir ces distinctions-là, c'est la Common Law.

Avant de procéder plus avant, il faut peut-être clarifier de quel droit public il s'agit. Certains auteurs ont, en effet, cru déceler dans l'opinion du juge Nichols l'affirmation que le droit public applicable serait celui qui existait à l'époque de la codification. Garant, *loc. cit.*, à la p. 266:

La position des deux juges de la Cour d'appel, surtout le juge Nichols, suivant laquelle la responsabilité des corporations publiques est régie par le droit public anglais à l'époque de la codification de 1866, les amène à conclure que ce droit public c'est la «common law»

stood in 1866, not as it has developed since that time, through the decisions of the Supreme Court of Canada or the courts of other provinces in cases arising in other provinces. Quebec common law would thus be different from other common law.

L'Heureux, loc. cit., 47 *R. du B.*, at p. 167:

[TRANSLATION] Seeking to determine English public law as it stood at the time of codification, he (Nichols J.A.) concluded that that law "did not hold a municipality liable merely for inaction".

In my opinion, this is an incorrect interpretation of the reference made by Nichols J.A. to the *Quebec Act* and to English public law as it stood in England at the time of the codification. The statement by Nichols J.A. was made in the context of the application of *Anns* and *City of Kamloops*, *supra*, in Quebec. In his view, those cases are not binding in Quebec because they apply the private law of England, which the *Quebec Act* provides does not apply in Quebec. If Quebec private law is also not applicable, it is because according to his interpretation of art. 356 *C.C.L.C.*, the solution of the dispute rests with public law, which at common law has remained the same as that existing at that time, since only the private law in this area has subsequently been amended by the common law. This in my opinion is the context in which we should read the following observations, the fine points of which appear to have escaped certain commentators (at p. 1002):

[TRANSLATION] 8. While the English courts, and after them the Supreme Court of Canada for the common law provinces, have changed the state of the law so that municipalities are henceforth subject to private law in cases involving the implementation of discretionary policies, private law is exclusively a matter for the provincial legislature in Quebec, as the field of private civil liability is included in the expression "property and civil rights" in the Quebec Act and in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*;

9. *Anns* and *Nielsen* are therefore not applicable in Quebec; [Emphasis added.]

No writer nor court of law has ever defended such an argument, since the common law which applies in Canada in the area of public law, in criminal as in administrative law, in the absence of legislation excluding it, is the common law as

telle qu'elle était en 1866 et non telle qu'elle a évolué depuis, par l'effet de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ou des tribunaux des autres provinces dans des affaires provenant des autres provinces. La «common law» québécoise serait donc différente de l'autre «common law».

L'Heureux, *loc. cit.*, 47 *R. du B.*, à la p. 167:

Recherchant le droit public anglais existant au moment de la codification, il (le juge Nichols) arrive à la conclusion que ce droit «ne retenait pas la responsabilité d'une municipalité par simple inaction de sa part».

À mon avis, il s'agit là d'une interprétation incorrecte de la référence que fait le juge Nichols à l'*Acte de Québec* et au droit public existant en Angleterre à l'époque de la codification. C'est dans le contexte de l'application au Québec des arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités, que se prononce le juge Nichols. Selon lui, ces arrêts ne font pas autorité au Québec parce qu'ils appliquent le droit privé d'Angleterre, dont l'application au Québec a été exclue par l'*Acte de Québec*. Si le droit privé du Québec n'est pas non plus applicable c'est que, selon son interprétation de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, la solution du litige est du ressort du droit public qui, en *common law*, est demeuré le même que celui qui existait à l'époque, seul le droit privé en la matière ayant été modifié depuis par la *common law*. C'est dans ce contexte, à mon avis, qu'il faut interpréter les remarques qui suivent dont les nuances semblent avoir échappé aux divers commentateurs (à la p. 1002):

8. Si les Tribunaux anglais et, à leur suite, la Cour suprême du Canada pour les provinces de common law, ont changé l'état du droit, pour soumettre désormais les municipalités au régime du droit privé lorsqu'il s'agit de la mise à exécution de politiques discrétionnaires, au Québec le droit privé est du ressort exclusif de la législature provinciale, le domaine de la responsabilité civile privée étant inclus dans l'expression «*property and civil rights*» de l'Acte de Québec et dans l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*;

9. Les arrêts *Anns* et *Nielsen* n'ont par conséquent aucune application au Québec; [Je souligne.]

Aucun auteur ni aucune jurisprudence n'ont d'ailleurs jamais soutenu une pareille thèse, étant acquis que la *common law* qui s'applique au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, à moins de texte

subsequently amended by statute and case-law. When Louis-Philippe Pigeon, op. cit., referred back to the common law as it stood in 1774, this was solely in order to make it clear that the expression "property and civil rights" in the *Quebec Act* must be given the meaning it had at that time (at p. 66):

> In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Québec. Moreover, "property and civil rights" must be interpreted according to the meaning given the expression in an Act of the British Parliament, passed in 1774, since the words must not be interpreted according to civil law.

These principles are well established. However, it is not sufficient to say that public bodies, such as municipal corporations, are governed by public law: the content and limits of that law must still be defined. In the grey area resulting from statutory silence, now being considered by this Court, if a municipal corporation has a discretionary power regarding firefighting, where is the rule and what is it? I have already indicated in outline the major distinctions that must be made. I shall therefore only deal here with the limited aspect affecting the specific question to be addressed.

1. *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*

Until recently it appeared that both doctrine and case law, in Quebec as in the common law jurisdictions, by application of public law, were unanimous in concluding that public corporations were not liable if acting in the exercise of their discretionary powers. It is not clear, however, that the necessary distinctions have always been made between liability arising from the failure of a public corporation to exercise a discretionary power and that arising from the exercise of that discretionary power and the manner in which it was exercised. Similarly, it will be noted that there is no distinction made as to whether express legislation is required in the area of implementing the policies of public bodies. The implied obligation of implementation following the exercise of a discretionary power does not appear to have been closely

législatif l'excluant, est la *common law* telle qu'elle a été modifiée subséquemment par la législation et la jurisprudence. Si Me Pigeon, *op. cit.*, remontait à la *common law* telle qu'elle existait en 1774 c'est uniquement aux fins d'expliciter que l'expression «*property and civil rights*» dans l'*Acte de Québec* doit s'interpréter dans le sens qu'on lui donnait à l'époque, (à la p. 51):

> C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights*. De plus il faut donner à ces mots-là le sens qui leur appartient dans une loi du Parlement anglais votée en 1774, car ces mots-là ne doivent pas être interprétés suivant le droit civil.

Ce sont là des principes reconnus. Ce n'est pas tout cependant de dire que les corps publics, dont les corporations municipales, sont régis par le droit public, encore faut-il en définir et le contenu et les limites. Dans cette zone grise que constitue le «silence statutaire», qui nous occupe ici, face au pouvoir discrétionnaire d'une corporation municipale en matière de lutte contre les incendies, où est la règle et quelle est la règle? J'ai déjà posé les balises relativement aux grandes distinctions qui s'imposent. Je ne traiterai donc ici que de cet aspect restreint qui touche à la question précise à résoudre.

1. L'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*

Jusqu'à récemment, il semble que tant la doctrine que la jurisprudence, au Québec comme dans les juridictions de *common law*, par application du droit public, étaient unanimes à conclure à l'absence de responsabilité des corporations publiques dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires. Il n'est pas clair, toutefois, que l'on ait toujours fait les distinctions qui s'imposent entre la responsabilité découlant du défaut par une corporation publique d'exercer un pouvoir discrétionnaire et celle découlant de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, ainsi que de la façon dont ce pouvoir discrétionnaire a été exercé. De même, on note l'absence de nuances quant à la nécessité ou non d'un texte législatif explicite dans le domaine de l'exécution des politiques de gestion publique. L'obligation implicite d'exécution suite à l'exercice

examined in the legal literature, nor do the courts seem to have dealt with it at any length. These are precisely the aspects which are under consideration here and are at the very heart of the debate.

Public law has its origin in the common law, and common-law decisions must thus be examined to determine the state of public law in the area applicable in Canada.

The nature and scope of the rules of public law and case law governing the liability of municipalities are particularly important here, where the dividing line between public and private law is crucial. This task is made all the more difficult as, at least initially, the common law courts made no clear distinction between public and private law, which are both derived from the same source, the common law. However, to place public law in its true context with regard to the liability of public corporations, and municipal corporations in particular, we need only go back to *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, *supra*. In that case, a breach occurred in a sea retaining wall owing to an exceptionally high tide. In the exercise of its statutory powers, the Board decided to repair the wall but did the work so inefficiently that the flooding continued for 178 days, causing serious damage to Mr. Kent's land. According to the evidence repairs done with reasonable skill could have been complete in 14 days. Mr. Kent sued the Board. The House of Lords dismissed the action, Lord Atkin dissenting, on the ground that "the Act imposed upon the appellants no duty of repairing the wall. It merely gave them the power of doing so" (p. 98). Lord Romer added (at p. 102):

> Where a statutory authority is entrusted with a mere power it cannot be made liable for any damage sustained by a member of the public by reason of a failure to exercise that power. If in the exercise of their discretion they embark upon an execution of the power, the only duty they owe to any member of the public is not

d'un pouvoir discrétionnaire ne semble pas avoir fait l'objet d'une analyse approfondie de la doctrine et la jurisprudence ne semble pas non plus s'y être arrêtée longuement. Ce sont précisément ces aspects qui sont l'objet de notre propos et qui sont au cœur même du débat.

Le droit public tire ses origines de la *common law* et, en conséquence, la jurisprudence de *common law* doit être examinée afin de déterminer l'état du droit public applicable au Canada en la matière.

La nature et l'étendue des règles du droit public et de la jurisprudence qui gouvernent la responsabilité des municipalités sont particulièrement importantes ici où la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé est cruciale. Cette recherche est rendue d'autant plus ardue du fait que la jurisprudence de *common law*, du moins à son origine, ne faisait pas de distinction claire entre le droit public et le droit privé, qui, tous deux, dérivent de la même source, la *common law*. Toutefois, pour situer le droit public dans son véritable contexte en ce qui a trait à la responsabilité des corporations publiques et en particulier des corporations municipales, il suffit de remonter à l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, précité. Dans cette affaire, une brèche se produisit dans le mur de soutènement des eaux, dû à une marée exceptionnellement haute. Le «*Board*», dans l'exercice de son pouvoir législatif, décida de réparer le mur mais de façon si malhabile que l'inondation continua pendant 178 jours causant des dommages sérieux aux terres de M. Kent, alors que, selon la preuve, une réparation faite avec compétence aurait pu être complétée en quatorze jours. Monsieur Kent poursuivit le «*Board*». La Chambre des lords, avec la dissidence de lord Atkin, rejeta l'action au motif que [TRADUCTION] «La Loi n'imposait aux appelants aucune obligation de réparer le mur. Elle leur donnait seulement le pouvoir de le faire» (p. 98). Lord Romer ajouta (à la p. 102):

> [TRADUCTION] Lorsqu'une autorité constituée par la loi est chargée d'exercer un simple pouvoir, elle ne peut être tenue responsable d'un préjudice subi par un membre du public en raison de l'omission d'exercer ce pouvoir. Si dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle l'exécute, la seule obligation qu'elle a envers un membre du

thereby to add to the damages that he would have suffered had they done nothing. So long as they exercise their discretion honestly, it is for them to determine the method by which and the time within which and the time during which the power shall be exercised; and they cannot be made liable, except to the extent that I have just mentioned, for any damage that would have been avoided had they exercised their discretion in a more reasonable way.

This restrictive interpretation of the liability of public bodies in the exercise of their discretionary powers was the interpretation accepted in Canada as well as Quebec until *Anns*, *supra*, in 1978. (*Mainwaring v. Nanaimo*, [1951] 4 D.L.R. 519 (B.C.C.A.); *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640 (B.C.C.A.); *Barratt v. Corporation of the District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *McCrea v. City of White Rock* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525 (B.C.C.A.); *Seguin v. Town of Hawkesbury*, [1955] O.R. 956 (C.A.); *Martel v. City of Montreal*, [1943] C.S. 290.)

2. *Anns v. Merton London Borough Council*

This case significantly altered the rule as stated in *East Suffolk*. The issue raised in *Anns* was one of the liability of the local authority responsible for approving the plans to build a block of maisonettes without subsequently ensuring that the plans were observed. The walls and floors of these buildings had serious construction defects directly related to failure to observe the officially approved plans: hence the action against the Council. In his judgment, Lord Wilberforce set forth the principles that should govern the law in this area in the common law provinces.

Anns is important in both private law and public law. In the area of public law, it overturns the restrictive interpretation given in *East Suffolk* to the exercise of discretionary powers by a public body. In private law, it applies the law of negligence to the facts of the case. As the aspects of public and private law are nearly always discussed together, *Anns* must be carefully examined to distinguish the one from the other. These two aspects were adopted together, as was required, in the

public c'est de ne pas ajouter au préjudice qui aurait été subi si elle n'avait rien fait. Dans la mesure où elle exerce son pouvoir discrétionnaire de façon honnête, il lui incombe de déterminer la méthode d'application du pouvoir ainsi que le moment où il sera appliqué et son délai d'application, et elle ne peut être tenue responsable, sauf dans la mesure que j'ai mentionnée, pour tout préjudice qui aurait pu être évité si elle avait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière plus raisonnable.

Cette interprétation restrictive de la responsabilité des corps publics dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires est celle qui a été retenue au Canada comme au Québec jusqu'à l'arrêt *Anns*, précité, en 1978. (*Mainwaring v. Nanaimo*, [1951] 4 D.L.R. 519 (C.A.C.-B.); *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640 (C.A.C.-B.); *Barratt c. Corporation of the District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *McCrea v. City of White Rock* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525 (C.A.C.-B.); *Seguin v. Town of Hawkesbury*, [1955] O.R. 956 (C.A.); *Martel v. City of Montreal*, [1943] C.S. 290.)

2. L'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*

Cet arrêt modifie de façon significative la règle qu'énonçait l'arrêt *East Suffolk*. La question soulevée dans l'arrêt *Anns* en est une de responsabilité de l'autorité locale chargée d'approuver les plans de construction d'un bloc d'immeubles sans par la suite s'être assurée que ces plans soient respectés. Les murs et les planchers de ces immeubles présentèrent de sérieux défauts de construction directement reliés à l'inobservance des plans officiellement approuvés, d'où la poursuite contre le Conseil. Dans son jugement, Lord Wilberforce élabore les principes qui allaient régir le droit en la matière dans les provinces de *common law*.

L'arrêt *Anns* est important tant en matière de droit privé que de droit public. Dans le domaine du droit public, il met de côté l'interprétation restrictive que retient l'arrêt *East Suffolk* en ce qui concerne l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par un corps public. En droit privé, il applique la «*law of negligence*» à l'espèce. Par suite de la discussion presque concomitante d'éléments de droit public et de droit privé, l'arrêt *Anns* requiert un examen attentif aux fins de distinguer l'un de

common law provinces. For the purposes of the case at bar, however, developments in the law of negligence are not relevant since they fall strictly within private law. We are only concerned here with what relates to public law. Lord Wilberforce indicated the dividing line between public and private law when he wrote (at p. 754):

> ... the local authority is a public body, discharging functions under statute: its powers and duties are definable in terms of public not private law. The problem which this type of action creates, is to define the circumstances in which the law should impose, over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties, a duty in private law towards individuals such that they may sue for damages in a civil court.

It is perhaps unfortunate that there is some confusion arising out of the use of the word "duty" by Lord Wilberforce in two different contexts. In speaking of "powers and duties", he refers to those devolving under the enabling legislation. In this formulation, the powers and duties of a municipality must be defined in terms of public law. However, when he later uses the word "duty" it can only refer to private law, to the duty of care in the law of negligence, which he says may exist "over and above ... the duties" imposed by public law. There is therefore nothing to prevent the application of the rules of civil liability over and above, and alongside, statutory duties. Thus, for example, public law might impose a statutory duty to inspect or maintain certain equipment. In addition to this statutory duty, there would be a duty to act with due care. In Quebec civil law terms, this would be expressed as a duty to act "*en bon père de famille*".

Lord Wilberforce also introduced the "policy/operational" concepts into the area of public law. Enabling legislation, such as the *Cities and Towns Act* or the *Municipal Code of Quebec*, may confer wide discretionary powers on municipalities, such as the power to establish a firefighting service. The

l'autre. Ces deux aspects furent adoptés, comme il se devait, dans les provinces de *common law*. Pour les fins du présent litige, cependant, les développements de la «*law of negligence*» ne sont pas pertinents puisqu'ils relèvent strictement du droit privé. Ce qui nous intéresse ici est uniquement ce qui a trait au droit public. Lord Wilberforce établit la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé lorsqu'il écrit (à la p. 754):

> [TRADUCTION] ... l'autorité locale est un organisme public, qui remplit des fonctions conférées par une loi: ses pouvoirs et ses obligations se définissent en fonction du droit public et non du droit privé. Le problème que crée ce genre d'action réside dans la définition des circonstances dans lesquelles la loi devrait imposer, en sus de ces pouvoirs et obligations de droit public, ou peut-être conjointement à ceux-ci, une obligation de droit privé envers les particuliers qui leur permettrait d'engager une action en dommages-intérêts devant un tribunal civil.

On peut peut-être regretter une certaine confusion résultant de l'emploi par lord Wilberforce du mot «*duty*» dans deux contextes différents. Lorsqu'il parle de «*powers and duties*», il réfère à ceux qui découlent de la législation habilitante. Selon cette formulation, les pouvoirs et les devoirs d'une municipalité doivent être définis en fonction du droit public. Toutefois, lorsqu'il utilise ensuite le mot «*duty*» il ne peut que référer au droit privé, au «*duty of care*» de la «*law of negligence*» qui, selon lui, peut exister «*over and above ... the duties*» imposés par ce droit public. Par voie de conséquence, rien n'empêche l'application des règles de la responsabilité civile au delà des obligations législatives et parallèlement à celles-ci. Ainsi, par exemple, le droit public pourrait prévoir l'obligation résultant d'un texte législatif d'inspecter ou d'entretenir certains équipements. En sus de cette obligation législative, il existerait un «*duty to act with due care*». En termes de droit civil québécois, cela se traduirait par l'obligation d'agir «en bon père de famille».

Lord Wilberforce introduit aussi les notions «*policy/operational*» dans le domaine du droit public. Les lois habilitantes, telles la *Loi sur les cités et villes* ou le *Code municipal du Québec* peuvent conférer aux municipalités de vastes pouvoirs discrétionnaires, comme celui d'établir un

"operational" area is what ensures that public policy-making decisions, discretionary or otherwise, will be implemented. Lord Wilberforce goes on to say (at p. 754):

> Although this distinction between the policy area and the operational area is convenient, and illuminating, it is probably a distinction of degree; many "operational" powers or duties have in them some element of "discretion". It can safely be said that the more "operational" a power or duty may be, the easier it is to superimpose upon it a common law duty of care.

In so doing, Lord Wilberforce removes all ambiguity: the duty of care is clearly a matter for private law, and in Quebec, private law is the civil law. What I think is most significant in this passage is the statement that independent civil liability can coexist regardless of whether the enabling statute imposes a duty or only confers a power. I consider that *Anns* settles the state of the common law so far as English public law is concerned, public law which is applicable to municipal corporations in Quebec as elsewhere in Canada. Only the private law aspect, the law of negligence, dealt with in *Anns* would be irrelevant or inapplicable in Quebec, where private law is within the domain of the civil law.

3. *City of Kamloops v. Nielsen*

This case, which dates from 1984, has much in common with *Anns*, *supra*. In *City of Kamloops*, the plans for building a house were approved by the city subject to certain conditions regarding the depth of the foundations. The builder did not comply with these requirements and a stop work order was issued. As no other steps were taken by the city, construction continued despite the injunction. The subsequent purchaser sued the city, holding it responsible for the deficiencies and damage related directly to the defective foundations. Wilson J., speaking for the majority, discussed the principles formulated in *Anns*, *supra*. She referred to the public law/private law distinction, citing Lord Wilberforce (at pp. 8-9):

service des incendies. Le domaine «*operational*» est celui qui voit à l'exécution des politiques de gestion publique, discrétionnaires ou non. Lord Wilberforce précise (à la p. 754):

> [TRADUCTION] Bien que la distinction entre ce qui relève de la politique et ce qui relève de l'exécution soit utile et nous éclaire, il s'agit probablement d'une distinction de degré; un bon nombre de pouvoirs et d'obligations «d'exécution» comportent certains éléments de «discrétion». On peut affirmer sans contredit que plus un pouvoir ou une obligation relève du domaine de l'exécution, plus il est facile de lui superposer une obligation de diligence qui relève de la *common law*.

Ce faisant, lord Wilberforce dissipe toute ambiguïté : le «*duty of care*» relève clairement du droit privé, droit privé qui, au Québec, est le droit civil. Ce qui m'apparaît le plus significatif dans cet extrait, c'est cet énoncé qu'une responsabilité civile indépendante puisse co-exister indépendamment du fait que la loi habilitante impose une obligation ou ne confère qu'un pouvoir. J'estime que l'arrêt *Anns* fixe l'état de la *common law* en matière de droit public, droit public applicable aux corporations municipales au Québec comme ailleurs au Canada. Seul l'aspect droit privé, la «*law of negligence*», qu'importe cet arrêt ne saurait être pertinent ou applicable au Québec où le droit privé est du domaine du droit civil.

3. L'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*

Cet arrêt, qui date de 1984, présente beaucoup de similarité avec l'arrêt *Anns*, précité. Dans *Ville de Kamloops*, les plans de construction d'une résidence furent approuvés par la ville sujet à certaines conditions concernant la profondeur des fondations. Le constructeur ne s'étant pas conformé à ces exigences, l'arrêt des travaux fut ordonné. En l'absence d'autres démarches de la ville, la construction continua malgré l'injonction. L'acquéreur subséquent poursuivit la ville la tenant responsable des défauts et dommages directement reliés aux fondations défectueuses. Le juge Wilson, qui exprime l'opinion de la majorité, discute des principes élaborés dans l'arrêt *Anns*, précité. Elle fait allusion à la distinction entre le droit public et le droit privé en s'inspirant de Lord Wilberforce (aux pp. 8 et 9):

Lord Wilberforce pointed out that the local authority is a public body whose powers and duties are definable in terms of public rather than private law. However, in some circumstances the law could impose over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties a private law duty towards individuals enabling them to sue the authority for damages in a civil suit.

She later reiterated the private law test of the law of negligence and applied it.

It is therefore possible to distinguish the public law/private law aspects both in *Anns* and in *City of Kamloops*, *supra*. In its public law aspect, *Anns* and after it *City of Kamloops*, which adopted it, departed from some of the immunities of public bodies that had existed since *East Suffolk*, *supra*. These immunities were based on the concepts of duties and powers. Instead, *Anns* made a distinction between policy decisions, whether discretionary or not, and the operational area, in which those policies are implemented, superimposing in both cases the existence of civil liability.

The public law/private law distinction in *Anns* and *City of Kamloops* is not easy to detect and this may be why the Quebec Court of Appeal had some difficulty determining whether these cases were applicable to Quebec, and to what extent. Nichols J.A. refused to apply them, as he felt this was an application of English private law, which is excluded by the *Quebec Act*. However, as I believe I have already shown, these two cases are only concerned with private law to the extent that they superimpose it on the powers or obligations created by public law. In the Quebec context, this is consistent with art. 356 *C.C.L.C.*, which provides that private law is applicable to political corporations "in their relations, in certain respects, to individual members of society".

4. Subsequent Developments

The law rarely stands still for very long. Since *Anns*, a certain line of authority has appeared in the common law in England which seems to be trying to limit the scope of *Anns* (*Yuen Kun Yeu v.*

Lord Wilberforce a souligné que les autorités locales constituent un organisme public dont les pouvoirs et les obligations relèvent du droit public plutôt que du droit privé. Toutefois, dans certaines circonstances, la loi peut imposer, en plus de ces pouvoirs et obligations de droit public, ou peut-être parallèlement à ceux-ci, une obligation de droit privé envers certaines personnes qui confère à ces personnes le droit d'intenter contre ces autorités une action civile en dommages-intérêts.

Elle réitère par la suite le test de droit privé de la «*law of negligence*» et elle l'applique.

Il est donc possible de distinguer les éléments droit public et droit privé tant dans l'arrêt *Anns* que dans l'arrêt *Ville de Kamloops*, précités. Dans sa dimension droit public, l'arrêt *Anns* et, à sa suite, l'arrêt *Ville de Kamloops,* qui l'adopte, se départissent de certaines des immunités des corps publics qui subsistaient depuis l'arrêt *East Suffolk*, précité. Ces immunités étaient basées sur les notions de devoir et de pouvoir. L'arrêt *Anns* établit plutôt une distinction entre les décisions politiques, discrétionnaires ou non, et le champ opérationnel, le domaine de l'exécution de ces politiques, y superposant dans les deux cas, l'existence d'une responsabilité civile.

La distinction entre le droit public et le droit privé dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops* n'est pas facile à déceler et c'est peut-être la raison pour laquelle la Cour d'appel du Québec a eu de la difficulté à déterminer si ces arrêts étaient ou non applicables au Québec et dans quelle mesure ils pouvaient l'être. Le juge Nichols a refusé de les appliquer croyant y voir l'application du droit privé anglais, exclu par l'*Acte de Québec*. Ces deux arrêts, toutefois, comme je crois l'avoir démontré, ne touchent au droit privé qu'en ce qu'ils le superposent aux pouvoirs ou obligations créés par le droit public. Dans le contexte du Québec, ceci est conforme à l'art. 356 *C.c.B.-C.* qui stipule que le droit privé est applicable aux corporations politiques «dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement».

4. Les développements subséquents

Le droit demeure rarement stationnaire bien longtemps. Depuis l'arrêt *Anns*, un certain courant jurisprudentiel est apparu en *common law* en Angleterre qui semble vouloir atténuer la portée de

Attorney-General of Hong Kong, [1988] A.C. 175 (P.C.), and *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] 2 All E.R. 13 (H.L.)) However, a careful reading of these decisions shows that the aim is not to minimize the principle that a public corporation is liable but rather to limit the breadth of the principles of liability in private law (torts principles) developed by Lord Wilberforce in *Anns*.

Historically, at common law, no action for damages could lie without a form of action defining its extent. The concept of negligence developed much later. In modern law, negligence is no longer regarded as a distinct head: rather, "negligence is a basis of liability, rather than a single nominate tort" (Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 98). As such, negligence may cover a very wide field and this is why the courts of law have developed techniques such as the "duty of care" to limit the scope of liability in certain cases "in consonance with current notions of policy" (Fleming, op. cit., at p. 99). *Yuen Kun Yeu*, *supra*, is a good illustration of this. Investors in a company registered with the Commissioner of Deposit-taking Companies in Hong Kong sued the Commissioner when the company went into liquidation and they lost the money they had invested. They alleged that the Commissioner was liable either because he had certified a company whose affairs were conducted fraudulently or because he had not ensured that it complied with certain regulations. The Privy Council dismissed the action. The case was reported under the heading of a negligence action, and decided on the basis of the rules of negligence. The principle that a public body could be found liable was not questioned, nor was the potential for a coexistence of a duty of care alongside statutory obligations. The Court held instead that there was no duty of care in the circumstances.

l'arrêt *Anns* (*Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), et *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] 2 All E.R. 13 (H.L.)) Une lecture attentive de ces arrêts démontre cependant que ce n'est pas le principe de la responsabilité d'une corporation publique que l'on cherche à minimiser, mais bien plutôt l'ampleur des principes du droit de la responsabilité civile en droit privé (*torts principles*) élaborés par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*.

Historiquement, en *common law*, aucune action en dommages ne pouvait exister sans texte (*form of action*) en délimitant l'étendue. Le concept de «*negligence*» s'est développé beaucoup plus tard. Dans le droit moderne, la «*negligence*» n'est plus considérée comme un chef distinct mais plutôt [TRADUCTION] «comme une source de responsabilité et non comme un délit distinct» (Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 98). À ce titre, la «*negligence*» peut couvrir un champ très étendu et c'est pour cette raison que les cours de justice ont développé des techniques telles que le «*duty of care*» pour restreindre le champ de la responsabilité en certains cas [TRADUCTION] «conformément aux principes généraux actuels et applicables» (Fleming, *op. cit.*, à la p. 99). L'arrêt *Yuen Kun Yeu*, précité, illustre bien ce phénomène. Des investisseurs dans une compagnie enregistrée auprès du Commissaire aux compagnies autorisées à recevoir des dépôts à Hong Kong ont poursuivi ce dernier après avoir perdu l'argent investi lors de la mise en liquidation de la compagnie. Ils invoquent la responsabilité du Commissaire soit parce qu'il a certifié cette compagnie qui faisait des affaires frauduleuses, soit parce qu'il ne l'a pas obligée à se conformer à certains règlements. Le Conseil privé a rejeté l'action. La cause est publiée sous la rubrique «*negligence action*» et elle a été décidée sur la base des principes de «*negligence*». Le principe de la responsabilité du corps public n'a pas été remis en question non plus que la co-existence d'un «*duty of care*» parallèlement aux obligations résultant de la loi. On a plutôt décidé qu'il n'existait pas en l'espèce de «*duty of care*».

Similarly, in *Curran, supra*, Lord Bridge clearly established that the scope of *Anns* was limited only in its private law aspect, when he wrote (at p. 17):

> My Lords, *Anns v Merton London Borough* may be said to represent the high-water mark of a trend in the development of the law of negligence . . .

In 1985 the High Court of Australia (*Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1) unanimously reversed the Court of Appeal, which had held a local authority liable for damage caused by the defective foundations of a house. Gibbs C.J. described *Anns* as "a fundamental principle of the law of negligence" (pp. 11-12), but Mason J. stated the following general principle (at p. 27):

> It is now well settled that a public authority may be subject to a common law duty of care when it exercises a statutory power or performs a statutory duty. The principle that when statutory powers are conferred they must be exercised with reasonable care, so that if those who exercise them could by reasonable precaution have prevented an injury which has been occasioned, and was likely to be occasioned, by their exercise, damages for negligence may be recovered [citations omitted] has been applied mainly to private Acts. However, it has been frequently applied in Australia to public authorities . . . [I]t has been generally accepted that, unless the statute manifests a contrary intention, a public authority which enters upon an exercise of statutory power may place itself in a relationship to members of the public which imports a common law duty to take care. [Emphasis added.]

It seems clear that this case applies only to the private law aspect of *Anns* and does not in any way limit the authority of *Anns* in its public law aspect; quite the contrary, especially if we read the following passage from the opinion of Mason J. (at p. 26):

> When a statute sets up a public authority, the statute prescribes its functions so as to arm it with appropriate powers for the attainment of certain objects in the public interest. The authority is thereby given a capacity

De même, dans l'arrêt *Curran*, précité, lord Bridge établit clairement que la portée de l'arrêt *Anns* n'est limitée que dans son aspect droit privé lorsqu'il écrit (à la p. 17):

> [TRADUCTION] Vos seigneuries, on peut dire que l'arrêt *Anns v Merton London Borough* représente le point culminant d'un courant dans l'élaboration du droit en matière de négligence . . .

Déjà en 1985 (*Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1), la High Court d'Australie infirmait unanimement la Cour d'appel qui avait tenu l'autorité locale responsable des dommages subis par suite des fondations défectueuses d'une maison. Le juge en chef Gibbs décrit l'arrêt *Anns* comme [TRADUCTION] «un principe fondamental du droit en matière de *négligence*» (pp. 11 et 12) non sans cependant que le juge Mason ne pose le principe général suivant (à la p. 27):

> [TRADUCTION] Il est maintenant bien établi qu'une administration publique puisse être assujettie à une obligation de diligence qui relève de la *common law* lorsqu'elle exerce un pouvoir conféré par la loi ou qu'elle remplit une obligation que confère la loi. Le principe selon lequel lorsque des pouvoirs sont conférés par la loi, ils doivent être exercés avec une diligence raisonnable de manière que, si ceux qui les exercent avaient pu en prenant des précautions raisonnables empêcher un préjudice qui était susceptible d'être causé par leur exercice, des dommages-intérêts pour négligence peuvent être réclamés [citations omises] a été appliqué principalement aux lois de nature privée. Toutefois, il a été souvent appliqué en Australie aux administrations publiques [. . .] [I]l est généralement admis que, à moins que la loi n'indique une intention contraire, une administration publique qui exerce un pouvoir conféré par la loi peut se placer dans un rapport avec les membres du public qui entraîne l'obligation de diligence qui relève de la *common law*. [Je souligne.]

Il me paraît clair que cet arrêt ne vise que l'aspect droit privé de *Anns* et ne restreint en rien l'autorité de l'arrêt *Anns* en ce qui concerne l'aspect droit public; bien au contraire, particulièrement si on lit cet extrait de l'opinion du juge Mason (à la p. 26):

> [TRADUCTION] Lorsqu'une loi crée une administration publique, elle prescrit ses fonctions de manière à la doter des pouvoirs appropriés pour atteindre certains objectifs d'intérêt public. L'administration reçoit ainsi une capa-

which it would otherwise lack, rather than a legal immunity in relation to what it does . . . In framing such a statute it is inconvenient to describe the intended activities of the authority in terms of a series of positive duties. It is preferable to express those activities as functions or powers so that the authority is free to make policy-making decisions and discretionary judgments with a view to attaining the statutory objects . . . Viewed in this light statutory powers are not in general mere powers which the authority has an option to exercise or not according to its unfettered choice. They are powers conferred for the purpose of attaining the statutory objects . . . There is, accordingly, no reason why a public authority should not be subject to a common law duty of care in appropriate circumstances . . .

In his review of the Commonwealth decisions following *Anns*, Professor Stephen Todd ("The Negligence Liability of Public Authorities: Divergence in the Common Law" (1986), 102 *L.Q.R.* 370) makes certain relevant observations in analysing the public law/private law aspects in *Anns* and *City of Kamloops*, *supra*, at pp. 396-97:

Where, however, the local authority acts pursuant to a statutory power, it is not the statute which is the source of any duty. The point is that the authority may be in a position where a duty arises at common law. The statute provides the authority or reason for acting but no more than that. The source of the duty is in familiar common law principles of foreseeability, proximity, reliance and the like. Any supposed purpose of the statute should not debar recovery of damage which is of a foreseeable kind and is not otherwise irrecoverable for some good reason of policy.

It is interesting to note that the American case law is moving in the same direction, as indicated in a recent judgment of the United States Supreme Court (*Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 108 S. Ct. 1954 (1988)) in which Marshall J., speaking for the unanimous Court, writes (at p. 1964):

In addition, if the policies and programs formulated by the Bureau allow room for implementing officials to make independent policy judgments, the discretionary function exception protects the acts taken by those

cité qu'autrement elle n'aurait pas, plutôt qu'une immunité juridique en rapport avec ses actes [. . .] Dans l'élaboration d'une telle loi, il n'est pas pratique de décrire les activités projetées de l'administration comme une série d'obligations positives. Il est préférable d'exprimer ces activités comme des fonctions ou des pouvoirs de manière que l'administration soit libre de prendre des décisions d'orientation et de rendre des jugements discrétionnaires dans le but d'atteindre les objectifs prévus par la loi [. . .] Compte tenu de cette interprétation, les pouvoirs prévus par la loi ne sont pas en général de simples pouvoirs que l'administration a le choix d'exercer à sa guise. Il s'agit de pouvoirs conférés dans le but d'atteindre les objectifs prévus par la loi [. . .] Par conséquent, il n'y a aucune raison pour laquelle une administration publique ne devrait pas être assujettie à une obligation de diligence qui relève de la *common law* dans des circonstances appropriées . . .

Le professeur Stephen Todd («The Negligence Liability of Public Authorities: Divergence in the Common Law» (1986), 102 *L.Q.R.* 370) dans sa revue de la jurisprudence du Commonwealth qui a suivi l'arrêt *Anns* fait certaines observations pertinentes dans l'analyse des aspects droit public et droit privé dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités, aux pp. 396 et 397:

[TRADUCTION] Toutefois, lorsque l'autorité locale agit en application d'un pouvoir prévu par la loi, ce n'est pas la loi qui est la source de toute obligation. En fait, l'autorité peut se trouver dans une position où l'obligation découle de la *common law*. La loi prévoit le pouvoir ou le motif nécessaire pour agir mais rien de plus. L'obligation prend sa source dans les principes ordinaires de *common law* de prévisibilité, de proximité, de fondement, etc. Tout but présumé de la loi ne devrait pas exclure le recouvrement des dommages-intérêts qui peuvent être prévisibles et qui ne peuvent être recouvrés d'une autre manière à cause d'une raison valable de politique.

Il est intéressant de noter que la jurisprudence américaine va dans le même sens comme le souligne un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis (*Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 108 S. Ct. 1954 (1988)) où le juge Marshall qui rend l'opinion unanime de la Cour écrit (à la p. 1964):

[TRADUCTION] [De] plus, si les politiques et les programmes formulés par le Bureau permettent aux fonctionnaires habilités de prendre des décisions administratives indépendantes, l'exception relative aux fonctions

officials in the exercise of this discretion. Cf. *id.*, at p. 820, 104 S.Ct., at pp. 2767-2768 (holding that discretionary function exception barred claim that employees charged with executing the FAA's spot-checking program make negligent policy judgments respecting the proper inspection of airplanes). The discretionary function exception, however, does not apply if the acts complained of do not involve the permissible exercise of policy discretion. Thus, if the Bureau's policy leaves no room for an official to exercise policy judgment in performing a given act, or if the act simply does not involve the exercise of such judgment, the discretionary function exception does not bar a claim that the act was negligent or wrongful. Cf. *Indian Towing Co. v. United States*, 350 U.S., at p. 69, 76 St.Ct., at pp. 126-127 (holding that a negligent failure to maintain a lighthouse in good working order subjected Government to suit under the FTCA even though the initial decision to undertake and maintain lighthouse service was a discretionary policy judgment). [Emphasis added.]

5. Conclusion

From the foregoing I conclude that the public law/private law aspects may be distinguished in *Anns* and *City of Kamloops*, as in subsequent cases, and that these cases apply in their public law aspect in Quebec as in Canada. Consequently, public law, applicable in Canada as in Quebec, provides that public corporations, which includes municipal corporations, may incur civil liability in the exercise of their discretionary statutory powers in addition to and alongside their statutory obligations. However, this conclusion does not decide the question before the Court, though it paves the way for doing so.

D) *Power/Duty; Policy/Implementation*

In this dichotomy it will be recalled that, under the *Cities and Towns Act*, the city of Beauport had the power and not the duty to equip itself with a firefighting service, and that it exercised this power by taking the policy decision to establish such a service. It acquired appropriate equipment

discrétionnaires protège les actes accomplis par ces fonctionnaires dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Voir *id.*, à la p. 820, 104 S.Ct., aux pp. 2767 et 2768 (qui a conclu que l'exception relative aux fonctions discrétionnaires empêchait une réclamation selon laquelle les employés chargés d'exécuter le programme de vérification de la FAA ont pris de façon négligente des décisions d'orientation concernant l'inspection adéquate des aéronefs). Toutefois, l'exception relative aux fonctions discrétionnaires ne s'applique pas si les actes reprochés n'entraînent pas l'exercice acceptable d'un pouvoir discrétionnaire en matière de politique. Par conséquent, si la politique du Bureau ne permet pas aux fonctionnaires de prendre une décision d'orientation dans l'accomplissement d'un acte donné, ou si l'acte ne comporte simplement pas cette prise de décision, l'exception relative aux fonctions discrétionnaires n'empêche pas la présentation d'une réclamation selon laquelle l'acte était négligent ou incorrect. Voir *Indian Towing Co. v. United States*, 350 U.S., à la p. 69, 76 St.Ct., aux pp. 126 et 127 (qui a conclu que l'omission par négligence de maintenir un phare en bon état a rendu le gouvernement passible d'une poursuite aux termes de la FTCA même si la décision initiale de fournir et d'assurer l'entretien du phare était une décision d'orientation discrétionnaire). [Je souligne.]

5. Conclusion

De ce qui précède, je conclus que les aspects droit public et droit privé peuvent être distingués dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, de même que dans les arrêts subséquents et que ces arrêts s'appliquent au Québec comme au Canada dans leur aspect droit public. En conséquence, le droit public applicable au Canada comme au Québec veut que les corporations publiques, ce qui englobe les corporations municipales, puissent, dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires résultant de la loi, encourir une responsabilité civile en sus de leurs obligations légales et parallèlement à celles-ci. Cette conclusion ne décide, toutefois, pas de la question qui nous est soumise même si elle indique la route pour y parvenir.

D) *Pouvoir et devoir; politique et exécution*

Dans ces dichotomies, on se rappellera que, conformément à la *Loi sur les cités et villes*, la ville de Beauport avait le pouvoir et non le devoir de se doter d'un service de lutte contre les incendies et qu'elle a exercé ce pouvoir en prenant la décision politique de le faire. Elle a effectivement

and allocated the firefighters and other employees it thought were necessary for the proper operation of such a service. We are thus at the operational stage here, and no longer at that of policy-making.

Considering only the principles of public law applicable to the case at bar, as stated in *Anns* and *City of Kamloops*, there can be no doubt that any wrongful implementation will result in liability if there is damage having a causal connection with the fault.

However, these principles apply only if the enabling Act or the city itself, in the exercise of its discretionary policy-making power, has not limited the public corporation's obligations in this regard in any way.

The first question to be settled in this process, therefore, concerns the statutory immunity which, in the opinion of the Court of Appeal, the *Cities and Towns Act* confers on municipalities under s. 442, dealing with water supply. The second stage, if it proves to be necessary, will consist in examining the by-laws of the city of Beauport dealing with its water and firefighting services, to determine the scope and extent of the obligations assumed by the city of Beauport when it decided to equip itself with this service. In other words, the question is whether the city of Beauport intended to operate this service.

E) *Section 452 of the Cities and Towns Act*

Section 452, now 442, of the *Cities and Towns Act* reads as follows:

442. The municipality shall not be bound to warrant the quantity of water to be supplied; and no person may refuse, on account of the insufficiency of the water supply, to pay the annual special tax and the compensation for the use of the water.

Does this section of the enabling Act confer an immunity on a municipal corporation as to maintaining the water supply? The Court of Appeal held that it does. With respect, that is not my opinion.

acquis les équipements appropriés et y a affecté des pompiers et autres employés qu'elle a jugés nécessaires pour l'opération adéquate de ce service. Nous sommes donc ici à l'étape opérationnelle et non plus à la prise de décision politique de gestion publique.

Nous en tenant uniquement aux principes de droit public applicables à l'espèce tels qu'ils sont énoncés dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, il ne fait pas de doute que toute faute d'exécution entraîne responsabilité s'il y a préjudice ayant un lien de causalité avec la faute.

Ces principes ne s'appliquent toutefois que si la loi habilitante, d'une part, ou la ville elle-même, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire au niveau de la prise de décision politique, d'autre part, n'ont pas de quelque façon limité les obligations de la corporation publique à cet égard.

La première question qu'il faut donc résoudre dans ce processus a trait à l'immunité législative que, selon la Cour d'appel, la *Loi sur les cités et villes* confère aux municipalités aux termes de l'art. 442 en ce qui a trait au service d'aqueduc. La seconde étape, si tant est qu'il sera nécessaire d'y parvenir, consistera à scruter la réglementation de la ville de Beauport au regard de son service d'aqueduc et de lutte contre les incendies, de façon à déterminer la portée et l'étendue des obligations entreprises par la ville de Beauport lorsqu'elle a décidé de se doter de ce service. Autrement posée, la question est de savoir si la ville de Beauport a entendu opérer ce service.

E) *L'article 452 de la Loi des cités et villes*

L'article 452, devenu l'art. 442 de la *Loi sur les cités et villes*, énonce:

442. La municipalité n'est pas tenue de garantir la quantité d'eau qui doit être fournie; et nul ne peut refuser, à raison de l'insuffisance de l'eau, de payer la taxe spéciale annuelle et la compensation pour l'usage de l'eau.

Cet article de la loi habilitante confère-t-il une immunité à une corporation municipale en matière d'entretien de l'aqueduc? La Cour d'appel a répondu par l'affirmative. En toute déférence, ce n'est pas mon point de vue.

Section 442 appeared for the first time in the *Cities and Towns' Act, 1922*, S.Q. 1922, c. 65, assented to on December 29, 1922. The section was then numbered 441. It appeared in an identical form, but renumbered 452, in a subsequent version of the Act (R.S.Q. 1925, c. 102). The wording of the section has never in fact been amended since it was promulgated, except that it has been again renumbered and is now 442.

The Court of Appeal cited this section in ruling out liability on the part of the municipality, in particular *per* Vallerand and Chouinard JJ.A. In his reasons Vallerand J.A. saw s. 442 as an obstacle to applying the common law, and in particular *Anns* and *City of Kamloops*, *supra*. In his view, those cases would apply [TRANSLATION] "if there were no relevant provision of a Quebec statute" (p. 1008). In his view, s. 442 is such a "relevant provision". He explained (at p. 1008):

[TRANSLATION] But where in *Kamloops* the by-law imposed an express duty on the inspector, here s. 442 of the *Cities and Towns Act* exempts the municipality from any liability for an insufficiency of water.

Chouinard J.A. supported this view (at p. 1015):

[TRANSLATION] I agree with the critical analysis by Vallerand J.A. of the grounds of liability accepted by the trial judge and with his interpretation of ss. 423 and 442 of the *Cities and Towns Act*.

At the outset Vallerand J.A. noted the ambiguity of the wording of this section (at pp. 1008-9):

[TRANSLATION] The wording is awkward to say the least; the juxtaposition of propositions bizarre; their ultimate object ambiguous. Is it a single proposition which concerns only taxation, or two very distinct propositions one dealing with civil liability and the other with taxation? I think reasons can be found in support of either interpretation.

He sought his answer in textual arguments: the phraseology of the section, its context, its punctuation and the definition of words.

With respect to phraseology, he linked the two distinct propositions regarding civil liability and taxation by giving them a common basis, [TRANSLATION] "failure to supply water" (p. 1009), and

Cet article 442 est apparu pour la première fois dans la *Loi des cités et villes, 1922*, S.Q. 1922, chap. 65, sanctionnée le 29 décembre 1922. L'article était alors numéroté 441. Il est apparu sous une forme identique mais renuméroté 452 dans une version subséquente de la Loi (S.R.Q. 1925, chap. 102). En fait, le texte de l'article n'a jamais été modifié depuis sa promulgation, sauf qu'il a de nouveau été renuméroté pour se retrouver aujourd'hui sous le numéro 442.

La Cour d'appel, et notamment les juges Vallerand et Chouinard, a invoqué cet article pour écarter la responsabilité de la municipalité. Dans ses motifs, le juge Vallerand achoppe sur l'art. 442 pour écarter l'application de la *common law* et, en particulier, des arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, précités. À son avis, ces arrêts s'appliqueraient «en l'absence de toute disposition pertinente d'une loi du Québec» (p. 1008). Or, l'article 442 selon lui est une telle «disposition pertinente». Il explique (à la p. 1008):

Mais voilà que là où dans *Kamloops* le règlement faisait un devoir explicite à l'inspecteur, ici l'article 442 de la *Loi sur les cités et villes* soustrait celle-ci à toute responsabilité qui aurait trait au manque d'eau.

Le juge Chouinard se rallie à cette opinion (à la p. 1015):

[L]a revue critique de monsieur le juge Vallerand quant aux moyens de responsabilité retenus par le premier juge me convient comme d'ailleurs son interprétation des articles 423 et 442 de la *Loi sur les cités et villes*.

Le juge Vallerand dès le départ note l'ambiguïté du texte de cet article (aux pp. 1008 et 1009):

La rédaction est, à tout le moins, maladroite; la juxtaposition des propositions, bizarre; l'objet de leur somme, ambigu. S'agit-il d'une seule proposition qui n'intéresse que la fiscalité ou alors de deux propositions bien distinctes l'une de responsabilité civile, l'autre de fiscalité? On peut, je pense, trouver bien des raisons à l'appui d'une thèse ou de l'autre.

Pour la résoudre, il s'en remet à des arguments de texte: la phraséologie de l'article, son contexte, sa ponctuation et la définition des mots.

Quant à la phraséologie, il relie les deux propositions distinctes concernant la responsabilité civile et la taxation en leur attribuant une base commune: «le défaut de fournir l'eau» (p. 1009) pour

concluded that s. 442 has a twofold effect: to preclude civil liability and to ensure the payment of taxes. The context of the part of the Act in which s. 442 falls gave him his second argument. This division is titled "Water Supply", which he felt suggests that s. 442 is concerned with the supply of water rather than with taxation, as other sections in the same division would also suggest. On the question of punctuation, Vallerand J.A. was very influenced by the presence of a semicolon (at p. 1009):

[TRANSLATION] It seems to me that the intent was to differentiate the two parts of the sentence without separating them completely as a period (.) or still better two separate sections, would have done.

He concluded from this that the first part of the sentence is not necessarily linked to the second, which opens the way to a separate interpretation of each: the first relating to civil liability and the second to taxation. Finally, Vallerand J.A. dwelt on the word "warrant" ["*garantir*"], which in the *Petit Robert* may mean [TRANSLATION] "or protect it against possible damage: liability resulting from such an obligation", and concluded (at p. 1009):

[TRANSLATION] Without wishing to be simplistic, I do not see how the municipality could be held liable for an insufficiency of water in view of this wording.

With great respect, I am not persuaded by any of these arguments: it is not that I object to arguments based on wording, it is simply that in my opinion they cannot resolve the ambiguity inherent in this section in accordance with the conclusions of the Court of Appeal.

I start from the premise that a clause excluding liability so fraught with consequences for taxpayers has to be sufficiently clear. I really do not see how it can be slipped into a line or so in a provision which contains a little over three lines and which, for the most part, deals with the payment of water taxes. I do not say that this is a conclusive argument, but when we look at the provisions of an Act imposing liability or providing exemptions from liability, we see that the legislator has done this clearly either in a paragraph or in a section specially devoted to this purpose, and generally using the word "liability" or a synonym. (See, for exam-

conclure au double effet de l'art. 442: écarter la responsabilité civile et assurer le paiement des taxes. Le contexte de la section dans laquelle s'inscrit l'art. 442 lui fournit son deuxième argument. Cette section s'intitule «De l'approvisionnement de l'eau» ce qui suggérerait que l'art. 442 viserait plutôt l'approvisionnement d'eau que la taxation comme d'ailleurs le suggéreraient aussi d'autres articles de la même section. Sur l'aspect ponctuation, le juge Vallerand s'attache à la présence du point-virgule (à la p. 1009):

On a, il me semble, voulu distinguer les deux membres de phrase sans pour autant les séparer complètement comme l'auraient fait un point (.) ou mieux encore deux articles distincts.

Il en tire l'argument que le premier membre de phrase n'est pas de ce fait nécessairement relié au second, ce qui donne place à une interprétation distincte de l'un et de l'autre: le premier concernera la responsabilité civile, le second la taxation. Finalement, le juge Vallerand s'attarde au mot «garantir» qui, au *Petit Robert*, peut signifier «ou de le protéger contre un dommage éventuel; responsabilité découlant de cette obligation», pour conclure (à la p. 1009):

Quitte à être simpliste, je vois mal comment, devant pareil texte, on pourrait retenir la responsabilité de la municipalité au cas de manque d'eau.

Avec grande déférence, aucun de ces arguments ne me convainc non pas que je refuse toute validité aux arguments de texte, mais simplement parce qu'à mon avis, ils ne sauraient ici résoudre l'ambiguïté, que recèle cet article, dans le sens des conclusions de la Cour d'appel.

Je pars du principe qu'une clause de non responsabilité aussi lourde de conséquences pour les contribuables se doit d'être suffisamment claire et je vois mal qu'elle soit escamotée, en une seule ligne ou à peu près, dans un texte qui en contient un peu plus de trois et qui traite dans sa plus grande partie du paiement de la taxe d'eau. Je ne dis pas que c'est là un argument péremptoire mais lorsqu'on se reporte aux dispositions de la loi qui imposent une responsabilité ou qui exonèrent de toute responsabilité, on voit que le législateur l'a fait clairement soit dans un paragraphe, soit dans un article spécialement consacré à cette fin et en

ple, s. 585(7) of the *Cities and Towns Act* and arts. 724, 725 and 772 of the *Municipal Code of Quebec*, R.S.Q., c. C-27.1.)

As I mentioned above, s. 442 has been included in each revision of the *Cities and Towns Act* since it was originally enacted in 1922. The real purpose of the section is illustrated by its historical background.

The situation of the city of Beauport is probably the same as that of several other municipalities. The original water supply system was built and operated by a private company. It was later purchased by the municipality. The city grew rapidly and demand eventually exceeded the capacity of the system. It became necessary to expand the system and other sources of water had to be acquired. This situation is well illustrated by several of the city of Beauport's by-laws, the preambles of which contain the following passages:

[TRANSLATION] Whereas the present waterworks for the municipality of the village of Beauport does not cover all its territory; whereas its water supply is insufficient, and the Corporation has acquired new sources which must be connected to the existing system; [By-law No. 48, August 20, 1923]

Whereas it has become necessary to construct earthworks and build extensions to the water distribution and sewer systems in the municipality of the city of Beauport ... [By-law No. 110, April 5, 1948]

Whereas the city of Beauport has for some years been steadily developing and experiencing continuing growth, which regularly requires the making of capital expenditures to meet new demands; [By-law No. 136, April 16, 1951]

These by-laws authorized the acquisition of additional water sources and expansion of the system to meet the continually growing demand. As such measures required funds, the by-laws created a "special annual tax" to defray the cost of developing the water system. Seen in this way, the purpose of s. 442 no longer presents a problem. The municipality was not in a position to guarantee the quantity of water as its rapid growth had made the

utilisant généralement le mot «responsabilité» ou autre synonyme. (Voir, par exemple, l'art. 585(7) de la *Loi sur les cités et villes*, et les art. 724, 725 et 772 du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., chap. C-27.1.)

Comme je l'ai mentionné plus haut, l'art. 442 a été inclus dans chaque refonte de la *Loi sur les cités et villes* depuis sa promulgation originale en 1922. L'objet véritable de l'article est révélé par son contexte historique.

La situation de la ville de Beauport est probablement la même que celle de plusieurs autres municipalités. L'aqueduc original a été construit et exploité par une compagnie privée. Plus tard, le système a été acheté par la municipalité. La ville s'est rapidement étendue et la demande a fini par excéder la capacité du système. L'agrandissement du réseau est devenu nécessaire et d'autres sources d'eau ont dû être acquises. Cette situation est bien illustrée par plusieurs règlements de la ville de Beauport, dont les préambules contiennent les extraits suivants:

Attendu que l'aqueduc actuel de la Municipalité du Village de Beauport ne s'étend pas à tout son territoire; que son approvisionnement d'eau est insuffisant, et que la Corporation a acquis des sources nouvelles qu'il importe de relier au système actuellement existant; [Règlement nº 48, 20 août 1923]

Considérant qu'il est devenu nécessaire de faire des travaux de terrassements et de construire des extensions à la distribution d'eau et au réseau d'égouts, dans la Municipalité de la Ville de Beauport ... [Règlement nº 110, 5 avril 1948]

Attendu que la Ville de Beauport connaît depuis quelques années un développement constant et un progrès sans cesse croissant, qui l'obligent à encourir régulièrement des dépenses capitales pour satisfaire aux nouvelles exigences; [Règlement nº 136, 16 avril 1951]

Ces règlements ont permis l'acquisition de sources d'eau additionnelles ainsi que l'agrandissement du réseau pour faire face à la demande sans cesse croissante. Les démarches exigeant des fonds, les règlements ont créé une «taxe spéciale annuelle» pour défrayer les coûts de développement du réseau d'aqueduc. Considéré sous cet angle, le but de l'art. 442 ne pose plus de problème. La municipalité n'était pas en mesure de garantir la quantité

existing resources inadequate. Moreover, taxpayers could not be allowed to refuse to pay the "special annual tax" solely on the ground of a water shortage, since it was this very tax which was to be used to maintain and develop the system. I do not think there can be any doubt that s. 442 was intended to deal with this situation. In light of this historical and legislative background, I do not see any good reason to give this section a meaning other than its ordinary one.

At this point, I come back to the textual arguments, which despite the foregoing could, I agree, be conclusive. However, in my opinion that is not the case.

The arguments based on the wording of s. 442 rest essentially on the premise that s. 442 contains two separate propositions, and that this is justified by reference to both the context and the punctuation. As to the context, under the heading "Water Supply" are to be found, besides s. 442 and certain other sections, ss. 429, 430, 431, 434, 436 and 439, which deal directly or indirectly with taxation or compensation for the water service. It is not surprising in such a context that s. 442 deals with taxes. Further, the titles placed on various parts of the Act do not prevent provisions dealing with taxation existing alongside those dealing with the water supply. This is clear if one looks at other general titles. The title "Lighting", for example, contains nine sections dealing in general terms with the municipality's authority to provide a lighting system. Section 450 deals expressly with the special tax and compensation. It is in keeping with the logic of the Act that certain aspects of taxation should be included under general headings when they relate more particularly to this specific field. I do not think it can be concluded from the context that s. 442 is more concerned with the water supply than with taxation: it deals with them both, and I do not see how one is to infer the meaning given to the section by the Court of Appeal.

The debate on punctuation seems to me to disregard the conjunction "and" which follows the

d'eau vu que sa croissance rapide rendait insuffisantes les ressources existantes. D'autre part, l'on ne pouvait permettre aux contribuables de ne pas payer la «taxe spéciale annuelle» au seul motif d'une pénurie d'eau, vu que c'était cette même taxe qui était destinée à assurer le maintien et le développement du réseau. Il ne fait pas de doute, quant à moi, que l'art. 442 vise cette situation. Il ne m'apparaît pas y avoir de motif sérieux de donner à cet article un sens autre que son sens ordinaire, à la lumière de ce contexte historique et législatif.

C'est ici que je reviens aux arguments de texte qui, malgré ce qui précède, pourraient, j'en conviens, s'avérer péremptoires. À mon avis, tel n'est toutefois pas le cas.

Les arguments tirés du texte de l'art. 442 reposent essentiellement sur la prémisse que l'art. 442 contient deux propositions distinctes, ce que justifieraient et le contexte et la ponctuation. Or, en ce qui concerne le contexte, sous le titre «De l'approvisionnement de l'eau» se retrouvent, outre l'art. 442 et certains autres articles, les art. 429, 430, 431, 434, 436 et 439 qui traitent directement ou indirectement de la taxation ou de la compensation pour le service d'eau. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que l'art. 442 traite des taxes. En plus, les titres dont sont coiffées les diverses sections de la loi n'empêchent pas que des dispositions visant la taxation co-existent avec celles traitant de l'approvisionnement de l'eau. Cela est apparent si on examine d'autres titres généraux. Par exemple, le titre «De l'éclairage» contient 9 articles ayant trait, en termes généraux, aux pouvoirs de la municipalité de fournir un système d'éclairage. L'article 450 traite expressément de la taxe spéciale et de la compensation. Il est conforme à la logique de la Loi que certains aspects de la taxation soient inclus sous les titres généraux lorsqu'ils se rapportent plus spécialement à ce champ précis. J'estime qu'on ne saurait conclure du contexte que l'art. 442 vise plutôt l'approvisionnement d'eau que la taxation: il vise les deux et je ne vois pas comment on peut en inférer le sens que lui prête la Cour d'appel.

Le débat sur la ponctuation me paraît mettre de côté la conjonction «et» qui suit le point-virgule,

semicolon. The purpose of a conjunction, as we know, is to establish a connection, not a breach. What is the force of this semicolon in such a position? I think the following comment by Pelletier J. in *Montreal Light, Heat and Power Co. v. Cité de Montréal* (1917), 26 K.B. 368, at p. 375, is entirely apposite:

[TRANSLATION] But there is this unfortunate semicolon, which puts the whole matter in doubt!—and it may be a mistake by a proofreader or printer. I find a semicolon to be a rather uncertain basis . . . .

A debate on punctuation cannot take the place of an interpretation based on the legislative context and ordinary meaning of words. The reliability of punctuation as a tool of interpretation has indeed been questioned, and this passage from the opinion of Pelletier J. is cited with approval by P.-A. Côté in his text *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 48. Vallerand J.A. relies on recent authority. However, as I have already noted, the section has retained its original form since 1922. In any case, even modern authorities on punctuation do not seem to agree with Vallerand J.A.'s interpretation. Though they admit that the semicolon separates two propositions, they also note that [TRANSLATION] "The two propositions usually have a logical connection between them" (*Le nouveau Bescherelle 3: La grammaire pour tous* (1980), at p. 184). Here the logical connection between the two propositions would be that the payment of taxes and compensation for the use of water are directly connected with the municipality's refusal to warrant its quantity. There is no reason to assume that the legislator intended to exempt the municipality from its civil liability.

Finally, as to the definition of the word "warrant" suggested by Vallerand J.A., I do not think it is appropriate to substitute a non-legal definition for a legal term. Côté, op. cit., offers the following explanation of this (at p. 199):

Finally, a dictionary may be relatively useless, either because a word has several potentially applicable ordinary meanings, or because the problem associated with the word cannot be resolved simply by looking at the ordinary meaning: . . .

conjonction qui se veut, on le sait, une liaison et non pas une rupture. Quelle est la valeur de ce point-virgule dans cette conjoncture? Me paraît tout à fait à propos cette réflexion du juge Pelletier dans l'arrêt *Montreal Light, Heat and Power Co. c. Cité de Montréal* (1917), 26 B.R. 368, à la p. 375:

Mais il y a ce malheureux point-virgule qui remet tout en question! Et il est peut-être l'erreur d'un correcteur d'épreuves ou de l'imprimeur. Je trouve qu'un point-virgule est une fondation plutôt fragile . . .

Un débat sur la ponctuation ne saurait se substituer à une interprétation basée sur le contexte législatif et le sens ordinaire des mots. La fiabilité de la ponctuation comme outil d'interprétation a déjà été mise en question et cet extrait de l'opinion du juge Pelletier est cité avec approbation par P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 51 et 52. Le juge Vallerand s'appuie sur une autorité récente. Cependant, comme je l'ai déjà noté, l'article a conservé sa forme originale depuis 1922. De plus, même les autorités modernes sur la ponctuation semblent aller contre l'interprétation du juge Vallerand. Même si elles admettent que le point-virgule sépare deux propositions, elles notent aussi que: «Le plus souvent, les deux propositions ont entre elles une relation logique» (*Le nouveau Bescherelle 3: La grammaire pour tous* (1980), à la p. 184). Ici, la relation logique entre les deux propositions serait que le paiement des taxes et la compensation pour usage de l'eau sont directement liés au refus de la municipalité d'en garantir la quantité. Il n'existe aucune raison de supposer que le législateur ait voulu exonérer la municipalité de sa responsabilité civile.

Finalement, quant à la définition du mot «garantie» que propose le juge Vallerand, il ne me paraît pas approprié de substituer une définition non juridique à un terme juridique. Côté, *op. cit.*, en offre l'explication suivante (aux pp. 216 et 217):

Enfin, l'usage du dictionnaire peut s'avérer bien souvent un exercice relativement stérile soit parce qu'un mot a plusieurs sens courants qui peuvent être applicables, soit parce que la question qui fait problème ne peut être réglée uniquement par référence au sens courant: . . .

In the case at bar, the question reaches beyond the dictionary definition of the word "warrant". It is only because Vallerand J.A. finds that two distinct propositions exist in s. 442 that his definition of "warrant" is applicable. In the absence of that dichotomy this interpretation cannot be sustained and is consistent neither with the context of s. 442 nor with the ordinary meaning of the words.

Archambault, loc. cit., 15 *R.G.D.*, discusses the meaning of s. 442. He divides the section into two distinct parts, separated by the all-powerful semicolon. He argues that the first part [TRANSLATION] "is addressed directly to the municipal corporation and clearly limits the content of its obligations" and that it would be superfluous if it were not interpreted as an exclusion of liability for an insufficient water supply (p. 112). He suggests that this results from the fact that the general civil law defences are otherwise available (that is, absence of fault, Act of God and act of a third party). Archambault writes (at p. 113):

[TRANSLATION] And as the legislator is deemed not to speak in vain, he must necessarily have intended to depart from the ordinary law and to reduce the obligations of the municipal corporations in question by granting them delictual civil immunity.

With respect, this interpretation does not necessarily follow from the wording of s. 442. Professor Archambault's argument is based on an isolated reading of the two propositions. If the provision is regarded as a whole, this problem does not arise. The section can simply be read as providing that despite an insufficiency of the water supply, taxpayers cannot refuse to pay the special taxes or compensation for water use.

This is the opinion of Professor L'Heureux, who comments on Vallerand J.A.'s argument on this point, loc. cit., 47 *R. du B.*, at pp. 170-71:

[TRANSLATION] [W]e do not share the view of Vallerand J.A. on the interpretation of s. 442. [Text of s. 442 omitted.]

This section thus contains two parts which must be read together and interpreted in relation to each other. In our view reading the section as a whole indicates that its purpose is not to relieve the municipality of liability for

En l'espèce, la question va au-delà de savoir quelle définition de dictionnaire peut être donnée au mot «garantie». Ce n'est que parce que le juge Vallerand voit dans l'art. 442 deux propositions distinctes que sa définition de «garantie» est applicable. En l'absence de cette dichotomie, cette interprétation ne se justifie pas et n'est conforme ni avec le contexte de l'art. 442 ni avec le sens ordinaire des mots.

Archambault, *loc. cit.*, 15 *R.G.D.*, discute de la portée de l'art. 442. Il divise l'article en deux parties distinctes, séparées par le tout-puissant point-virgule. Il soutient que la première partie «s'adresse directement à la corporation municipale en limitant clairement la teneur de ses obligations» et qu'elle serait superflue si elle n'était pas interprétée comme une exclusion de responsabilité pour un manque d'eau (p. 112). Ceci résulterait du fait que les moyens de défense généraux du droit civil sont par ailleurs disponibles (c.-à-d. absence de faute, cas fortuit, force majeure et fait des tiers). Archambault écrit (à la p. 113):

Et comme le législateur n'est pas censé avoir parlé inutilement, il a nécessairement voulu déroger au droit commun et réduire les obligations des corporations municipales à ce chapitre en leur octroyant l'immunité civile délictuelle.

En toute déférence, cette interprétation ne découle pas nécessairement de la rédaction de l'art. 442. L'argument du professeur Archambault est basé sur une lecture isolée des deux propositions. Si l'on considère la disposition comme un tout, ce même problème ne se pose pas. L'article peut simplement être interprété comme stipulant que malgré l'insuffisance d'eau, les contribuables ne peuvent refuser de payer les taxes spéciales ou la compensation pour l'usage de l'eau.

C'est l'avis du professeur L'Heureux qui commente l'opinion du juge Vallerand sur ce point, *loc. cit.*, 47 *R. du B.*, aux pp. 170 et 171:

[N]ous ne partageons pas l'opinion du juge Vallerand sur l'interprétation de l'article 442. [Texte de l'art. 442 omis.]

Cet article comprend donc deux parties qui doivent se lire ensemble et s'interpréter l'une par rapport à l'autre. Or, la lecture de l'article dans son ensemble nous paraît démontrer qu'il a pour but, non pas d'exonérer la muni-

fault in maintaining hydrants, but to prevent taxpayers refusing to pay the special tax and compensation by alleging an insufficiency of water. The first part of the section simply gives the reason for the second.

I agree.

In conclusion, I do not find the arguments based on the wording of s. 442 persuasive. They must yield to the logic of the particular context of cities and the historical and factual reasons which help to discern both the legislative intent and the real meaning of this provision. There is no reason to torture the text so as to find in it a clause excluding liability when, given its ordinary meaning, s. 442 is not open to extrapolation of this kind. Accordingly, I do not see the enabling legislation as containing provisions which absolve a municipality from its liability for failing to maintain its water system.

If the *Cities and Towns Act* does not confer an immunity on municipal corporations from their extra-contractual liability in respect of the operation of their water and firefighting services, it is clear that the Act also does not impose any specific liability in this regard. However, a municipality could not be exempted from civil liability unless the Act expressly exempted it, or authorized it, by an enabling provision, to exempt itself by way of by-law. A by-law, which is a secondary source of law, limiting or excluding the civil liability of a municipality, cannot validly alter the common law, which is the main source of law, unless an express provision of the Act allows it to do so. There is no such enabling provision in the *Cities and Towns Act*. There is thus the most complete "statutory silence", which in my opinion leaves the field open to the application of the principles of private law, which, as we have seen, is consistent with the common law principles applicable in Quebec and in the rest of Canada.

However, it is still necessary to determine the extent and scope of the obligations the city itself assumed when it decided to establish its water supply system and firefighting service. The solu-

cipalité de ses fautes dans l'entretien des bornes-fontaines, mais d'empêcher que des contribuables refusent de payer la taxe spéciale et la compensation en alléguant l'insuffisance de l'eau. La première partie de l'article donne simplement le motif de la seconde.

Je suis d'accord.

En conclusion, les arguments tirés du texte de l'art. 442 ne me paraissent pas convaincants. Ils doivent céder le pas devant la logique du contexte particulier des villes, ainsi que devant les raisons historiques et factuelles qui permettent de dégager et l'intention du législateur et la véritable portée de cette disposition. Il n'existe aucune raison de torturer le texte pour y voir une clause de non-responsabilité alors que, lu dans son sens ordinaire, l'art. 442 ne se prête pas à une extrapolation de cette nature. En conséquence, je ne vois pas que la loi habilitante contienne de dispositions de nature à absoudre une municipalité de sa responsabilité pour son défaut d'entretien de son aqueduc.

Si la *Loi sur les cités et villes* ne confère pas d'immunité aux corporations municipales quant à leur responsabilité extra-contractuelle relative à l'opération de leur service d'aqueduc et d'incendie, il est acquis que cette même loi n'impose pas non plus de responsabilité particulière à cet égard. Par ailleurs, une municipalité ne saurait être dégagée de sa responsabilité civile que si la loi l'en dégageait expressément, ou encore l'autorisait, par une disposition habilitante, à s'en dégager par voie de règlement. Un règlement, source secondaire du droit, portant sur la limitation ou l'exonération de la responsabilité civile d'une municipalité, ne peut valablement modifier le droit commun, source principale du droit, que si une disposition expresse de la loi le permet. Il n'existe pas de telle disposition habilitante dans la *Loi sur les cités et villes*. C'est donc le «silence statutaire» le plus complet, qui, à mon avis, laisse le champ libre à l'application des principes de droit privé, ce qui est conforme aux principes de *common law* applicables au Québec comme au Canada, ainsi qu'on l'a déjà vu.

Encore faut-il cependant déterminer l'étendue et la portée des obligations que la ville elle-même s'est imposées lorsqu'elle a décidé de mettre sur pied son réseau d'aqueduc et son service de lutte

tion must be sought in the by-laws it adopted in this regard.

F) *By-laws*

1. By-laws Relating to Water System

The power of the city of Beauport to adopt by-laws derives from art. 637 of the *Municipal Code of the Province of Quebec*, S.Q. 1870, 34 Vict., c. 68, revised by s. 6134 of the R.S.Q. 1888, which empowers municipal corporations to adopt by-laws:

637. To provide for the establishment, protection and management of aqueducts, public wells or reservoirs, and to prevent the same from being fouled or wasted.

To grant, for a fixed number of years to any company, person, or firm of persons, who undertakes to construct an aqueduct, public well, or reservoirs, or who assumes the management thereof, an exclusive privilege of laying pipes to supply water within the limits of the municipality, or in any part of the municipality, and to enter into a contract for such supply of water for one or more years but for a period not exceeding twenty-five years.

Such a by-law was adopted by the city of Beauport on April 9, 1897. This by-law made one J. E. Bédard responsible for building and operating a water system in the municipality. Section 1 of the by-law explains its twofold purpose:

[TRANSLATION] I. Whereas it is necessary for reasons of health and fire protection that there be a waterworks in Beauport; and whereas despite the difficulties of such an undertaking a resident of this parish, Mr. J. E. Bédard, attorney, has just built for himself and some of his neighbours a waterworks that would supply water to the area around the village and the Côte des Pères if it were extended as it is capable of being, and whereas the said J. E. Bédard would be prepared to do this at his own expense if the council grants him a waterworks privilege; the said J. E. Bédard, his heirs and assigns, are authorized to build and maintain a public waterworks within the limits of this municipality and to do all work required to that end, provided the municipality is saved harmless from any damages for which it may be liable in connection with the said waterworks. [Emphasis added.]

contre les incendies. C'est dans l'examen des règlements qu'elle a adoptés à cet égard qu'il faut chercher une réponse à cette interrogation.

F) *Les règlements*

1. Règlements relatifs au système d'aqueduc

La compétence de la ville de Beauport en ce qui concerne l'adoption des règlements tire son origine de l'art. 637 du *Code municipal de la province de Québec*, S.Q. 1870, 34 Vict., chap. 68, refondu par l'art. 6134 des S.R.Q. 1888, qui habilite les corporations municipales à adopter des règlements visant à:

637. Pourvoir à l'établissement, à la protection et à l'administration d'aqueducs, de puits publics ou de réservoirs, et empêcher que l'eau publique ne soit salie ou dépensée inutilement.

Accorder pour un nombre d'années quelconque, à toute compagnie, personne ou société de personnes, qui se charge de la construction d'un aqueduc, de puits publics ou de réservoirs, ou qui en prend l'administration, un privilège exclusif pour poser des tuyaux pour approvisionnement d'eau dans les limites de la municipalité, ou dans toute partie d'icelle, et effectuer un contrat pour l'approvisionnement de telle eau pour une ou plusieurs années, mais pour une période de pas plus de vingt-cinq années.

Un tel règlement a été adopté par la ville de Beauport le 9 avril 1897. Ce règlement a confié la construction et la gestion du système d'aqueduc de la municipalité à un nommé J. E. Bédard. L'article 1 du règlement explique son double objectif:

I. Attendu qu'il importe, au point de vue de l'hygiène et de la sécurité contre l'incendie, qu'il y ait un aqueduc à Beauport. Et attendu que malgré les difficultés de l'entreprise, un citoyen de cette paroisse, M. J. E. Bédard, avocat, vient de construire pour lui-même et quelques voisins un aqueduc qui approvisionnerait d'eau les arrondissements du Village et de la Côte des Pères s'il recevait l'extension dont il est susceptible et que le dit J. E. Bédard serait disposé à en faire les frais si ce conseil lui octroie un privilège d'aqueduc; le dit J. E. Bédard, ses héritiers et ayants cause sont autorisés à construire et maintenir un aqueduc public dans les limites de cette municipalité, et à faire tous les travaux requis à cet effet, à la condition de tenir cette municipalité indemne de tous les dommages dont elle pourrait se trouver responsable à l'occasion du dit aqueduc. [Je souligne.]

Section 6 provides that [TRANSLATION] "The Corporation of Beauport may cause whatever number of hydrants it deems appropriate to be placed along the route of the said waterworks, and pay the owner of the waterworks the cost, purchase price and installation charges thereof . . . ." The municipality thus provided that other hydrants could be added to the original system, thereby assuming responsibility for their cost and installation. Though s. 8 provides that [TRANSLATION] "The owner of the waterworks shall not be liable for any damage that may result from an interruption of service from the said waterworks by the freezing of the main pipe or other accident", this type of provision is not surprising in view of the reluctance of a person building and maintaining a water system to guarantee uninterrupted operation. As such, it should be noted that the damages excluded by s. 8 are those which could result from freezing and "accidents", not those that could result from negligent maintenance. The owner still has an obligation to maintain the system. This follows from the provision by which Bédard undertook to do all the work required to this end, provided the municipality was saved harmless from all damages for which it might be held liable in connection with the said waterworks.

This same by-law or municipal contract was revised on November 26, 1906. Section 5 of the 1906 by-law contains the same clause excluding liability as the preceding by-law, except for the additional reservation for [TRANSLATION] "any Act of God". From this it appears that the clause excluding liability was originally intended to exclude liability arising out of unforeseen accidents, not that resulting from fault. Section 3 also indicates that the exemption clause is not absolute: [TRANSLATION] "All work in connection with the said waterworks shall be done by the owner, at his own expense and risk . . .".

The 1906 by-law also includes sections dealing specifically with hydrants.

[TRANSLATION] 18. The Council may require the owner to erect along the route of the waterworks such number of hydrants as it sees fit, by paying the cost,

L'article 6 stipule que «La Corporation de Beauport pourra faire placer sur le parcours du dit aqueduc, le nombre d'hydrants qu'elle voudra, en en payant le coût, prix d'achat et installation au propriétaire de l'aqueduc . . .» Ainsi, la municipalité a prévu que d'autres bornes-fontaines pourront être ajoutées au réseau original, assumant par le fait même la responsabilité pour leur coût et emplacement. Si l'article 8 précise que «Le propriétaire de l'aqueduc ne sera pas responsable des dommages qui pourraient résulter de l'interruption du service du dit aqueduc par gel du maître tuyau ou autre accident», ce type de disposition n'étonne pas vu la réticence de celui qui construit et entretient un réseau d'aqueduc à assurer son rendement ininterrompu. À ce titre, il importe de noter que les dommages exclus par l'art. 8 sont ceux qui pourraient résulter de gel et d'«accidents», et non ceux qui pourraient résulter d'un entretien négligent. L'obligation du propriétaire d'entretenir le réseau demeure. Ceci s'infère de la disposition par laquelle Bédard s'engage à faire tous les travaux requis à cet effet, à la condition de tenir cette municipalité indemne de tous les dommages dont elle pourrait être trouvée responsable à l'occasion du dit aqueduc.

Ce même règlement ou contrat municipal a été révisé le 26 novembre 1906. L'article 5 du règlement de 1906 comporte la même clause de non-responsabilité que le règlement précédent, sauf la réserve additionnelle pour «cas fortuit quelconque». De ceci, il s'infère que la clause de non-responsabilité était à l'origine destinée à exclure la responsabilité provenant d'accidents imprévus et non de celle résultant d'une faute. L'article 3 énonce aussi que la clause de non-responsabilité n'est pas absolue: «Tous les travaux en rapport avec le dit aqueduc seront exécutés par le propriétaire, à ses dépens et sous sa responsabilité . . .»

Le règlement de 1906 comprend également des articles portant spécifiquement sur les bornes-fontaines.

18. Le Conseil pourra faire ériger par le propriétaire sur le parcours de l'aqueduc, le nombre de bornes-fontaines qu'il désirera en en payant le coût, achat et installation

purchase and installation charges to the owner plus an advance of 15 per cent and in consideration of an annual rental of $10.00 per hydrant.

These provisions and the applicable tariff place the municipality on the same footing as a taxpayer with respect to the water system. Taxpayers are responsible for the cost of installing their own water service, including connecting their pipes with the main system. Section 9 imposes certain duties on taxpayers: [TRANSLATION] "Subscribers shall keep their taps in good order at all times . . . ." By analogy, the municipality can be said to assume responsibility for maintaining the water system.

On November 29, 1922, the city of Beauport adopted a by-law providing for repurchase of the water system. This by-law also provided for the acquisition of new water sources for the system, in view of its increased capacity and demand. The preamble states that it [TRANSLATION] "is in the public interest for the corporation of the village of Beauport to acquire the said waterworks and the said sources". This by-law also deals with the use of revenue from the waterworks. Section 7, which sets up a special bank account known as the "Waterworks Account", indicates in general terms the use to be made of this revenue: [TRANSLATION] "The cost of administering and maintaining the waterworks shall be paid from this account". (Emphasis added.) The obligation to maintain the water system could not be more clearly assumed.

Section 9 authorizes a levy to be imposed on taxpayers in the event that revenue from the waterworks is inadequate to cover its entire cost. The by-law gives as an example the cost of purchasing the system and acquiring new sources of water. The management and maintenance of the system are also mentioned as being among its costs. Another by-law, number 48, was adopted by the municipality on August 20, 1923. The purpose of this by-law is described in its preamble:

[TRANSLATION] Whereas the present waterworks for the municipality of the village of Beauport does not cover all its territory; whereas its water supply is insufficient, and the Corporation has acquired new sources which must be connected to the existing system;

au propriétaire plus une avance de quinze par cent et moyennant un loyer annuel de $10.00 par borne-fontaine.

Ces dispositions et le tarif applicable placent la municipalité sur le même pied que le contribuable en ce qui concerne l'aqueduc. Les contribuables sont responsables du coût d'installation de leur propre service d'aqueduc, incluant le raccordement de leurs tuyaux au réseau principal. L'article 9 met à la charge des contribuables certains devoirs: «Les abonnés devront tenir constamment leurs robinets en bon ordre . . .» Par analogie, on peut dire que la municipalité assume la responsabilité de l'entretien du réseau d'aqueduc.

Le 29 novembre 1922, la ville de Beauport a adopté un règlement prévoyant l'aquisition du réseau d'aqueduc. Ce règlement prévoit aussi l'acquisition de nouvelles sources d'eau pour le réseau, vu l'accroissement de sa capacité et de la demande. Le préambule déclare qu'il «est d'intérêt public que la Corporation du village de Beauport fasse l'acquisition du dit aqueduc et des dites sources». Ce règlement porte aussi sur l'utilisation des revenus provenant de l'aqueduc. L'article 7, qui prévoit l'ouverture d'un compte de banque spécial nommé «Compte de l'aqueduc», énonce en termes généraux l'utilisation devant être faite de ces revenus: «À même ce compte seront payés les frais d'administration et d'entretien de l'aqueduc.» (Je souligne.) On ne saurait plus clairement assumer l'obligation d'entretenir le réseau d'aqueduc.

L'article 9 permet l'imposition des contribuables au cas où les revenus de l'aqueduc ne seraient pas suffisants pour assumer tous les coûts. Le règlement cite en exemple le coût d'acquisition du réseau et celui des nouvelles sources d'eau. La gestion et l'entretien du système sont aussi mentionnés au chapitre des coûts du réseau. Un autre règlement, portant le numéro 48, a été adopté par la municipalité le 20 août 1923. L'objectif de ce règlement est décrit dans son préambule:

Attendu que l'aqueduc actuel de la Municipalité du Village de Beauport ne s'étend pas à tout son territoire; que son approvisionnement d'eau est insuffisant, et que la Corporation a acquis des sources nouvelles qu'il importe de relier au système actuellement existant;

Whereas the hydrants and other necessary facilities must be adapted to the said water system to provide protection against fire . . . [Emphasis added.]

While this by-law deals essentially with financing the proposed additions and changes to the system, I feel it is also reasonable to conclude from it that the municipality intended to give an undertaking to improve its water system and allocated the necessary funds for this purpose in order to have a water system sufficient for fighting fires.

Section 16 gives us a detailed picture of the waterworks account. The money collected from taxpayers was placed in this account for the following purposes:

[TRANSLATION] This account shall be used to pay the costs of administering and maintaining the waterworks and sewers, and to make capital and interest payments on bonds issued to purchase the water system under the by-law of November 1922. The balance in the said account shall be used to make payments of interest and capital on bonds issued under this by-law. [Emphasis added.]

This provision, which thus specifies a variety of uses for monies collected, lists them in order of priority: first and foremost are management and maintenance. This leads me to conclude that not only is the municipality undertaking to carry out its obligations, it is giving the highest priority to maintaining its water system.

Section 19 expressly states that hydrants are part of the water system. It provides that:

[TRANSLATION] 19. The municipal or public water system shall consist as such of water sources, basins and reservoirs, mains and hydrants. Public sewers shall consist of all collector sewers, to which private sewers are connected, and all those carrying sewage water from collector pipes to the banks of the St. Lawrence; the Corporation shall be financially responsible for the public water system and public sewers, and they shall be administered, built, maintained and repaired by and at the cost of the Corporation, up to the side lines of public roads. [Emphasis added.]

Attendu qu'il importe d'adapter au dit système d'aqueduc les hydrants et accessoires nécessaires pour en faire une protection contre l'incendie . . . [Je souligne.]

Si ce règlement porte essentiellement sur le financement des développements et modifications proposés au réseau, il m'apparaît par ailleurs raisonnable d'en déduire que la municipalité a voulu s'engager à améliorer son réseau d'aqueduc et y a consacré les deniers nécessaires afin de se pourvoir d'un système d'aqueduc adéquat pour lutter contre les incendies.

L'article 16 nous donne un aperçu détaillé du compte de l'aqueduc. L'argent recueilli des contribuables est placé dans ce compte pour les fins suivantes:

À même ce compte seront payés les frais d'administration et d'entretien de l'aqueduc et des égouts, ainsi que les échéances en capitaux, et intérêts des obligations émises pour l'achat de l'aqueduc en vertu du règlement de Novembre 1922. La balance du dit compte sera affectée au paiement des intérêts et du capital des obligations émises en vertu du présent règlement. [Je souligne.]

Cette disposition, qui prévoit donc des utilisations variées des fonds recueillis, les énumère selon un ordre de priorité: la gestion et l'entretien viennent en tout premier lieu. Ceci nous amène à conclure que, non seulement la municipalité s'engage-t-elle à respecter ses obligations, mais qu'elle accorde la plus haute priorité à l'entretien de son réseau d'aqueduc.

L'article 19 énonce de façon expresse que les bornes-fontaines font partie du réseau d'aqueduc. Il précise que:

19° L'Aqueduc Municipal ou Public proprement dit se composera de sources, bassins, et réservoirs des conduites principales et des bornes-fontaines. Les égouts publics consistant dans tous les égouts collecteurs, sur lesquels les égouts privés font raccordement et tous ceux qui transporteront les eaux d'égouts des tuyaux collecteurs vers les grèves du fleuve St-Laurent; l'aqueduc public et les égouts publics, seront à la charge de la Corporation et seront administrés, faits, entretenus et réparés par et aux frais de la Corporation jusqu'aux lignes latérales des chemins publics. [Je souligne.]

Section 23 contains an exclusion of liability almost identical to that contained originally in the Bédard contract. This new clause provides that:

[TRANSLATION] 23. The Corporation shall not be liable for damage caused by the interruption of water or sewer service from the freezing of mains, drought, accident or Act of God.

As in the earlier case, this clause is limited to "accidents" and other exceptional circumstances. It is not an absolute exclusion of liability, and certainly not an exclusion of liability for fault.

The city of Beauport was incorporated by letters patent on January 11, 1924. From that time onwards, it was subject to the *Cities and Towns' Act, 1922*.

At the time, s. 422 of that Act read as follows:

422. The council may make by-laws to provide for the establishment or acquiring, maintenance, management and regulation of water-works, public wells, cisterns or reservoirs, to supply water to the municipality, and to instal hydrants, fountains, public drinking places and apparatus for filtering and purifying water.

The *Cities and Towns' Act, 1922* was subsequently amended to make the foregoing provision number 433 in the R.S.Q. 1925. However, the wording stayed the same.

On February 7, 1938, the municipality adopted by-law 58 dealing once again with the water system. This by-law amended the earlier by-law dealing with the method of payment for the water service, but the provisions regarding municipal liability remained the same as before. The next by-law was adopted on April 5, 1948. By-law 110 was adopted to allow a further expansion of the system. This by-law authorized the levying of an annual "special tax" to cover the cost of expansion.

On March 14, 1951, the Charter of the town of Beauport was consolidated as c. 91 of S.Q. 1950-51. This Act amended certain provisions of the

L'article 23 comporte une stipulation de non-responsabilité presque identique à celle contenue originalement dans le contrat de Bédard. Cette nouvelle clause dispose que:

23° La Corporation ne sera pas responsable en dommage pour cause d'interruption du service de l'eau ou des égouts par gel des conduites principales, sécheresse, accident ou cas fortuit.

Cette clause, comme dans le cas précédent, est limitée aux «accidents» et autres circonstances exceptionnelles. Il ne s'agit pas d'une exclusion de responsabilité absolue, et certainement pas d'une exclusion de responsabilité pour faute.

La ville de Beauport a été incorporée au moyen de lettres patentes le 11 janvier 1924. À compter de ce jour, elle est soumise à la *Loi des cités et villes, 1922*.

À cette époque, l'art. 422 de cette loi se lisait comme suit:

422. Le conseil peut faire des règlements pour pourvoir à l'établissement ou à l'acquisition, à l'entretien, à l'administration et à la réglementation d'aqueducs, de puits publics, citernes ou réservoirs, pour fournir de l'eau à la municipalité, pour installer des bornes-fontaines, des fontaines et des abreuvoirs publics et des appareils pour la filtration et la purification de l'eau.

Par la suite, la *Loi des cités et villes, 1922* a été modifiée de sorte que dans les S.R.Q. de 1925, la disposition précitée est numérotée 433. Le texte est cependant demeuré identique.

Le 7 février 1938, la municipalité a adopté le règlement numéro 58 concernant une fois de plus le réseau d'aqueduc. Ce règlement modifie le règlement précédent à l'égard des modes de paiement du service d'aqueduc, mais pour les fins de la responsabilité municipale, les textes demeurent les mêmes qu'avant. La réglementation suivante a été adoptée le 5 avril 1948. Le règlement numéro 110 a été adopté afin de permettre une nouvelle expansion du réseau. Ce règlement autorise le prélèvement d'une «taxe spéciale» annuelle pour couvrir les coûts de l'expansion.

Le 14 mars 1951, la charte de la ville de Beauport est consolidée sous le chap. 91 des S.Q. 1950-51. Cette loi modifie certaines dispositions de

Cities and Towns Act, only s. 433 of which is relevant for our purposes:

433. The council may make by-laws to provide for the establishment or acquiring, maintenance, management and regulation of water-works, public wells, cisterns or reservoirs, to supply water to the town, and to instal hydrants, fountains, public drinking places and apparatus for filtering and purifying water, and to supply water to neighbouring municipalities by meter according to the tariff fixed by the council.

The amendment thus reproduced in essence the wording of the earlier Act.

The next by-law dealing with the water system is number 136, dated April 16, 1951. This by-law covered the financing of several projects thought desirable by the council. One of these projects was the water system:

[TRANSLATION] ... the city of Beauport has for some years been steadily developing and experiencing continuing growth, which regularly require the making of capital expenditures to meet new demands;

On January 19, 1956, the council adopted by-law 211 setting water rates. Section H of the by-law, which allowed the municipality [TRANSLATION] "to suspend water service for the time necessary to do repairs on its water system, or in case of fire . . .", indicated that the municipality undertook to maintain and repair the system; to use the system to fight fires and to provide a sufficient quantity of water for that purpose; and to exempt itself from any liability resulting from such interruptions of service. The last point supports my interpretation of the provision excluding liability contained in s. 442 of the *Cities and Towns Act*. As noted, this provision excludes liability resulting from a decrease in the quantity of water as the result of certain events. Those events seem to be limited to accidents and Acts of God, which is supported by Section H, since the council considered it necessary to insert an additional exclusion clause to cover other circumstances.

The next by-law is number 285, adopted on February 28, 1961. The wording of by-law 285 is identical to that of the former by-law, except for

la *Loi des cités et villes*, dont seul l'art. 433 est pertinent pour nos fins:

433. Le conseil peut faire des règlements pour pourvoir à l'établissement ou à l'acquisition, à l'entretien, à l'administration et à la réglementation d'aqueducs, de puits publics, citernes ou réservoirs pour fournir de l'eau à la ville, pour installer des bornes-fontaines, des fontaines et des abreuvoirs publics et des appareils pour la filtration et la purification de l'eau; et pour fournir l'eau aux municipalités voisines au compteur suivant tarif fixé par le conseil.

La modification reproduit donc en substance le texte de loi précédent.

Le règlement suivant relatif au réseau d'aqueduc est le numéro 136, portant la date du 16 avril 1951. Ce règlement prévoit le financement de divers projets jugés désirables par le conseil. Un de ces projets est le réseau d'aqueduc:

... la Ville de Beauport connaît depuis quelques années un développement constant et un progrès sans cesse croissant, qui l'obligent à encourir régulièrement des dépenses capitales pour satisfaire aux nouvelles exigences;

Le 19 janvier 1956, le conseil adopte le règlement 211 établissant les tarifs de l'aqueduc. L'article H du règlement qui permet à la municipalité «de suspendre le service de l'eau pendant le temps nécessaire pour effectuer des réparations sur son réseau d'aqueduc, ou en cas d'incendie . . .» indique que la municipalité s'engage à entretenir et réparer le réseau; à utiliser le réseau pour combattre les incendies, et à assurer une quantité d'eau suffisante pour cette fin; et à s'exonérer de toute responsabilité résultant de telles interruptions du service. Ce dernier élément appuie mon interprétation de la stipulation de non-responsabilité contenue dans l'art. 442 de la *Loi sur les cités et villes*. Cette stipulation, je le rappelle, exclut la responsabilité résultant de la baisse de la quantité d'eau suite à certains événements. Ces événements semblent être limités aux accidents et cas fortuits, ce qu'appuie l'art. H, vu que le conseil estime nécessaire une clause supplémentaire d'exclusion pour couvrir les autres circonstances.

Le règlement suivant est le numéro 285, adopté le 28 février 1961. Sauf pour les modifications aux tarifs, le texte du règlement numéro 285 est identi-

changes in the rates. However, a new clause (q) stated that:

[TRANSLATION] (q) The rates provided and imposed in this by-law are set to enable the city to pay the outstanding debt for the water service and to defray the costs of maintaining that service . . . [Emphasis added.]

All subsequent by-laws contain almost identical provisions, including the last by-law, 581, which provides that the amended rates will be used for maintaining the system.

This retrospective shows that the city of Beauport has always had the power, either under the *Municipal Code* or under the *Cities and Towns Act*, to adopt by-laws relating to the construction of a water system and to maintain that system. This power was exercised. Though the municipal by-laws do not specify the content and extent of the maintenance obligations, the wording of the by-laws leaves no doubt as to the municipality's responsibility to maintain the system. It also specifically provided that part of the money collected from rates would be used to maintain the system. This constitutes an express undertaking to maintain the water system, which, as we have seen, includes hydrants.

In actual fact, the city of Beauport confirmed its obligation to maintain its water system, as appears from the evidence presented of its budgets and the assignment of employees to maintain hydrants.

2. Budgetary Provisions Regarding Waterworks

The budgets of the city of Beauport support the existence of this obligation to repair and maintain the waterworks. The following amounts are shown in the books under the headings and for the years indicated:

1967	Maintain waterworks and sewer	$40,000.00
1968	Maintain waterworks and sewer	$30,000.00
1969	Maintain waterworks and sewer	$32,000.00
1970	Maintain waterworks and sewer	$30,000.00

que à celui de l'ancien règlement. La nouvelle clause q) précise toutefois que:

q) Les tarifs stipulés et imposés dans le présent règlement sont établis pour permettre à la Ville de payer la dette actuellement existante pour le service de l'Aqueduc et pour défrayer les frais d'entretien de ce Service . . . [Je souligne.]

Tous les règlements subséquents contiennent des dispositions à peu près identiques, incluant le dernier règlement, portant le numéro 581, qui dispose que les tarifs modifiés sont consacrés à l'entretien du réseau.

Il ressort de cette rétrospective que la ville de Beauport a toujours été habilitée, soit par le *Code municipal*, soit par la *Loi des cités et villes*, à adopter des règlements relatifs à la construction d'un réseau d'aqueduc, de même qu'à son entretien. Ce pouvoir a été exercé. Même si les règlements municipaux ne précisent pas de façon spécifique le contenu et la portée des obligations entreprises par la municipalité, les textes des règlements ne laissent pas de doute qu'elle a accepté de voir à l'entretien du réseau. Elle a spécifiquement prévu en outre qu'une partie des fonds recueillis au moyen des tarifs seraient alloués à l'entretien du réseau. Ceci constitue un engagement explicite d'entretenir le réseau d'aqueduc, qui, on l'a vu, comprend les bornes-fontaines.

Dans les faits, la ville de Beauport a ratifié son obligation d'entretenir son système d'aqueduc, comme il appert de la preuve relative à ses budgets et à l'affectation d'employés à l'entretien des bornes-fontaines.

2. Dispositions budgétaires relatives à l'aqueduc

Les budgets de la ville de Beauport appuient l'existence de cette obligation de réparer et d'entretenir l'aqueduc. Les montants suivants apparaissent aux livres sous les rubriques et pour les années indiquées:

1967	Entretien Aqueduc et Egout	$ 40,000.00
1968	Entretien Aqueduc et Egout	$ 30,000.00
1969	Entretien Aqueduc et Egout	$ 32,000.00
1970	Entretien Aqueduc et Egout	$ 30,000.00

1971 Maintain waterworks and sewer $43,000.00
1972 Maintain waterworks and sewer $43,000.00

For 1967-1972, money was set aside by the municipality as revenue from [TRANSLATION] "water rates", as indicated below:

1967	$111,000.00
1968	$111,000.00
1969	$161,000.00
1970	$174,500.00
1971	$175,000.00
1972	$225,000.00

The city of Beauport also specifically assigned employees to remove snow from hydrants, as appears from the testimony of the city of Beauport employee responsible for this task, Roger Pascal (c.a., vol. V, at pp. 886-91):

[TRANSLATION]

Q. As a labourer, your work from '67 to '72 consisted more or less of doing what?

A. All kinds of work.

Q. All kinds of work?
A. Yes.

Q. All kinds of work—manual work?
A. Yes.

Q. Which could be what sort of thing?
A. Well, driving trucks . . .

Q. Driving trucks. And doing carpentry work?

A. No.

Q. No. Doing repairs?
A. Repairs, water main and sewer breakdowns . . .

. . .

THE COURT:

Q. The superintendent asked you the day after the fire—that is, the morning of the fire?
A. The morning of the fire.

Q. If you had done what the previous day?
A. Whether I had shoveled the hydrants.

. . .

GRATIEN BOILY:

Q. So far as you can recall, then, you shoveled on Monday?
A. I shoveled on Monday morning.

1971 Entretien Aqueduc et Egout $ 43,000.00
1972 Entretien Aqueduc et Egout $ 43,000.00

Pour les années 1967-1972, des sommes ont été allouées par la municipalité à titre de revenus provenant de l'«abonnement aqueduc», tel qu'indiqué ci-dessous:

1967	$ 111,000.00
1968	$ 111,000.00
1969	$ 161,000.00
1970	$ 174,500.00
1971	$ 175,000.00
1972	$ 225,000.00

En outre, la ville de Beauport a spécifiquement assigné des employés au déneigement des bornes-fontaines comme il appert du témoignage de l'employé de la ville de Beauport chargé de cette tâche, Roger Pascal (d.c. vol. V., aux pp. 886 à 891):

Q. Et comme journalier, votre travail, de soixante-sept ('67) à soixante douze ('72), tout au moins consistait en quels travaux?
R. Tous genres de travaux.

Q. Tous genres de travaux?
R. Oui.

Q. Tous genres de travaux, manuels?
R. Oui.

Q. Qui pouvaient être aussi variables que quoi?
R. «Ben», chauffer des camions . . .

Q. Chauffer des camions. Et puis faire des travaux de menuiserie?
R. Non.

Q. Non. Faire des réparations?
R. Des réparations, des bris d'aqueduc, d'égouts . . .

. . .

LA COUR:

Q. Le surintendant vous a demandé le lendemain du feu là, c'est-à-dire le matin du feu?
R. Le matin du feu.

Q. Si vous aviez fait quoi la veille?
R. Si j'avais pelleté les bornes-fontaines

. . .

Me GRATIEN BOILY:

Q. A votre souvenir à vous, c'est donc le lundi que vous auriez pelleté?
R. J'ai pelleté le lundi matin.

Q. You shoveled on Monday morning? You remember because it was the end of the week?
A. The beginning of the week.
Q. The beginning of the week.
A. Monday morning—it was the beginning of the week.

Q. Vous avez pelleté le lundi matin? Vous vous en rappelez parce que c'était la fin de semaine?
R. Le commencement de la semaine.
Q. Le commencement de la semaine.
R. Le lundi matin, c'est le commencement de la semaine.

3. By-laws Relating to Fire Protection

With regard to firefighting, s. 412 of the *Cities and Towns Act* (426 at the time) applies, a section which I feel needs to be reproduced again here:

412. The council may make by-laws:

. . .

(41) To organize, maintain and regulate a fire department and fire-brigade, and to equip and maintain the same with all necessary appliances by purchase or lease; to provide for the construction of fire stations; to appoint all officers and employees necessary for the extinction and suppression of fires, the protection of property from fire, and the prevention of accidents by fire; to provide for the punishment of any person who may interfere with any member of the fire-brigade in the performance of his duty, or refuse to obey the lawful orders of the chief or deputy-chief of the fire-brigade, or who may tamper with or obstruct any of the signal boxes, wires, or apparatus of the fire-alarm department, or give a false alarm;

By-law 146 was adopted by the city of Beauport on May 22, 1951. Its preamble states that the city of Beauport had just built a fire station, set up a fire department and bought a fire engine. In 1949, the municipality had bought a fire pump and other firefighting equipment. It created and trained a fire brigade. In 1951, the council recognized:

[TRANSLATION] . . . that the situation needs to be legalized by the adoption of a by-law pursuant to s. 426(39) to (44) inclusive of the Cities and Towns Act.

This by-law created a fire department. The power conferred by the *Cities and Towns Act* was actually exercised. Certain relevant provisions of the by-law used peremptory language:

3. Règlements relatifs à la protection contre les incendies

En ce qui concerne la lutte contre les incendies, c'est l'art. 412 de la *Loi sur les cités et villes* qui s'applique (à l'époque numéroté 426), article que je crois utile de reproduire de nouveau ici:

412. Le conseil peut faire des règlements:

. . .

41° Pour organiser, maintenir et réglementer un département des incendies et une brigade de pompiers, et pour les pourvoir de tous les appareils nécessaires, par achat ou louage; pour pourvoir à la construction de postes de pompiers; pour nommer tous les fonctionnaires et employés nécessaires pour éteindre et supprimer les incendies, protéger la propriété contre le feu, et prévenir les accidents par le feu; pour pourvoir à la punition de toute personne qui gêne quelqu'un des membres de la brigade des pompiers dans l'exercice de ses devoirs, ou qui refuse d'obéir aux ordres légaux du chef ou du chef suppléant de la brigade des pompiers, ou qui dérange ou obstrue quelqu'une des boîtes à signaux, ou quelqu'un des fils ou appareils du département des alarmes à incendie, ou qui donne une fausse alarme;

Le règlement 146 a été adopté par la ville de Beauport le 22 mai 1951. Son préambule énonce que la ville de Beauport vient de construire une station de feu, créer un département des incendies et acheter une voiture à boyaux. La municipalité avait, en 1949, acheté une pompe à incendie et d'autres outils pour combattre les incendies. Elle a mis sur pied et entraîné une brigade de pompiers. En 1951, le conseil a reconnu:

. . . qu'il convient de légaliser la situation en adoptant un règlement sous l'autorité de l'article 426, paragraphes 39 à 44 inclusivement de la Loi des cités et villes . . .

Ce règlement crée un département des incendies. Le pouvoir conféré par la *Loi sur les cités et villes* est effectivement exercé. Certaines dispositions pertinentes du règlement utilisent un langage impératif:

[TRANSLATION] 5. The equipment of the department and of the brigade shall always be available at the fire station, so that it can be put into effective use as soon as the first alarm is sounded. [Emphasis added.]

Sections 6 and 7 provided for an inventory of equipment to be kept. This inventory was to be reviewed and submitted to the council twice a year.

[TRANSLATION] 8. The said review shall include, as suggestions for the council, proposed replacements and recommended purchases of apparatus, equipment and accessories to keep the fire department well equipped and the brigade well supplied with whatever is necessary for effective firefighting. [Emphasis added.]

Section 10 of the by-law set out the fire chief's duties. These duties were described in peremptory terms. They were principally to ensure that the equipment was always in good condition and available for firefighting.

Section 11 set out the duties of the chief and deputy chief. Two of these duties should be noted:

[TRANSLATION] (d) to deploy the apparatus of the department and members of the brigade most effectively so as to confine and limit the seat of the fire so far as possible and extinguish it as quickly as possible;

(e) to deploy equipment and firefighters so as to get as close as possible to the seat of the fire, using wherever possible ladders and other equipment by which it can be stopped and put out as soon as possible.

Section 14 authorized the chief or deputy chief to destroy buildings in order to control a fire:

[TRANSLATION] 14. The chief of the fire brigade, and in his absence the deputy chief, is authorized by this by-law to order the demolition of any buildings, houses and enclosures when this is deemed necessary in order to impede the progress of a fire. In their absence, the mayor is authorized to exercise this power.

Section 16 implicitly referred to the city's potential liability for damage caused by the fire brigade:

[TRANSLATION] 16. The mayor is by this by-law authorized to send the fire engine, the hose truck and other departmental apparatus, together with members of the brigade, to assist any outside municipality threatened by fire, provided however that such municipality

5. L'équipement du département et celui de la brigade devront toujours être disponibles à la station de feu, de manière à pouvoir être utilisés efficacement dès la première alarme. [Je souligne.]

Les articles 6 et 7 prévoient la tenue d'un inventaire de l'équipement. Cet inventaire doit être révisé et soumis au conseil deux fois par année.

8. La dite révision devra comporter, à titre de suggestion pour le conseil, les remplacements projetés et les achats opportuns d'appareils, outillages et accessoires en vue de maintenir le département bien équipé et la brigade bien pourvue des nécessités indispensables pour une lutte efficace contre l'incendie. [Je souligne.]

L'article 10 du règlement énonce les obligations du chef des pompiers. Ces obligations sont décrites en termes impératifs. Elles visent principalement à assurer que l'équipement soit toujours en état et prêt à combattre les incendies.

L'article 11 énonce les devoirs du chef et du sous-chef. Deux de ces devoirs doivent être notés:

d) de disposer de la manière la plus efficace possible les appareils du département et les membres de la brigade en vue de circonscrire et limiter au maximum le foyer de l'incendie et d'arriver à l'éteindre dans le plus court temps;

e) de disposer l'outillage et les pompiers en vue de cerner du plus près possible le foyer de l'incendie en utilisant autant que faire se peut les échelles et autres accessoires propres à en arrêter la marche et à l'éteindre au plus tôt.

L'article 14 permet au chef ou au sous-chef de détruire des bâtiments pour contrôler un incendie:

14. Le chef de la brigade des pompiers, et en son absence le sous-chef, est par le présent règlement autorisé à ordonner la démolition de tous bâtiments, maisons et clôtures, lorsque la chose est jugée nécessaire, pour empêcher le progrès d'un incendie. Advenant leur absence, le maire est autorisé à exercer ce pouvoir.

L'article 16 réfère de façon implicite à une éventuelle responsabilité de la ville pour dommages causés par la brigade des pompiers:

16. Le maire est par le présent règlement autorisé à envoyer la pompe à incendie, la voiture à boyaux et les autres appareils du département ainsi que les membres de la brigade au secours de toute municipalité étrangère qui est mise en danger par le feu, à la condition toutefois

shall be liable for expenses or damages resulting therefrom.

In this final section, the municipality implicitly acknowledges that it could be sued for damages arising out of its firefighting activities.

4. Fire Department Budget

The following table, which was entered in evidence, is part of the city of Beauport's budgets for the years shown. The items relating to firefighting were taken from an appendix titled [TRANSLATION] "fire department":

[TRANSLATION]

Expenses:	1967	1968	1969	1970	1971	1972
Department Vehicles, Gas, Oil and Maintenance [Emphasis added.]	$ 300	300	300	1,000	2,000	1,000
Firefighters' Salaries	$2,000	3,000	3,000	4,000	8,000	6,000

(N.B.: In 1971, the words "and municipalities" were added to the heading "Firefighters' Salaries". In 1972, the words "and outside municipalities" were added.)

5. Conclusion

From this analysis I conclude that not only did the city of Beauport intend to operate the water and firefighting service which it created, it expressly assumed an obligation to maintain them, in the spirit and letter of the by-laws which it adopted in this respect and in fact.

Even if one were to come to the opposite conclusion on this point, I share the opinion of Chouinard J.A. when he says (at pp. 1015-16):

[TRANSLATION] Moreover, it goes without saying that the absence of any duty to act in this regard places a municipal corporation beyond the scope of any relevant action. However, once it chooses to exercise a discretion and to offer such municipal services, it has deliberately created for itself obligations which it should respect so as not in so doing to cause damage to third parties by negligent action or wrongful procedure on its part or that of its employees. The measure of its duty to third parties seems to me to be that of the civil law (arts.

que telle municipalité soit responsable des dépenses ou des dommages en résultant.

Dans ce dernier article, la municipalité reconnaît implicitement qu'elle pourrait être poursuivie pour dommages relatifs à la lutte contre l'incendie.

4. Budget du département des incendies

Le tableau ci-dessous, déposé en preuve, fait partie des budgets de la ville de Beauport pour les années y indiquées. Les postes relatifs à la lutte contre les incendies ont été tirés d'une annexe intitulée «Département d'incendie»:

Dépenses:	1967	1968	1969	1970	1971	1972
Voitures du Département, Gaz, Huile et Entretien [Je souligne.]	$ 300	300	300	1 000	2 000	1 000
Salaires des Pompiers	$2 000	3 000	3 000	4 000	8 000	6 000

(N.B.: En 1971, les mots «et municipalités» ont été ajoutés au titre «Salaires des Pompiers». En 1972, les mots «et municipalités extérieures» ont été ajoutés.)

5. Conclusion

De cette analyse je conclus que la ville de Beauport non seulement a entendu opérer le service d'aqueduc et de lutte contre les incendies qu'elle a mis sur pied, mais elle a explicitement assumé l'obligation de les maintenir et entretenir dans l'esprit et la lettre des règlements qu'elle a adoptés à cet égard ainsi que dans les faits.

Même si on devait en venir à la conclusion contraire sur ce point, je partage l'opinion du juge Chouinard de la Cour d'appel lorsqu'il dit (aux pp. 1015 et 1016):

D'autre part, l'absence d'obligation d'agir à ce sujet dispense une corporation municipale de toute action pertinente, cela va de soi. Dès lors cependant qu'elle a choisi d'exercer une discrétion et d'offrir de tels services municipaux, elle s'est créée volontairement des obligations qu'elle devrait respecter de façon à ne pas causer de dommages, de ce fait à des tiers par un défaut de diligence, une façon d'agir fautive de sa part ou de celle de ses préposés. La mesure de son obligation vis-à-vis les tiers me semble être celle du droit civil (art. 1053, 1054

1053, 1054 and 1055 C.C.) This, I think, is how art. 356 C.C. is to be construed .... [Text of article not reproduced.]

This is also the interpretation given to it by many writers in the past.

. . .

In short, the private law duty of care applies to a municipal corporation when it undertakes to implement decisions which may have been discretionary at the outset. Thus, if such a corporation decides to establish a service it undertakes to provide it in a reasonable manner, so as to avoid causing damage to individuals. Applying the civil law to relations between municipal corporations and persons (art. 356 C.C.), our Court of Appeal arrived at an equivalent result in *Cité de Pont-Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, as in certain other earlier decisions.

This is what I would call the necessary implication of the by-laws relating to firefighting and water services, if one considers, as one must, the objectives of such by-laws, namely effective firefighting.

To begin with, it would seem wholly improbable and would be completely contrary to common sense for a municipality to acquire equipment to fight fires and assign firefighters for that purpose, at considerable cost to taxpayers, without intending to be responsible for the maintenance of such equipment. This goes without saying, and it is so obvious that, when it created a firefighting service, the city did not think it useful or necessary to adopt a by-law dealing with maintenance. It simply proceeded as a matter of fact to provide maintenance and allocate the money and employees necessary for that purpose.

In my view, in a case like the one at bar, where the Act gives a municipality the power to create a firefighting service and provide for its maintenance, the absence of a specific and express by-law covering what necessarily and implicitly follows from the by-law adopted cannot serve as a basis for negating its obligations in this regard. The statutory silence will be interpreted in accordance with the evidence and the facts of the case.

In this regard, I feel that once the policy decision to establish a firefighting service has been

et 1055 C.C.). C'est ainsi qu'il faut, il me semble interpréter l'article 356 C.C.: ... [Texte de l'article non reproduit.]

C'est d'ailleurs l'interprétation donnée dans le passé par plusieurs auteurs.

. . .

En somme l'obligation de diligence du droit privé s'applique à une corporation municipale dans la mise en exécution de décisions pourtant discrétionnaires au départ. Ainsi, une telle corporation décide-t-elle de l'établissement d'un service qu'elle s'oblige à le dispenser d'une façon raisonnable, en évitant de causer des dommages aux individus. Par l'application du droit civil aux relations entre les corporations municipales et des personnes (art. 356 C.C.) notre Cour d'Appel en arrivait à un résultat équivalent dans *Cité de Pont-Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.* comme dans quelques autres décisions antérieures.

C'est ce que j'appellerais les implications nécessaires des règlements relatifs aux services d'incendie et d'aqueduc si on tient compte, comme on doit le faire, des objectifs visés par ces règlements, soit une lutte efficace contre les incendies.

En premier lieu, il paraîtrait tout à fait invraisemblable et aller complètement à l'encontre du bon sens qu'une municipalité se dote d'un équipement pour combattre les incendies, y affecte des pompiers, à un coût considérable pour les contribuables, sans avoir l'intention d'en assumer le maintien. Cela va de soi et c'est tellement vrai qu'en créant un service des incendies, la ville n'a cru ni utile ni nécessaire d'adopter un règlement pourvoyant à son entretien. Elle s'est contentée dans les faits d'y voir et d'y affecter les sommes et les employés nécessaires.

À mon avis, dans un cas comme celui-ci où la loi donne le pouvoir à une municipalité de créer un service des incendies et de voir à son entretien, l'absence de règlement spécifique et explicite quant à ce qui découle nécessairement et implicitement du règlement adopté ne saurait servir de base à une négation de ses obligations à cet égard. Le «silence statutaire» sera interprété suivant la preuve et les faits de l'espèce.

À ce propos, j'estime qu'une fois prise la décision politique de se doter d'un service des incen-

made, a municipality implicitly assumes a duty to maintain that service, subject to the following: both the extent and scope of the policy decision made by the municipality, and the presence in the enabling legislation of provisions exempting it from liability, or expressly allowing it to exclude its liability by way of by-law, must be taken into account. In this respect I agree with Professor L'Heureux when he writes (loc. cit., 16 *R.G.D.*, at p. 148):

[TRANSLATION] In this regard, when a municipality has the discretionary power to establish and maintain a service, it seems to us to go without saying that if it decides to establish such a service, it must take the necessary steps to maintain the service and the necessary facilities and that it will be liable if it does not do so. Maintenance of a service and the necessary facilities follows necessarily and logically from its creation. Moreover, maintenance of a service and the facilities is related much more to the implementation than to the establishment of a policy. It follows from the implementation of the policy to create the service.

On the other hand, if the authority to maintain the service and the facilities is discretionary under the law, the municipality may decide not to maintain the service or not to maintain the facilities. It must, however, then make a clear decision to this effect, since, in the absence of a policy decision to the contrary, the maintenance obligation results from the creation of the service, as we have said.

In short, a municipality incurs extra-contractual civil liability in the event of fault or negligence on its part in the performance of the obligations it has thus assumed unless the law expressly exempts it from liability or allows it to exclude its liability by way of by-law and the municipality does so. (I note in passing that this obligation will clearly be one of means and not of result.) The facts of the case at bar support this view, but even in the absence of such facts it is also supported by the expectations created in taxpayers who have assumed the cost of acquiring a firefighting service, and who accordingly have every reason to think they will be able to rely on that service to fight fires on their properties. If such taxpayers do not expect all fires to be prevented, they can at least expect to rely on the municipality to fight fires as effectively as possible. If no liability is

dies, une municipalité assume implicitement un devoir d'entretien de ce service, sous les réserves suivantes: il doit être tenu compte, d'une part, de l'étendue et de la portée de la décision politique prise par la municipalité et, d'autre part, de la présence dans la loi habilitante de dispositions qui l'exonèrent ou lui permettent expressément de se dégager, par règlement, de sa responsabilité. À cet égard, je suis d'accord avec le professeur L'Heureux quand il écrit (*loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, à la p. 148):

À ce sujet, lorsqu'une municipalité a le pouvoir discrétionnaire d'établir et de maintenir un service, il nous paraît aller de soi qu'elle doit, si elle décide de l'établir, prendre les mesures nécessaires pour le maintenir et pour entretenir les installations requises et qu'elle engage sa responsabilité si elle ne le fait pas. Le maintien d'un service et l'entretien des installations requises découlent, en effet, nécessairement et logiquement de sa création. De plus, le maintien d'un service et l'entretien des installations relèvent beaucoup plus de l'exécution d'une politique que de son établissement. Ils découlent de l'exécution de la politique de créer le service.

Par contre, si le pouvoir de maintenir le service et d'entretenir les installations est discrétionnaire en vertu de la loi, la municipalité peut décider de ne pas le maintenir ou de ne pas entretenir les installations. Elle doit, toutefois, prendre alors une décision claire à ce sujet puisque, sauf décision politique contraire, l'obligation de maintien et d'entretien découle de la création du service, comme nous l'avons dit.

Bref, une municipalité engage sa responsabilité civile extra-contractuelle au cas de faute ou négligence de sa part dans l'exécution des obligations qu'elle a ainsi contractées sauf si la loi l'en dégage explicitement ou l'autorise à ce faire par voie réglementaire, et que la municipalité le fait. (Je note en passant qu'évidemment cette obligation en sera une de moyens et non de résultat.) Cette opinion se justifie ici dans les faits mais elle se justifie aussi, même en l'absence de ces faits, par l'expectative qu'elle suscite chez les contribuables qui ont assumé le coût de se doter d'un service d'incendie, et qui, de ce fait, ont tout lieu de croire qu'ils peuvent faire appel à ce service en toute confiance pour combattre l'incendie qui ravage leur propriété. Si aucune expectative n'est créée pour prévenir les incendies, il existe une expectative, soit celle de pouvoir compter sur la municipa-

incurred by the fact of the fire itself, fault in the firefighting process will give rise to liability.

While it is true that the municipality is anxious to ensure effective protection in the event of a conflagration, this function is not unique or at variance with that of ensuring effective protection for taxpayers in the event of fires on their properties. What is at issue here is not a contractual obligation to each taxpayer in the city but instead the obligational content of the city's exercise of its discretionary power to equip itself with such a service.

How could the purchase of costly equipment at taxpayers' expense be justified if it were only to be used in the event of a conflagration? Certainly the city could, for lack of resources or some other reason, limit its service or even decide not to establish such a service, but if that were its decision it would be a policy-making decision that it would have to embody in a specific by-law. Taxpayers would be informed of the decision by this means, which is the purpose of a by-law, and they would have no expectations apart from what was contained in the by-law. They could in no way raise objections except at election time. Such a by-law does not exist here.

I therefore conclude that in the case at bar the by-laws enacted by the city of Beauport to acquire a water and firefighting service necessarily, if not specifically, imply a duty to maintain such service. This duty is confirmed by the city's actions. This conclusion necessarily takes us back to the crux of the matter, which is to determine the rules applicable in such an operational context to the liability of municipal corporations in Quebec for their firefighting services, in view of the complete statutory silence in this regard and on the basis that public law governs public bodies in Quebec.

We should now determine the scope of art. 356 *C.C.L.C.*

lité pour combattre le feu le plus efficacement possible. Si aucune responsabilité ne pourra être encourue du fait de l'incendie lui-même, les fautes dans la lutte contre les incendies seront génératrices de responsabilité.

S'il est exact que la municipalité désire s'assurer une protection efficace en cas de conflagration, ce rôle n'est pas unique ni contradictoire avec celui d'assurer une protection efficace aux contribuables en cas d'incendie de leur immeuble. Il ne s'agit pas ici d'une obligation contractuelle envers chacun des contribuables de la ville mais bien plutôt du contenu obligationnel de sa décision discrétionnaire de se doter d'un tel service.

Comment, en effet, pourrait-on justifier l'achat d'équipement dispendieux aux frais des contribuables qui ne servirait qu'en cas de conflagration? Certes, la ville, faute de ressources ou autrement, pourrait restreindre l'étendue de son service, ou même décider de ne pas s'en doter, mais, si telle est sa décision, il s'agira d'une décision politique de gestion publique qu'elle devra entériner dans un règlement spécifique. Les contribuables en seraient ainsi informés, ce qui est le but d'un règlement, et ils n'auraient aucune expectative sauf dans le cadre fixé par le règlement. Ils ne sauraient non plus s'en plaindre, sauf par voie électorale. Tel règlement n'existe pas ici.

Je conclus donc qu'en l'espèce les règlements de la ville de Beauport de se doter d'un service d'aqueduc et d'un service des incendies impliquent nécessairement sinon spécifiquement un devoir d'entretien de ce service, devoir ratifié dans les faits. Cette conclusion nous ramène nécessairement au véritable débat qui est de déterminer les règles applicables dans un tel contexte opérationnel à la responsabilité des corporations municipales au Québec en matière de lutte contre les incendies, face au silence statutaire le plus complet à cet égard et compte tenu que le droit public régit les corps publics au Québec.

C'est ici qu'à mon avis il y a lieu de déterminer la portée de l'art. 356 *C.c.B.-C.*

G) *Article 356 C.C.L.C.*

This article, which I will cite here again, reaffirms that, generally speaking, public law governs public bodies:

356. Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

Civil corporations constituting, by the fact of their incorporation, ideal or artificial persons, are as such governed by the laws affecting individuals; saving the privileges they enjoy and the disabilities they are subjected to.

Even though art. 356 *C.C.L.C.* provides that in certain cases public law will not be applicable to public corporations, it does not set out any criteria for determining in which respects private law applies.

This article was introduced when the civil law of Quebec was codified in 1866 and has not been amended since. In general the Commissioners preparing the codification relied on the Code Napoléon as the primary source of their recommendations, amending and adapting it where required as they were authorized to do. However, they did draw on other sources from time to time. This was true of Title Eleventh of their Report, headed "Of Corporations" (*Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports* (1865)). "This title is quite new: it is not to be found in the Code Napoleon" (p. 229), they said by way of introduction, as the Code Napoléon apparently considered that corporations "should form no part of the civil law properly so called; they would therefore depend on that part of the public law called administrative law" (p. 229), according to a writer cited by the Commissioners. The latter commented (at pp. 229-31):

This assertion appears to be incorrect. It is true corporations owe their legal existence to the public authority (royal or legislative). Once created and organised, they become artificial persons, capable of certain rights and privileges and bound by certain duties and obligations; but these rights and these duties are not in all respects those of ordinary persons; the very nature of corporations, their object and destination, are the necessary causes of several of these differences, while others

G) *L'article 356 C.c.B.-C.*

Cet article, qu'il y a lieu de reproduire ici de nouveau, rappelle que, de façon générale, le droit public régit les corps publics:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

Même si l'art. 356 *C.c.B.-C.* prévoit qu'en certains cas le droit public ne sera pas applicable aux corporations publiques ce même article ne fait état d'aucun critère susceptible de déterminer à quels égards le droit privé s'applique.

Cet article a été introduit lors de la codification du droit civil au Québec en 1866 et il n'a pas été modifié depuis. En règle générale, les Commissaires chargés de la codification se sont inspirés du Code Napoléon comme source principale de leurs recommandations, le modifiant et l'adaptant au besoin, selon leur mandat. Ils ont toutefois puisé à l'occasion à d'autres sources. C'est le cas du Titre Onzième de leur Rapport, titre intitulé: «Des Corporations» (*Code Civil du Bas Canada: Premier, Second et Troisième Rapports* (1865)). «Ce titre est tout nouveau; il ne se trouve pas au Code Napoléon» (p. 228), disent-ils en exorde, le Code Napoléon considérant, semble-t-il que les corporations «ne feraient pas partie du droit civil proprement dit; elles dépendraient donc de cette partie du droit public dénommé *droit administratif*» (p. 228), selon un auteur que citent les Commissaires. Ces derniers commentent (aux pp. 228 et 230):

Cette assertion a paru incorrecte. Il est vrai que les corporations doivent leur existence légale à l'autorité publique (royale ou législative). Une fois créées et organisées, elles deviennent *personnes morales et fictives*, capables de certains droits et privilèges et tenues à certains devoirs et obligations; mais ces droits et ces devoirs ne sont pas à tous égards ceux des personnes ordinaires; la nature même des corporations, leur objet et leur destination, sont les causes nécessaires de plu-

proceed from precautions which public interest has caused to be taken against the enterprises and inroads to which public bodies are generally inclined, the responsibility of which being divided among the members is less strongly felt by each of them.

It was therefore necessary, by special rules, to provide for these exceptional objects, many of which cannot fall within the direct operation of the public law. These rules tending to organise the relations of these artificial persons with the other members of society must necessarily be borrowed from the civil law, of which they form a part, as well as those which govern the rights, obligations, incapacities and privileges of minors, absentees, insane persons, etc.

The omission in the Code Napoleon of all provisions on this subject is probably due to the little attention paid formerly in France to corporations ... [Emphasis added.]

The Commissioners went on to explain (at p. 231):

To fill up the void which is thus left there, the Commissioners have prepared and submit the present title, intituled: "Of Corporations", in imitation of that to be found in the code of Louisiana, from which, however, they have obtained but little aid.

It will be felt that it was necessary to treat only of those corporations which fall under the control of the civil law, those governed by the public and administrative law not falling within the jurisdiction of the Commissioners; it was equally necessary for them to limit themselves to laying down the general rules, without entering into the details, nor into the enumeration of those which are peculiar to each corporation, which are to be found in the charter of each of them, and which vary according to the circumstances, their nature and the object for which they are destined.

It is for these objects that it is at once declared as a principle, that each corporation is above all obliged to conform to the conditions which have been imposed upon it by its charter, and also by the general laws made for the government of all kinds of corporations; and this other principle that, as artificial persons, corporations, in their relations with the other members of society, are clothed with the same powers and are bound by the same obligations as natural persons are, in so far as they are not hindered or exempted therefrom, either by the nature of their constitution, or by a special or general law.

Municipal corporations, which now hold so important a place in this province, have only been introduced here

sieurs de ces différences, tandis que d'autres procèdent des précautions que l'intérêt public a fait prendre contre les envahissements et les empiétements auxquels sont naturellement portés les corps en général, dont la responsabilité partagée entre les membres est moins fortement sentie par chacun d'eux.

Il fallait donc, par des règles particulières, pourvoir à ces objets exceptionnels, dont plusieurs ne peuvent tomber sous l'action directe du droit public. Ces règles tendant à organiser les rapports de ces êtres fictifs avec les autres membres de la société, ont dû être empruntées au droit civil, dont elles font partie tout aussi bien que celles qui régissent les droits, les obligations, les incapacités et les privilèges des mineurs, des absents, des insensés, etc.

L'omission au Code Napoléon de toutes dispositions sur le sujet est due probablement au peu de cas que l'on faisait autrefois en France des corporations ... [Je souligne.]

Plus loin, les Commissaires expliquent (à la p. 230):

Pour remédier à la lacune qui y est ainsi laissée, les Commissaires ont préparé et soumettent le présent titre intitulé: «Des Corporations», à l'instar de celui qui se trouve au Code de la Louisiane, dont, au reste, ils n'ont pu s'aider que médiocrement.

L'on sent bien qu'il a fallu se contenter de traiter uniquement des corporations qui tombent sous le contrôle du droit civil; celles régies par le droit public et administratif n'étant pas du ressort des Commissaires; l'on a dû également se restreindre à poser les règles générales, sans entrer dans les détails, ni dans l'énumération de celles qui sont particulières à chaque corporation, qui se trouvent dans le titre de création de chacune d'elles, et qui varient suivant les circonstances, la nature et l'objet de leur destination.

C'est à ces fins que l'on proclame d'abord en principe que chaque corporation est avant tout tenue de se conformer aux conditions qui lui ont été imposées par son titre de création, et aussi aux lois générales faites pour réglementer les corporations de toutes espèces, et cet autre principe, que, comme personnes morales, les corporations sont, dans leurs rapports avec les autres membres de la société, revêtues des mêmes pouvoirs et tenues aux mêmes obligations que les personnes naturelles, en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une loi particulière ou générale.

Les corporations municipales, qui jouent maintenant dans la province un si grand rôle, n'y ont été introduites

within a few years (1840); the act which gave them to us (4 Vict. ch. 4) has been frequently modified by many different laws, which are all re-united and put in order in chapter 61 of the Consolidated Statutes of Lower Canada. In this statute, which forms the charter, not of creation, but of government of all municipal corporations present and future, are to be sought the rules according to which they are formed, organized and conducted. [Emphasis added.]

The Commissioners accordingly borrowed certain material of a general nature from the *Louisiana Civil Code*. Though Title Eleventh is found to contain several articles similar to those in the *Louisiana Civil Code*, the latter contains no provision similar to art. 356 *C.C.L.C.* The comments on this article in the Report of the Commissioners, Second Report, May 22, 1862, are to the effect that (at p. 233):

The secular are divided into political and civil; the former, governed by the public law, only fall under the control of the civil law in their relations with the other members of society, while civil corporations, being persons in the enjoyment of the civil state, are governed by the laws applicable to natural persons, saving certain privileges and certain incapacities.

It will be noted that the words "in certain respects" and "individual" are not there. However, the text they proposed contains these words (p. 349). Despite intensive research, it was not possible to find any explanation by the Commissioners for this addition. One may speculate as to the authors' intention in this respect, but one thing is certain: the Commissioners did not intend by this provision to exempt public corporations from the ordinary obligations of every citizen under the civil law "in so far as they are not hindered or exempted therefrom, either by the nature of their constitution, or by a special or general law". (In order to explain the absence of a similar provision from the *Louisiana Civil Code*, Professor Archambault, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at pp. 107-9, refers to the state of the law as it was in Louisiana at that time.)

The judgment in *Langelier v. Giroux* (1932), 52 K.B. 113, referred to by Pigeon J. in the passage cited above, after finding that the immunity of a witness before a court of law came within English public law, added that [TRANSLATION] "the pre-

que depuis un petit nombre d'années (1840); l'acte qui l'en a dotée (4 Vict. ch. 4) a souvent été modifié par plusieurs lois différentes, qui toutes se trouvent réunies et mises en ordre dans le chap. 61 des Statuts Refondus du Bas Canada. C'est dans cet acte, qui est la charte non de création mais du moins de régie de toutes les corporations municipales existantes et futures, qu'il faut chercher les règles d'après lesquelles elles se forment, s'organisent et se conduisent. [Je souligne.]

C'est donc au *Code civil de Louisiane* que les Commissaires ont emprunté certaines données de nature générale en la matière. Or, même si on retrouve au Titre Onzième plusieurs articles analogues à ceux du *Code civil de Louisiane*, celui-ci ne contient pas de disposition similaire à celle de l'art. 356 *C.c.B.-C.* Les commentaires sur cet article au Rapport des Commissaires, Second rapport, 22 mai 1862, sont les suivants (à la p. 232):

Les séculières se subdivisent en politiques et en civiles; les premières, régies par le droit public, ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports avec les autres membres de la société, tandis que les civiles, étant personnes jouissant de l'état civil, sont régies par les lois applicables aux personnes naturelles, sauf certains privilèges et certaines incapacités.

On remarque que les mots «à certains égards» et «individuellement» ne s'y trouvent pas. Toutefois le texte qu'ils proposent les contient (p. 348). Malgré des recherches intensives, il n'a pas été possible de retracer d'explication de la part des Commissaires sur cet ajout. On peut spéculer sur l'intention des auteurs à cet égard mais une chose est certaine, les Commissaires n'entendaient pas par cette disposition soustraire les corporations publiques aux obligations normales de tout citoyen en vertu du droit civil «en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une loi particulière ou générale». (Pour expliquer l'absence de disposition similaire au *Code civil de Louisiane*, le professeur Archambault, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, aux pp. 107 à 109, réfère à l'état du droit existant en Louisiane à l'époque.)

L'arrêt *Langelier c. Giroux* (1932), 52 B.R. 113, auquel réfère Me Pigeon dans l'extrait que j'ai cité plus haut, après avoir statué que l'immunité d'un témoin devant une cour de justice relevait du droit public, ajoutait que «les préceptes de la loi

cepts of English common law may have an effect . . . on the application of our art. 1053, but not so as to counteract the French theory of fault and delictual liability" (p. 126). That judgment forms part of a virtually consistent line of decided cases recognizing the authority of the civil law where the contractual and extra-contractual liability of public bodies is concerned (*Doolan, supra*; *Brown v. Corporation de Montréal* (1871), 4 R.L. 7 (Sup. Ct.), at p. 10).

As Professor Archambault comments, loc. cit., 41 *R. du B.*, at pp. 15-16:

[TRANSLATION] To proceed with our approach, we can say that "in certain respects" generally includes the area of the civil delictual liability of municipal corporations. In 1871 Beaudry J., referring to U.S. and common law as well as *Civil Code* sources, found that municipal corporations were covered by the "ordinary rule" of liability. In the same year, in an action brought against a municipal corporation for the acts of its employees, the Court of Appeal held that the liability of municipal corporations should be decided by French law. Since that time the courts, though occasionally hesitating, have regularly recognized the authority of the civil law in the solution of such conflicts. Academic commentators have done the same. [Emphasis added.]

He cites a long list of judicial and academic authorities in support, including Mignault, Langelier, Nadeau, Tremblay and Savoie, Dussault, Garant, L'Heureux and McNicoll.

In *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, Mignault wrote the following concerning art. 356 *C.C.L.C.* (at p. 335):

[TRANSLATION] Article 356 sets out a provision of great importance when it speaks of the control the civil law may exercise over political corporations. As a political entity, the corporation does not fall within the civil law. But political though it may be, it must nonetheless have certain relations with individuals which may be regarded as private, and those relations are covered by the civil law. Thus, a city governs its citizens and exercises legislative powers: in this respect it is covered by public law and is independent of the civil law. However, if one of its officers is guilty of fault injuring a third party, or the city itself abuses its powers and forces a citizen to pay money which he does not owe, the civil law will require it to compensate for the injury committed or to repay the money paid in error. This distinction emerges very clearly from the judgment rendered in

commune d'Angleterre peuvent intervenir [. . .] dans le jeu de notre article 1053, mais sans contrecarrer la doctrine française de la faute et de la responsabilité délictuelle» (p. 126). Cet arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure unanime ou presque à reconnaître l'autorité du droit civil lorsqu'il s'agit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle des corps publics (*Doolan*, précité; *Brown c. Corporation de Montréal* (1871), 4 R.L. 7 (C.S.), à la p. 10).

Comme le mentionne le professeur Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, aux pp. 15 et 16:

Nous pouvons affirmer, pour la poursuite de notre démarche, que «à certains égards» englobe généralement le champ de la responsabilité civile délictuelle des corporations municipales. Dès 1871, s'inspirant tant des sources américaines et de *Common Law* que du *Code civil*, le juge Beaudry soumettait les corporations municipales à la «règle ordinaire» de responsabilité. La même année, dans un litige engagé contre une corporation municipale pour les actes posés par des employés, la Cour d'appel statua que le droit français devait décider de la responsabilité des corporations municipales. Sauf certaines hésitations, la jurisprudence a, depuis, constamment reconnu l'autorité du droit civil dans la solution de tels conflits. La doctrine en a fait autant. [Je souligne.]

Il cite une nombreuse jurisprudence et doctrine à l'appui, dont Mignault, Langelier, Nadeau, Tremblay et Savoie, Dussault, Garant, L'Heureux et McNicoll.

Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, écrivait à propos de l'art. 356 *C.c.B.-C.* (à la p. 335):

L'article 356 énonce une disposition d'une grande importance en parlant du contrôle que les lois civiles peuvent exercer quant aux corporations politiques. En tant que politique, la corporation ne tombe pas sous le coup des lois civiles. Mais toute politique qu'elle est, elle ne laisse pas d'avoir certains rapports, je pourrais dire privés, avec les citoyens et ces rapports sont régis par le droit civil. Ainsi, une ville gouverne ses citoyens, exerce des pouvoirs législatifs; elle est régie en cela par le droit public, elle est indépendante du droit civil. Mais l'un de ses agents se rend coupable d'une faute au préjudice d'un tiers, la ville elle-même abuse de ses pouvoirs et force un citoyen à lui payer une somme qu'il ne lui doit pas: le droit civil lui imposera la réparation du tort commis ou le remboursement de la somme payée indûment. Cette distinction ressort très clairement de l'arrêt

Brown v. La cité de Montréal (4 R.L., p. 7 and 17 L.C.J., p. 46). [Emphasis added.]

Ten years later Langelier stated it as follows, in *Cours de droit civil de la province de Québec* (1906), t. 2, at p. 65:

[TRANSLATION] Many corporations, like the state, fall under public rather than private law: examples are municipal corporations and school corporations. They are persons capable of having rights and obligations under civil law, but this is the least important aspect of their existence as corporations. As you will see when you study this part of public law, they are a kind of mini-state within the state, they have their independent constitutions and governments. Like the state, they only fall under civil law insofar as they are legal persons, that is, insofar as they are capable of having rights and obligations.

The last paragraph of our article states a very important rule: it is that when a corporation is created it becomes a person exactly like physical persons, and has the same rights as physical persons, unless there is legislation to the contrary or there is some inconsistency between the nature of the corporation and certain rights. [Emphasis added.]

The Privy Council (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96) even said (at p. 111) that citizens of the province of Quebec:

... should enjoy their property, usages and other civil rights, as they had before done, and that in all matters of controversy relative to property and civil rights resort should be had to the laws of Canada, and be determined agreeably to the said laws. In [the *Quebec Act*] the words "property" and "civil rights" are plainly used in their largest sense;

Two aspects of these consistent judicial and academic opinions seem significant. First, they are derived from art. 356 *C.C.L.C.* and contemporary writers at the time the *Civil Code* of 1866 was adopted, and they are in line with the comments of the Commissioners themselves. Second, they start with the premise that where there is no [TRANSLATION] "legislation to the contrary" (Langelier, op. cit., at p. 65) or "in so far as they are not hindered or exempted therefrom, either by the nature of their constitution, or by a special or general law"

qui a été rendu dans la cause de *Brown v. La cité de Montréal* (4 R.L., p. 7 et 17 L.C.J., p. 46). [Je souligne.]

Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec* (1906), t. 2, dix ans plus tard, le formulait ainsi (à la p. 65):

Beaucoup de corporations tiennent, comme l'Etat, plus au droit public qu'au droit privé: telles sont les corporations municipales et les corporations scolaires. Ce sont des personnes capables d'avoir des droits et des obligations en droit civil, mais c'est là le côté le moins important de leur existence comme corporation. Comme vous le verrez lorsque vous étudierez cette partie du droit public, elles constituent comme des espèces de petits états dans l'Etat, elles ont leur constitution et leur gouvernement autonomes. Comme l'Etat, elles ne rentrent dans le droit civil qu'en tant que personnes juridiques, c'est-à-dire, en tant qu'êtres capables d'avoir des droits et des obligations.

Le dernier alinéa de notre article pose une règle très importante: c'est que, dès qu'une corporation est créée, elle devient une personne exactement comme les personnes physiques, et qu'elle a les mêmes droits que les personnes physiques, en l'absence de lois qui disent le contraire, ou d'incompatibilité entre leur nature et certains droits. [Je souligne.]

Le Conseil privé (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96) dira même que les citoyens de la province de Québec (à la p. 111):

[TRADUCTION] ... peuvent jouir de leur propriété, de leurs coutumes et de leurs autres droits civils comme auparavant et que, dans tous les litiges relatifs à la propriété et aux droits civils, on doit recourir aux lois du Canada pour trancher ces questions conformément à leurs dispositions. Dans [l'*Acte de Québec*], les mots «propriété» et «droits civils» sont nettement employés dans leur sens le plus large.

Deux aspects de cette jurisprudence et doctrine dominantes constantes me paraissent significatifs. D'une part, elles trouvent leur source dans l'art. 356 *C.c.B.-C.*, ainsi que chez les auteurs contemporains à l'adoption du *Code civil* de 1866 et rejoignent les commentaires des Commissaires eux-mêmes. D'autre part, elles partent du postulat qu'en «l'absence de lois qui disent le contraire» (Langelier, *op. cit.*, à la p. 65) ou qu'en «autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une

(Report of the Commissioners, op. cit., at p. 231), the civil law will be applicable to public corporations in their relations "to individual members of society". This then is what some writers have characterized as the "statutory silence" which would make the civil law applicable.

The argument defended by Professor Archambault starts with the opposite premise, namely that there will only be delictual civil liability if there is a statutory provision providing for such liability (such as s. 2.1 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13) or a statutory obligation imposed on the municipality or one which it has itself undertaken.

Professor Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, is right however to present the problem in these terms (at pp. 5-6):

[TRANSLATION] While municipal corporations have a definite connection with English public law by virtue of their public and political nature, delictual civil liability descends in a direct line from the Quebec *Civil Code*, itself the heir of the general principles of French civil law.

The Commissioners responsible for the codification undoubtedly visualized an idyllic union when they married the two legal systems in the same provision. Article 356 C.C. states that municipal corporations, which are political in nature, "are governed by the public law, and only fall within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society".

However, as we shall see, it was not long before the courts and legal literature were engaging in stormy debates as to which authority should prevail: in a matter involving municipal delictual civil liability, should the civil law be applied and to what extent can it override the often inconsistent English law? [Emphasis added.]

The words "in certain respects" and "individual" in art. 356 *C.C.L.C.* are the chief source of this dispute.

The meaning of these words has been discussed in doctrine and the case law. Beetz J. mentions them briefly in *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107, in an entirely different context, where the Court had to determine the

loi particulière ou générale» (Rapport des Commissaires, *op. cit.*, à la p. 230) le droit civil sera applicable aux corporations publiques dans leurs rapports «avec les autres membres de la société individuellement». C'est donc ce que certains auteurs ont qualifié de «silence statutaire» qui rendra applicable le droit civil.

La thèse que défend le professeur Archambault part du postulat contraire, soit qu'il n'y aura de responsabilité civile délictuelle qu'en présence d'un texte législatif prévoyant telle responsabilité, (par exemple, l'art. 2.1 de la *Loi de police*, L.R.Q., chap. P-13) ou d'une obligation légale imposée à la municipalité ou qu'elle s'est elle-même imposée.

Le professeur Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, a par ailleurs raison de poser le problème en ces termes (aux pp. 5 et 6):

Tandis que les corporations municipales tirent de leur caractère public et politique une parenté certaine avec le droit public anglais, la responsabilité civile délictuelle descend en droite ligne du *Code civil* québécois, lui-même héritier des principes généraux du droit civil français.

Les commissaires chargés de la codification projetaient sans doute une union idyllique lorsqu'ils marièrent les deux régimes juridiques sous un même texte. L'article 356 C.C. énonce en effet que les corporations municipales, de caractère politique, «sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans le (*sic*) rapport, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement».

Il fallut bien peu de temps toutefois pour que les tribunaux et la doctrine, comme nous le verrons, ne s'engagent dans d'orageux débats sur la détermination de l'autorité prépondérante: faut-il, en matière de responsabilité civile délictuelle municipale, appliquer le droit civil et jusqu'où ce dernier peut-il faire reculer le droit anglais souvent incompatible? [Je souligne.]

Ce sont tout particulièrement les expressions «à certains égards» et «individuellement» de l'art. 356 *C.c.B.-C.* qui sont à l'origine de cette controverse.

La doctrine et la jurisprudence se sont penchées sur la signification de ces expressions. Le juge Beetz en parle brièvement dans l'arrêt *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107, dans un contexte tout à fait différent où il s'agis-

contractual liability of the town of East Angus (at p. 1120):

A municipal corporation is a political body which falls within the control of the civil law in its relations, in certain aspects, to individual members of society: art. 356 *C.C.* The reservation expressed by this article in the words "in certain respects" refers to special provisions of the type found in the *Cities and Towns Act*. Section 26(1) of this Act provides that a municipal corporation, under its corporate name, shall have perpetual succession and may, *inter alia*, "enter into contracts, transact, bind and oblige itself and others to itself, within its powers". It does not specify that a municipal corporation may enter into contracts only by means of an explicit act uttered by itself, contrary to art. 988 *C.C.* for example. Section 26(2) of the *Cities and Towns Act* confers upon municipal corporations additional powers which they may exercise by resolution of their councils, but this is an enabling provision and these additional powers are not at issue in the case at bar.

In the past, commentators at once concluded, as I have already indicated, that by "certain respects" must be understood those which were not covered by public law or by the particular statutes, charters and by-laws of public bodies. Undoubtedly, as Nichols J.A. points out, the Report of the Commissioners mention these limitations; but what of the "statutory silence"? Should it be given the weight suggested by Professor Archambault or should this silence be regarded as giving the civil law overriding effect? The latter position is the one taken by McNicoll, loc. cit., 24 *C. de D.*, at p. 401:

[TRANSLATION] On the other hand, where there is "*statutory silence*" it is the civil law which applies. In the cases under consideration all the powers exercised by municipal authorities are those described as "discretionary", as no statutory obligation has been imposed on them; moreover, the silence is most complete on the possible liability that the municipality may incur in choosing to exercise certain powers.

Professor Patrice Garant, loc. cit., expands on the phrase "in certain respects" in this comment on the Court of Appeal judgment in the case at bar (at p. 265):

[TRANSLATION] First, art. 356 contrasts "public law" with "civil law", but as we have shown above, in the

sait de déterminer la responsabilité de la ville d'East Angus en matière contractuelle (à la p. 1120):

Une municipalité est un corps politique qui tombe sous le contrôle du droit civil dans ses rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement: article 356 *C.c.* La réserve faite par cet article et exprimée par les mots «à certains égards» réfère à des dispositions particulières comme celles que l'on peut trouver dans la *Loi des cités et villes*. Le paragraphe 26(1) de cette loi porte qu'une municipalité a, sous son nom corporatif, succession perpétuelle et qu'elle peut, entre autres «contracter, transiger, s'obliger et obliger les autres envers elle dans les limites de ses attributions». Il ne prescrit pas qu'elle ne peut contracter que par un acte explicite émanant d'elle-même, contrairement par exemple à l'art. 988 *C.c.* Le paragraphe 26(2) de la *Loi des cités et villes* confère aux municipalités des pouvoirs additionnels qu'elles peuvent exercer par résolution de leur conseil. Mais c'est là une disposition habilitante et, il ne s'agit pas de ces pouvoirs additionnels dans la présente cause.

Les anciens auteurs ont d'emblée conclu, comme je l'ai déjà mentionné, que par «certains égards» il fallait entendre ceux qui n'étaient pas couverts par le droit public ou les lois, chartes et statuts particuliers des corps publics. Certes, comme le souligne le juge Nichols, le Rapport des Commissaires fait état de ces restrictions. *Quid* toutefois du «silence statutaire»? Doit-on lui attribuer le poids que lui donne le professeur Archambault ou plutôt considérer que ce silence établit la prépondérance du droit civil? C'est cette dernière thèse que défend Me McNicoll, *loc. cit.*, 24 *C. de D.*, à la p. 401:

Par contre, face au «*silence statutaire*», c'est le droit civil qui s'applique. Dans les cas qui nous occupent, tous les pouvoirs exercés par les autorités municipales, sont de ceux que l'on qualifie de «discrétionnaires», aucune obligation statutaire ne leur étant imposée; de plus, le silence est le plus total sur l'éventualité de la responsabilité que la municipalité pourrait encourir en choisissant d'exercer certains pouvoirs.

Le professeur Garant, *loc. cit.*, commente sur l'expression «à certains égards» dans cette note sur l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce (à la p. 265):

D'abord l'article 356 oppose «droit public» à «droit civil», mais suivant le sens qu'avaient ces concepts en

sense these concepts had in 1866. Then, art. 356 contrasts "individual relations" with "general relations". The relations that a public corporation has with the members of society collectively are governed by public law, that is, by rules outside the ordinary law, to be found either in local statutes or in English law. On the other hand, relations with "individual" members of society are governed by the civil law, but "in certain respects".

Why this last limitation?—because in some cases, or in some respects, the relations public bodies have with an individual continue to be governed by public law: they cannot be governed by the civil law for various readily understandable reasons, such as the framework of legality to be observed.

According to Professor L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at p. 138:

[TRANSLATION] The words "in certain respects" are ambiguous. In our opinion, however, they can only refer to matters governed by the civil law and not affected by legislation to the contrary. Accordingly, municipalities are not governed by the rules of civil law in their relations with individual members of society in matters that do not fall within the civil law.

Similarly, the word "individual" has been the subject of divergent commentaries.

Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at pp. 16-17:

[TRANSLATION] Attaching the label "delictual civil liability" to a dispute between a municipal corporation and an individual will not suffice to make the resolution of that dispute entirely a matter for the civil law. Article 356 C.C. clearly states that the civil law governs only relations between the public corporation and an *individual* person. This requires further explanation.

For Archambault, the word "individual" indicates a contrast, that is [TRANSLATION] "the individual as opposed to the collective, public or social aspect of the same person". In his opinion (at p. 17):

[TRANSLATION] A physical or artificial person may sometimes be dealt with individually (marriage, filiation, sale or hypothec) while at other times being dealt with publicly (a mayor exercising his powers, a judge deciding a case, a Crown corporation doing work and so on). Either aspect of the same person can of course be simultaneously apparent when a dispute arises. The

1866, comme nous l'avons démontré plus haut. Puis, l'article 356 oppose les «rapports individuels» aux «rapports collectifs». Les rapports qu'une corporation publique entretient avec les membres de la société collectivement sont régis par le droit public c'est-à-dire par des règles exorbitantes du droit commun, qu'on retrouvera soit dans les lois statutaires locales soit dans le droit anglais. En revanche, les rapports avec les membres de la société «individuellement» seront régis par le droit civil, mais «à certains égards».

Pourquoi cette dernière restriction? Parce que dans certains cas, ou sous certains aspects, les rapports qu'entretiennent les corps publics avec un individu continuent d'être régis par le droit public; ils ne peuvent pas l'être par le droit civil pour diverses raisons faciles à comprendre, dont le cadre de la légalité à respecter.

Selon le professeur L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, à la p. 138:

Les mots «à certains égards» sont ambigus. À notre avis, toutefois, ils ne peuvent que référer aux questions qui relèvent du droit civil et ne sont pas touchées par des dispositions législatives contraires. En conséquence, les municipalités ne sont pas régies par les règles de droit civil dans leurs rapports avec les membres de la société individuellement dans les matières ne relevant pas du droit civil.

De même, le terme «individuellement» a fait l'objet de commentaires divergents.

Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, aux pp. 16 et 17:

Il ne suffit pas de fixer l'étiquette «responsabilité civile délictuelle» sur un litige opposant une corporation municipale à une personne pour que ce litige soit entièrement résoluble par le droit civil. L'article 356 C.C. précise bien que le droit civil ne régit que les rapports entre la corporation publique et une autre personne *individuellement*. Cela nécessite plus amples explications.

Pour Archambault, le mot «individuellement» indique une opposition, soit «l'individualité au caractère collectif, public ou social des mêmes personnes.» Selon lui (à la p. 17):

Une personne physique ou morale sera parfois considérée individuellement (mariage, filiation, vente, hypothèque) tout en étant, à d'autres heures, considérée publiquement (maire exerçant ses pouvoirs, juge tranchant un litige, société d'état entreprenant des travaux, etc.). L'une et l'autre facettes d'une même personne peuvent évidemment s'être manifestées simultanément lors de la

protagonists may also, in one case, rely on their rights as an "individual" person, and in another, on their rights as a "public" person.

L'Heureux, loc. cit., 16 *R.G.D.*, at p. 141:

[TRANSLATION] In our opinion, the words "to individual members of society" mean "to individual persons". First, as we have seen the words "members of society" mean physical and artificial persons. Second, as we have also seen, the word "individual" relates to "members of society". Finally, the word "individual" cannot be intended to distinguish the individual from the public acts of members of society, since apart from the exceptional cases mentioned the acts of the latter are individual acts. In our view, this word can only mean "individual members of society", that is, "individual persons".

The courts have almost unanimously recognized that the civil law applies in disputes between individual persons and public corporations, even where there is no provision imposing statutory liability on municipal corporations, interpreting the word "individual" as applying to individual persons in their relations with public bodies.

Nichols J.A. did not understand it in this way. To him, when a municipal corporation acts for the common welfare of taxpayers, which would be the case here, it does not have individual relations with them. He wrote (at p. 988):

[TRANSLATION] The article tells us, therefore, that "in certain respects" municipal corporations are governed by civil law "in their relations ... to individual members of society".

What are these "respects"? They were not listed by the Commissioners.

However, it can be seen from the way in which the article is worded that even in their relations with individual members of society municipal corporations are not always governed by the civil law, as they are so governed only in certain respects.

I shall not speculate at greater length on the scope of the exception implied in the words "in certain respects". The phrase which seems most important for the purposes of the case at bar is the one in which it is stated

naissance d'un litige. Les protagonistes peuvent également, pour l'un, faire état de ses droits de personne «individuelle», pour l'autre, de ses droits de personne «publique».

L'Heureux, *loc. cit.*, 16 *R.G.D.*, à la p. 141:

À notre avis, les mots «avec les autres membres de la société individuellement» signifient «avec les autres personnes individuelles». D'une part les mots «membres de la société» signifient les personnes physiques et morales, comme nous l'avons vu. D'autre part, le mot «individuellement» se rapporte à «les autres membres de la société», comme nous l'avons vu aussi. Enfin, le mot «individuellement» ne peut avoir pour but de distinguer les actes individuels des actes publics des autres membres de la société puisque les actes de ceux-ci sont des actes individuels, sauf les cas exceptionnels que nous avons vu. Ce mot ne peut viser, à notre avis, que «les autres membres individuels de la société», c'est-à-dire «les autres personnes individuelles».

La jurisprudence a presque unanimement reconnu l'application du droit civil dans des litiges opposant les personnes individuelles aux corporations publiques, même en l'absence de texte établissant la responsabilité civile ou légale des corporations municipales, interprétant le terme «individuellement» comme s'appliquant aux personnes individuelles dans leurs rapports avec les corps publics.

Le juge Nichols ne l'entend pas ainsi. Pour lui, lorsque la corporation municipale agit pour le bien commun des contribuables, ce qui serait le cas ici, elle n'entretient pas de rapports individuels avec eux. Il écrit (à la p. 988):

L'article nous dit donc que les corporations municipales, «à certains égards», sont régies par le droit civil «dans leurs rapports avec les autres membres de la société individuellement».

De quels «égards» s'agit-il? Les commissaires n'en ont fait aucune énumération.

La rédaction de l'article permet cependant d'affirmer que même dans leurs rapports avec les autres membres de la société individuellement les corporations municipales ne sont pas toujours régies par le droit civil car ce n'est qu'à certains égards qu'elles le sont.

Je ne m'arrête pas davantage à spéculer sur l'étendue de l'exception que laissent sous-entendre les mots «à certains égards». Pour les fins du présent litige le membre de phrase qui me paraît le plus important est en

that municipal corporations are governed by the civil law "dans leurs rapports avec les autres membres de la société *individuellement*". The English wording proposed by the Commissioners omits the word "autres": "in their relations . . . to individual members of society".

A municipality which organizes a water and hydrant system and a firefighting service does not have individual relations with its residents.

Such services are available to the whole municipal community, without distinction.

I assume that there is no legal reason why a municipality could not have an exclusive agreement with one of its taxpayers to furnish it with a water supply to fight any fires that might occur on that taxpayer's premises, but that is not the situation under consideration here. [Emphasis by Nichols J.A.]

Nichols J.A. concluded that public law applies by a [TRANSLATION] "literal application of art. 356". In this he agreed with Professor Archambault.

Finally, it has been argued that the very phraseology of art. 356 *C.C.L.C.* implies a subordination of the civil law to public law. Professor Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, explains this as follows (at p. 12):

[TRANSLATION] From this we can try to determine the scope of art. 356 C.C. At the outset it states the rule that municipal corporations are subject to public law. Additionally, the article goes on, corporations will fall within the control of the civil law, but only as to their relations with individuals in certain respects.

The Commissioners appear to disagree (op. cit., at p. 231):

It is for these objects that it is at once declared as a principle, that each corporation is above all obliged to conform to the conditions which have been imposed upon it by its charter, and also by the general laws made for the government of all kinds of corporations; and this other principle that, as artificial persons, corporations, in their relations with the other members of society, are clothed with the same powers and are bound by the same obligations as natural persons are, in so far as they are not hindered or exempted therefrom, either by the nature of the constitution, or by a special or general law. [Emphasis added.]

effet celui où il est dit que les corporations municipales sont régies par le droit civil «dans leurs rapports avec les autres membres de la société *individuellement*». En anglais le texte proposé par les commissaires omet le mot «autres»: «*in their relations . . . to individual members of society*».

Or une municipalité qui organise un réseau d'aqueduc et de bornes-fontaines et un service d'incendie n'établit pas de rapports individuels avec ses ressortissants.

Ces services s'adressent à toute la communauté municipale sans distinction.

Je suppose que rien ne s'opposerait en droit à ce qu'une municipalité fasse avec un de ses contribuables une entente exclusive pour lui fournir un service d'approvisionnement en eau en vue de combattre les incendies dont ce contribuable pourrait être victime, mais tel n'est pas le cas qui nous occupe ici. [Les italiques sont du juge Nichols.]

Le juge Nichols en conclut que le droit public s'applique par «application littérale de l'article 356». En cela, il rejoint le professeur Archambault.

Finalement, on a prétendu que la phraséologie même de l'art. 356 *C.c.B.-C.* laissait inférer une subordination du droit civil au droit public. Le professeur Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, l'exprime ainsi (à la p. 12):

De là peut-on tenter de cerner la portée de l'article 356 C.C. Celui-ci, d'entrée, énonce la règle de la soumission des corporations municipales au droit public. Subsidiairement, poursuit l'article, les corporations tomberont sous le contrôle du droit civil et ce, uniquement dans leurs rapports à certains égards, avec les personnes individuellement.

Les Commissaires semblent lui donner tort (*op. cit.*, à la p. 230):

C'est à ces fins que l'on proclame d'abord en principe que chaque corporation est avant tout tenue de se conformer aux conditions qui lui ont été imposées par son titre de création, et aussi aux lois générales faites pour réglementer les corporations de toutes espèces, et cet autre principe, que, comme personnes morales, les corporations sont, dans leurs rapports avec les autres membres de la société, revêtues des mêmes pouvoirs et tenues aux mêmes obligations que les personnes naturelles, en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une loi particulière ou générale. [Je souligne.]

Aside from these various interpretations, what I think is fundamental in Professor Archambault's argument is his view of the sources of art. 356 *C.C.L.C.* He states that art. 356 *C.C.L.C.* creates [TRANSLATION] "no new law", a statement squarely contradicted by the Commissioners. The latter point out that the entire chapter on corporations is new law. This statement by Professor Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, rests on the premise that (at pp. 12-13):

[TRANSLATION] Even without art. 356 C.C., it would be fair to say today that political corporations, including municipal corporations, are governed by public law. Municipal corporations, which did not exist under French rule, were introduced and developed after the Conquest, were covered by the *Quebec Act* and came after the phrase "Property and Civil Rights", and before the letter of the *Civil Code*, they were legally governed by English public institutions. Article 356 C.C. recognizes law rather than imposing it. This is why in municipal law and public law in general, English law is, after statutory law, an important source of law.

However, as noted by the Commissioners, Quebec had no municipal corporations legally organized in Canada before 1840. No one disputes that they were governed by English public law at that time. However, and in my opinion this is the stumbling block, what is new law is the incorporation into the *Civil Code* of provisions regarding public corporations, hitherto ignored by the Code Napoléon. What is also new law is their being made subject to the civil law "in certain respects", in their relations with "individual members of society", as indicated in the second clause of the first paragraph of art. 356 *C.C.L.C.*, respects discussed by the Commissioners when they state that "these rights and these duties are not in all respects those of ordinary persons" (p. 229).

It is Professor Archambault's implied contention that, because public corporations were subject to English public law at that time, the drafters of the *Civil Code* did not have the power to tie them to the civil law, except "in certain respects", which in this context must be read very restrictively— at

Au delà de ces diverses interprétations, ce qui m'apparaît fondamental dans la thèse du professeur Archambault, c'est sa conception des sources de l'art. 356 *C.c.B.-C.* Il affirme que l'art. 356 *C.c.B.-C.* ne crée «aucun droit nouveau» affirmation qui contredit carrément les Commissaires. Ceux-ci précisent, en effet, que tout le chapitre des corporations est de droit nouveau. Cette affirmation du professeur Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, repose sur la prémisse que (aux pp. 12 et 13):

Même sans l'article 356 C.C., il serait juste d'affirmer aujourd'hui que les corporations politiques, municipales incluses, sont régies par le droit public. Inexistantes sous le Régime français, lancées et perfectionnées après la Conquête, tributaires de l'*Acte de Québec* et postérieures à l'expression *Property and Civil Rights*, les corporations municipales étaient, avant la lettre du *Code civil*, juridiquement régies par les institutions publiques anglaises. L'article 356 C.C. constate un droit plutôt qu'il ne l'impose. C'est pourquoi en droit municipal et en droit public généralement, le droit anglais constitue, après le droit statutaire, une importante source juridique.

Or, et cela les Commissaires le notent, il n'existe pas au Québec de corporations municipales légalement organisées au Canada avant 1840. Personne ne conteste qu'elles étaient alors régies par le droit public. Toutefois, et c'est là à mon avis la pierre d'achoppement, ce qui est de droit nouveau, c'est l'incorporation au *Code civil* de dispositions concernant les corporations publiques, ignorées jusque-là par le Code Napoléon. Ce qui est aussi de droit nouveau, c'est leur assujettissement au droit civil, «à certains égards» dans leurs rapports avec «les autres membres de la société individuellement» que reflète le deuxième membre de phrase du premier paragraphe de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, «égards» dont les Commissaires discutent d'ailleurs lorsqu'ils affirment que «ces droits et ces devoirs ne sont pas à tous égards ceux des personnes ordinaires» (p. 228).

C'est la prétention implicite du professeur Archambault que, parce que les corporations publiques étaient alors soumises au droit public, les rédacteurs du *Code civil* n'avaient pas le pouvoir de les rendre tributaires du droit civil sauf «à certains égards» lesquels, dans cette optique, doi-

least, that is what I understand from his argument (41 *R. du B.*, at pp. 14-15):

[TRANSLATION] In drafting the law, the Commissioners could not ignore at least two unavoidable limitations on the application of civil law to public corporations.

The first, imposed by British law, namely the *Quebec Act*, and in particular s. 8 *supra*, limits the authority of Canadian civil law solely to "Property and Civil Rights". The codification could not contradict this law. Whatever form was imposed on it, art. 356 C.C. had to give the civil law authority over public corporations exceptionally, and not so as to exceed the imperatives of the *Quebec Act*. In its widest meaning, "in certain respects" cannot include more than the content of "Property and Civil Rights" without infringing the *Quebec Act* and giving rise to illegality. In other words, public corporations will be governed by the civil law only in areas where the latter may otherwise legally apply. The civil law goes beyond the *Civil Code* but is limited to "Property and Civil Rights". Anything beyond that is of necessity subject to English public law.

In the second place, the Commissioners must have known that the Canadian Parliament—after 1867 the Quebec legislature once again—would make amendments, varying in extent as it saw fit, to the provisions governing civil law relations between public corporations and individual persons. Does s. 8 of the *Quebec Act* not say that the existing civil law rules will apply "until they shall be varied or altered by any Ordinances that shall from Time to Time be passed in the said Province". In the Commissioners' minds, the legislature could thus remove from the scope of the civil law certain aspects of relations covered by art. 356 C.C. This was done in, among other areas, actions against municipal corporations.

. . .

The Commissioners accordingly had good reason to limit cautiously the scope of the exceptional provisions in art. 356 C.C. The phrase "in certain respects" may not have been the most happy choice but it definitely indicated the need for caution. Public corporations are only subject to the civil law in their relations with individual persons on an exceptional basis, to the extent that such relations involve matters included in "Property and Civil Rights" and not removed from the ambit of the civil law by statute. [Emphasis added.]

vent s'entendre très restrictivement; c'est du moins ce que je comprends de son affirmation (41 *R. du B.*, aux pp. 14 et 15):

Lors de la rédaction de la loi, les commissaires n'ont pu ignorer au moins deux restrictions inéluctables à l'application du droit civil aux corporations publiques.

La première, imposée par la loi britannique, soit l'*Acte de Québec*, plus précisément l'article 8 précité, limite l'autorité du droit civil canadien aux seuls *Property and Civil Rights*. La codification ne pouvait contredire cette loi. Quelque formulation qu'on lui ait imposée, l'article 356 C.C. devait accorder au droit civil une autorité d'exception sur les corporations publiques qui n'outrepasse pas les impératifs de l'*Acte de Québec*. Dans sa plus large acception, «à certains égards» ne peut inclure plus que le contenu de *Property and Civil Rights* sans violer l'*Acte de Québec* et verser dans l'illégalité. En d'autres termes les corporations publiques seront régies par le droit civil que dans des matières où ce droit civil peut, par ailleurs, légalement faire autorité. Le droit civil déborde le *Code civil* mais se restreint aux *Property and Civil Rights*. Tout excédent est nécessairement soumis au droit public anglais.

En deuxième lieu, les commissaires ont dû savoir que le législateur canadien, redevenu québécois à partir de 1867, procéderait, selon son bon vouloir, à des modifications d'importance variable du régime gouvernant les rapports de droit civil entre les corporations publiques et les personnes individuellement. L'article 8 de l'*Acte de Québec* ne dit-il pas que les règles de droit civil d'alors font autorité [TRADUCTION] «jusqu'à ce qu'elles soient changées ou altérées par quelques ordonnances qui seront passées à l'avenir dans la dite province». Dans l'esprit des commissaires, la législature pourrait donc retrancher de l'autorité du droit civil certaines dimensions des rapports visés à l'article 356 C.C. Ce qui fut fait notamment en matière de poursuites contre la corporation municipale.

. . .

Conséquemment les commissaires avaient des motifs suffisants de tempérer prudemment la portée du régime d'exception de l'article 356 C.C. L'expression «à certains égards» n'était peut-être pas des plus heureuse mais elle incitait sûrement à la réserve. Les corporations publiques ne sont soumises exceptionnellement au droit civil dans leurs rapports avec les personnes individuellement que dans la mesure où ces rapports portent sur des matières incluses dans *Property and Civil Rights* et non retirées du droit civil par une disposition statutaire. [Je souligne.]

Although one may agree with some of these observations, I myself can make no equation between the qualification "in certain respects" and the source of the exception derived from it by Professor Archambault. The Commissioners were free to propose new law and they did so elsewhere. (For example, the Code Napoléon contained no articles dealing with emphyteusis, substitutions, trusts or the registration of real rights.) The provincial legislature adopted art. 356 *C.C.L.C.* as proposed and its constitutionality has never been questioned. The public corporations existing in England at the time were subject to the common law, which did not then make any distinction between the private law applicable to corporations and to individuals. A distinction was necessary here, since under the *Quebec Act* property and civil rights came under the jurisdiction of the civil law. The common law of England applied to both public law and private law. The quotation borrowed from Lord Denning, M.R., (*O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 W.L.R. 604 (C.A.), at p. 619) by Nichols J.A. confirms that this distinction is of very recent origin:

> In modern times we have come to recognise two separate fields of law: one of private law, the other of public law. Private law regulates the affairs of subjects as between themselves. Public law regulates the affairs of subjects vis-à-vis public authorities.

The Commissioners certainly understood this and indeed expressed themselves very clearly in the passage from their Report cited above.

Though I have no wish to become embroiled in a controversy between academics, I think it is worthwhile to summarize my conclusions on this point.

The function of art. 356 *C.C.L.C.* is to determine the law applicable to municipal corporations, whether public law or private law. In deciding what law applies, the nature of each area, and not the sources of the law, is the criterion. As Professor L'Heureux notes (16 *R.G.D.*, at p. 136):

> [TRANSLATION] In determining the applicable law, what is important is to look at the nature of each area, not the origins of a particular provision.

Même si on peut être d'accord avec certaines de ces remarques, pour ma part, je ne fais pas d'équation entre la réserve «à certains égards» et la source de l'exception qu'en tire le professeur Archambault. Les Commissaires étaient libres de proposer du droit nouveau et ils l'ont fait en d'autres occasions. (Par exemple, le Code Napoléon ne contenait pas d'articles concernant l'emphytéose, les substitutions, les fiducies et l'enregistrement des droits réels.) La législature provinciale a adopté l'art. 356 *C.c.B.-C.* tel qu'il a été proposé et jamais sa constitutionnalité n'a été mise en doute. Les corporations publiques existant à l'époque en Angleterre étaient soumises à la *common law* qui ne faisait pas alors de distinction entre le droit privé applicable aux corporations et aux individus. Or, force était ici de distinguer puisque la propriété et les droits civils, de par l'*Acte de Québec,* relevaient du droit civil. En effet, la *common law* d'Angleterre s'appliquait tant au droit public qu'au droit privé. La citation qu'emprunte le juge Nichols à lord Denning, maître des rôles, (*O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 W.L.R. 604 (C.A.), à la p. 619) confirme que ce n'est que récemment que cette distinction a vu le jour:

> [TRADUCTION] De nos jours, nous en sommes venus à reconnaître deux domaines distincts du droit; le droit privé et le droit public. Le droit privé régit les affaires des personnes entre elles. Le droit public régit les affaires des personnes en rapport avec l'administration.

Il est évident que les Commissaires ont apprécié ce facteur et ils s'en sont d'ailleurs très bien exprimés dans l'extrait de leur Rapport que j'ai déjà cité.

Au risque de m'ingérer dans une controverse doctrinale, je trouve utile de résumer mes conclusions sur ce point.

L'article 356 *C.c.B.C.* sert à déterminer le droit applicable aux corporations municipales: soit le droit public, soit le droit privé. Pour décider quel droit s'applique, la nature de chaque domaine, et non pas les sources du droit, constitue le critère. Comme le professeur L'Heureux le note (16 *R.G.D.*, à la p. 136):

> Dans la détermination du droit applicable, l'important est, en effet, de considérer la nature de chaque domaine et non l'origine de telle ou telle disposition.

The general rule is that municipal corporations are governed by public law. However, they are governed by civil law "in certain respects", and the phrase "civil law" is to be given its widest meaning. It can be concluded from the second paragraph of art. 356 *C.C.L.C.* that the civil law covers "laws affecting individuals". The rules of civil liability are in this category. These rules will apply to municipal corporations, unless amended or excluded by public law.

In this connection Beetz J., *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, at p. 1081-82, in a case involving a public servant and the Crown where the Court had to determine whether public law or civil law applied, and the civil law applied, formulated this caveat:

> On the other hand, it is important not to lose sight of the principles and spirit of Anglo-Canadian public law. It is a matter of substantive law.
>
> It must be remembered that in Anglo-Canadian law, administrative law does not constitute a complete and independent system, separate from the ordinary law and administered by specialized courts. On the contrary, it is the ordinary law, administered by the courts of law, which is made a part of public law and the provisions of which cover the public administrative authority, unless they are replaced by incompatible legislative provisions, or supplanted by rules peculiar to the royal prerogative, that group of powers of privileges belonging only to the Crown. [Emphasis added.]

Before concluding on this point, I would add two observations. It is not inconceivable that the Commissioners responsible for codifying the civil law intended, even with respect to public bodies, to affirm the authority of the civil law in Quebec in the area reserved for it by the *Quebec Act*.

However, regardless of the phraseology of art. 356 *C.C.L.C.*, it seems to me that the Commissioners instead recognized that in their public, legislative, jurisdictional and administrative (policy-making) functions, public corporations are governed by public law, while in their private management function and their relations with individuals, they would be subject to private law. What is character-

La règle générale est que les corporations municipales sont régies par le droit public. Cependant, «à certains égards», elles sont régies par le droit civil, l'expression «droit civil» devant être interprétée dans son sens le plus large. On peut déduire du second alinéa de l'art. 356 *C.c.B.C.* que le droit civil comprend les «lois affectant les individus». Les règles de la responsabilité civile sont de cette catégorie. Ces règles s'appliqueront aux corporations municipales, à moins qu'elles n'en soient modifiées ou exclues par le droit public.

À ce propos, le juge Beetz, *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, aux pp. 1081 et 1082, dans un litige impliquant un fonctionnaire et la Couronne et où il s'agissait de déterminer si le droit public ou le droit civil était applicable, droit civil qu'il applique d'ailleurs, formule ce *caveat*:

> Par ailleurs, il importe de ne pas perdre de vue les principes et l'esprit du droit public anglo-canadien. Il y va du droit positif.
>
> Dans ce droit anglo-canadien, faut-il le rappeler, le droit administratif ne constitue pas un système complet et autonome, distinct du droit commun et administré par des tribunaux spécialisés. C'est au contraire le droit commun administré par les tribunaux judiciaires qui est reçu en droit public et dont les dispositions régissent la puissance publique, à moins qu'elles ne soient remplacées par des dispositions législatives incompatibles, ou supplantées par les règles particulières à la prérogative royale, cet ensemble de pouvoirs et de privilèges qui n'appartiennent qu'à la Couronne. [Je souligne.]

Avant de conclure sur ce point, j'ajouterai deux remarques. Il n'est pas interdit de spéculer sur le fait que les Commissaires chargés de la codification du droit civil aient voulu, même en ce qui concerne les corps publics, affirmer l'autorité du droit civil au Québec dans le domaine que l'*Acte de Québec* lui réservait.

Par ailleurs, indépendamment de la phraséologie de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, il m'apparaît plutôt que les Commissaires ont reconnu que, dans leurs fonctions de gestion publique, législative, juridictionnelle et administrative (*policy-making*), les corporations publiques sont régies par le droit public tandis que, dans leur fonction de gestion privée et leurs relations avec les citoyens, elles soient assu-

ized as exceptional and as the subordination of civil law to public law is in my opinion only a reflection of the public policy-making function of corporations, which in principle is wider than that of private management. It is accordingly the functions, public or private, which are subordinate one to another, not the law applicable to either of these functions: two areas of government activity to which two areas of law apply, each autonomous in its own area, in so far as the rules of public law permit recourse to the private law.

The explanation of the words "in certain respects" lies in this context. They are restrictive only to the extent that charters and special or general statutes have altered private law, as is the case for example with prescription, notice and so on, and in some respects with liability. The same is true of the word "individual", which governs the activities of persons, artificial or otherwise, in their relations with public corporations. While public corporations do not generally, apart from exceptions, have individual relations with individual persons, the latter do have individual relations with public bodies. This in my opinion is what art. 356 *C.C.L.C.* was meant to resolve.

To conclude on this point, I consider that, subject to the rules of public law, art. 356 *C.C.L.C.* places public corporations under the civil law of Quebec in everything affecting property and civil rights, except in the case of a provision to the contrary in their charters or in a special or general statute. In my view, this follows from the very wording of art. 356 *C.C.L.C.*, the comments of the Commissioners, the sources of the article, the state of the law and the weight of academic commentary and case law then and now.

As to the liability of a public body for fault by its employees in the course of their duties, the case law and doctrine have with few exceptions consistently recognized the authority of the civil law in this area (*McLeave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106, at p. 110; *Vallières v. Cité de Montréal* (1908), 33 C.S. 250 (C. rév.), at p. 254; *Harper v. Cité de Montréal* (1908), 16 R. de J. 229 (Sup. Ct.), at p. 231; *Levinson v. Cité de*

jetties au droit privé. Ce qu'on qualifie d'exception et de subordination du droit civil au droit public n'est, à mon avis, que le reflet du rôle de gestion publique des corporations, en principe plus considérable que celui de gestion privée. Ce sont donc les fonctions, publiques ou privées, qui sont subordonnées l'une à l'autre, et non le droit applicable à l'une ou à l'autre de ces fonctions: deux domaines d'activité auxquels s'appliquent deux domaines du droit, chacun étant autonome dans son propre domaine, en autant toujours que les règles de droit public permettent d'avoir recours au droit privé.

Les termes «à certains égards» trouvent leur explication dans ce contexte. S'ils sont restrictifs, ce n'est que dans la mesure où les chartes, les lois particulières ou générales sont venues modifier le droit privé, ce qui est le cas par exemple en matière de prescription, d'avis, et, sous certains aspects, de responsabilité. De même, le mot «individuellement», qui règle les activités des personnes, morales ou non, dans leurs rapports individuels avec les corporations publiques. Si les corporations publiques n'ont pas, sauf exception, généralement de rapports individuels avec les personnes individuelles, celles-ci par contre entretiennent des rapports individuels avec les corps publics. C'est à mon avis ce qu'a voulu régler l'art. 356 *C.c.B.-C.*

En conclusion sur ce point, j'estime que, sujet aux règles de droit public, l'art. 356 *C.c.B.-C.* assujettit les corporations publiques au droit civil du Québec dans tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils, avec la seule restriction d'une disposition contraire de leur charte, loi particulière ou générale. Ceci, à mon avis, ressort du texte même de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, des commentaires des Commissaires, des sources de cet article, de l'état du droit, ainsi que de la doctrine et jurisprudence de l'époque et depuis dominantes.

En ce qui concerne la responsabilité d'un corps public pour les fautes de ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions, la jurisprudence et la doctrine ont, à peu d'exceptions près, constamment reconnu l'autorité du droit civil en la matière (*McLeave v. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106, à la p. 110; *Vallières c. Cité de Montréal* (1908), 33 C.S. 250 (C. rév.), à la p. 254; *Harper c. Cité de Montréal* (1908), 16 R. de J. 229 (C.S.),

Montréal (1911), 39 C.S. 259, at p. 261; *Chevalier*, *supra*, at p. 109). It is the ordinary rule of delictual civil liability which applies (*Brown*, *supra*; *Doolan*, *supra*; Mignault, op. cit., at p. 335; Archambault, loc. cit., 41 *R. du B.*, at p. 28, note 81). I see no need to dwell at any length on this aspect of the matter, which does not appear to present a problem. Similarly, I shall touch only briefly on the question of the immunity of public bodies, which is the basis of the immunity applicable to public corporations. This immunity has its origins in the maxim "The King can do no wrong" at a period when all power resided in the monarch. The consequence of recognizing the rule of law as a check on the acts of government officials has brought about the erosion of the principle of the Crown's absolute immunity. It is now recognized that the state is subject to supervision of the legality of its acts and to extra-contractual liability to compensate for its wrongful acts (Garant, *Droit administratif* (2e éd. 1985), at p. 883; Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois* (1974), t. 2, at pp. 1468 *et seq.*; art. 94 *C.C.P.*) According to Dussault (at pp. 1468-69):

[TRANSLATION] Our system of liability in fact recognizes no difference between a wrongful act by the state and one by an individual. As Professor Garant points out, "In Quebec, the problem of public liability has traditionally been regarded as bound up with the civil law[195]."

And in his note 195:

[TRANSLATION] This statement is even more true with regard to municipal corporations. The courts have held many times that the delictual civil liability of such corporations is governed by arts. 1053 *et seq.* of the *Civil Code* and that the fundamental principles of such liability are those of French civil law. See *Chevalier v. Corporation de la Cité de Trois-Rivières* (1913), 20 R. de J. 100 (C. rév.); *Larivière v. Cité de Montréal* (1941), 47 R.L. (n.s.) 505 (Sup. Ct.) Municipal corporations are regarded by the *Civil Code* as "political [bodies] ... governed by the public law, and only [falling] within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society" (art. 356 C.C.); but then they are regarded as civil persons when their liability is in question. See André

à la p. 231; *Levinson c. Cité de Montréal* (1911), 39 C.S. 259, à la p. 261; *Chevalier*, précité, à la p. 109). C'est la règle ordinaire de la responsabilité civile délictuelle qui s'applique (*Brown*, précité; *Doolan*, précité; Mignault, *op. cit.*, à la p. 335; Archambault, *loc. cit.*, 41 *R. du B.*, à la p. 28, note 81). Je ne crois pas utile de m'attarder longuement sur cet aspect du litige qui ne semble pas faire problème. De même, je ne toucherai que brièvement à la question de l'immunité des corps publics, fondement de l'immunité relative des corporations publiques. Cette immunité trouve sa source dans la maxime *The King can do no wrong* à l'époque où la royauté détenait tous les pouvoirs. La reconnaissance de la primauté du droit comme régulateur des actes de l'administration a eu pour conséquence l'érosion du principe de l'immunité absolue de la Couronne. Il est reconnu aujourd'hui que l'État est soumis au contrôle de la légalité de ses actes et au régime de responsabilité extra-contractuelle pour la réparation de ses actes fautifs. (Garant, *Droit administratif* (2e éd. 1985), à la p. 883; Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois* (1974), t. 2, aux pp. 1468 et suiv.; art. 94 *C.p.c.*) Selon Dussault (aux pp. 1468 et 1469):

Notre système de responsabilité ne reconnaît effectivement aucune différence entre la faute de l'Etat et la faute des particuliers. Comme l'indique le professeur Garant: «Au Québec, le problème de la responsabilité publique a traditionnellement été considéré comme rattaché au droit civil[195].»

Et, à sa note 195:

Cette affirmation est encore plus vraie relativement aux corporations municipales. La jurisprudence, en effet, a maintes fois affirmé que leur responsabilité civile délictuelle était régie par les articles 1053 et suivants du *Code civil* et que les principes de base de cette responsabilité étaient ceux du droit civil français. Voir *Chevalier v. Corporation de la Cité de Trois-Rivières*, (1913) 20 R. de J. 100 (C. rev.); *Larivière v. Cité de Montréal*, (1941) 47 R.L. (n.s.) 505 (C.S.). Les corporations municipales sont considérées par le *Code civil* comme des «corps politiques régis par le droit public et ne tombant sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement» (art. 356 C.C.). Mais alors elles sont considérées comme des personnes civiles, lorsque leur

Nadeau, *Traité de droit civil du Québec*, p. 65; *Magario v. Cité de Montréal*, [1956] R.L. 449 (Sup. Ct.)

Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), writes (at p. 54):

In regard to the position of the sovereign and the prerogatives of the crown we have to distinguish between rights which are properly speaking constitutional and rights of a pecuniary nature which belong to the crown.

The former group of rights belong to the public law of the Empire and since the Cession are governed by the laws of England.

The latter group belong to the private law and are regulated in this Province by the French civil law.

This distinction is expressed by old writers in dividing the prerogatives of the crown into major and minor.

The Privy Council was of the same opinion in *Exchange Bank of Canada v. The Queen* (1886), 11 App. Cas. 157, at pp. 164 and 166:

Their Lordships think it clear, not only that the Crown is bound by the Codes, but that the subject of priorities is exhaustively dealt with by them . . .

. . .

The draftsmen of the Code were working on the existing basis of French law. They were in the main mapping out a system of French law.

This Court has moreover frequently applied the provisions of the *Civil Code* to government officials (*Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565; *J. E. Verreault & Fils Ltée v. Attorney General of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41; *Joseph Investment Corp.*, *supra*).

In conclusion on this aspect of the question, the civil law applies regarding the liability of a municipality in Quebec, in so far as public law has not excluded it. The common law, as interpreted in *Anns* and *City of Kamloops* and in the later decisions on the subject, does not exclude the extra-contractual liability a municipal corporation might incur in the exercise, at an operational level, of its duties to maintain and inspect the firefighting service. Similarly, the enabling legislation, in

responsabilité est engagée. Voir André Nadeau, *Traité de droit civil du Québec*, p. 65; *Magario v. Cité de Montréal*, [1956] R.L. 449 (C.S.).

Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), écrit (à la p. 54):

Pour ce qui est de la souveraineté et des prérogatives de la Couronne, il faut distinguer entre les droits à proprement parler constitutionnels et les droits de nature patrimoniale appartenant à la Couronne. Les premiers relèvent du droit public et sont régis par le droit anglais depuis la cession. Les seconds relèvent du droit privé et sont réglementés dans cette province par le droit civil français. On retrouve la distinction chez les anciens auteurs qui divisent les prérogatives de la Couronne en prérogatives majeures et prérogatives mineures.

Le Conseil privé a été du même avis: *Exchange Bank of Canada v. The Queen* (1886), 11 App. Cas. 157, aux pp. 164 et 166:

[TRADUCTION] Leurs seigneuries sont d'avis, non seulement que la Couronne est liée par les Codes, mais que les sujets d'importance y sont traités de façon exhaustive.

. . .

Les rédacteurs du Code travaillaient à partir du fondement existant de droit français, et ils ont principalement codifié un système de droit français.

Notre Cour a fréquemment d'ailleurs appliqué à l'administration les dispositions du *Code civil* (*Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565; *J. E. Verreault & Fils Ltée c. Procureur général du Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Joseph Investment Corp.*, précité).

En conclusion sur cet aspect de la question, le droit civil s'applique en matière de responsabilité d'une municipalité au Québec dans la mesure où le droit public ne l'a pas écarté. Or, la *common law*, telle qu'interprétée par les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops* et par les arrêts subséquents en la matière, n'écarte pas la responsabilité extra-contractuelle que pourrait encourir une corporation municipale dans l'exercice, au niveau opérationnel, des fonctions d'entretien et de vérification du ser-

this case the *Cities and Towns Act*, does not exclude municipal liability in this regard.

Since the *Quebec Act*, private law in the province of Quebec has been derived from the civil law. The common law criteria of civil liability set out in *Anns* and *City of Kamloops* are therefore not applicable. The private law principles involved here are to be found in the *Civil Code of Lower Canada*, in the chapter on delict and quasi-delict (arts. 1053 *et seq.*) These provisions provide for civil liability on the part of any person who causes damage to another by his fault, liability which may be excluded only by agreement (which is not contrary to public order and good morals under art. 13 *C.C.L.C.*) or by legislation, as in the case with which we are concerned.

As Vallerand J.A. puts it with admirable clarity (at p. 1005):

> [TRANSLATION] To determine ... if he owes (a) duty to them ... we must leave the civil law and move to public law.
>
> . . .
>
> Note, however, that once the public law problem has been resolved, we must return to the fold immediately without stopping to consider the legal effects on liability at common law or under the statutory law of other jurisdictions.

This conclusion is in keeping with the provisions of art. 356 *C.C.L.C.*, the Commissioners' Report and the prevailing judicial and academic opinion in Quebec since the adoption of the *Civil Code* in 1866.

This leads to consideration of the second ground of appeal, concerning the fault found to exist by the Superior Court, fault on the basis of which the city of Beauport could be held liable, but which a majority of the Court of Appeal neither found to exist nor regarded as causal.

vice de lutte contre les incendies. De même, la loi habilitante, ici la *Loi sur les cités et villes*, n'écarte pas la responsabilité des municipalités en cette matière.

Depuis l'*Acte de Québec*, le droit privé, dans la province de Québec, tire son origine du droit civil. Il n'y a donc pas lieu de retenir les critères de responsabilité utilisés en *common law* dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*. Les principes de droit privé ici en cause se retrouvent au *Code civil du Bas-Canada* au chapitre des délits et quasi-délits (art. 1053 et suiv.) Ces dispositions stipulent la responsabilité civile de quiconque cause par sa faute un préjudice à autrui, responsabilité à laquelle il n'est permis de déroger que par voie conventionnelle (non contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs selon l'art. 13 *C.c.B.-C.*) ou législative, dans le cas qui nous occupe.

Comme l'exprime de façon lapidaire le juge Vallerand (à la p. 1005):

> Il faut, aux fins de déterminer ... [TRADUCTION] «s'il y a une obligation à leur égard» ... quitter le droit civil et passer au droit public.
>
> . . .
>
> Mais attention! dès le problème de droit public résolu, il faut bien vite rentrer au bercail sans s'attarder aux effets juridiques sur la responsabilité que retiennent la *Common Law* ou le droit statutaire d'autres juridictions.

Cette conclusion est en harmonie avec les dispositions de l'art. 356 *C.c.B.-C.*, le Rapport des Commissaires ainsi qu'avec la jurisprudence et la doctrine dominantes au Québec dès l'adoption du *Code civil* de 1866.

Cela nous amène à discuter du deuxième moyen d'appel qui a trait aux fautes reprochées par la Cour supérieure, fautes de nature à engager la responsabilité de la ville de Beauport, fautes que la majorité de la Cour d'appel n'a ni retenues ni jugées causales.

II. Fault

A summary of the most relevant facts will give a better understanding of what follows.

The appellants operated a hotel, a restaurant and a shop in a group of buildings located in the city of Beauport. On the night of February 24-25, 1972 a guest at the motel, Gérard Tremblay, went to sleep leaving his cigarette burning. The occupants of an adjoining room, noticing the smell of smoke, forced open the door of Tremblay's room and tried to extinguish the flames in his mattress. The reception clerk was notified and, at about 2:45 a.m., a city of Beauport fire truck arrived on the scene. As soon as they arrived, the firefighters sprayed water from the fire truck onto the fire, working from the outside in. It was then that the water ran out, owing to the impossibility of connecting with the hydrants. These were difficult to reach and covered with snow. Two of them were frozen and one was broken. At about 3:00 a.m. the fire chief called the Giffard brigade, and soon after, that of Courville. The former arrived after about 20 minutes and emptied the contents of its water truck onto the fire, but was unable to control the blaze. It was not until about 3:40 a.m. that water was finally obtained from the hydrants, after an interval of some 40 minutes. A working fire hydrant was discovered across the street after the fire was over. The fire ravaged a large part of the hotel complex.

A) *Judgments*

1. Superior Court

At trial, Roberge J. first found the municipality liable for its negligence in checking and maintaining the fire hydrants: (1980), 9 M.P.L.R. 184. He considered that the city had failed in its duty to ensure, as would a *bon père de famille*, that its fire hydrants were able to provide the services for which they were intended. He concluded from the evidence (at pp. 202-3):

[TRANSLATION] The Court accordingly concludes on this point that there was fault, negligence and lack of care in this regard by Beauport: this is not a matter of

II. Les fautes

Pour une meilleure compréhension de ce qui va suivre, un sommaire des faits les plus pertinents s'impose.

Les appelants exploitaient un hôtel, un restaurant et une boutique dans un ensemble de bâtiments situés dans la ville de Beauport. Dans la nuit du 24 au 25 février 1972, un client du motel, Gérard Tremblay, s'endort en laissant brûler sa cigarette. Alertés par une odeur de fumée, les occupants d'une chambre voisine enfoncent la porte de la chambre de Tremblay et tentent d'éteindre le matelas en feu. On alerte le préposé à la réception et vers 2 h 45, un camion-citerne de la ville de Beauport arrive sur les lieux. Sitôt arrivés, les pompiers déversent l'eau du camion-citerne sur le feu, en arrosant de l'extérieur vers l'intérieur. C'est alors que l'eau vient à manquer, faute d'un raccordement aux bornes-fontaines. Celles-ci sont difficiles d'accès et enneigées. Deux d'entre elles sont gelées et l'une d'elles est brisée. Vers 3 h, le chef des pompiers appelle la brigade de Giffard et, un peu plus tard, celle de Courville. La première arrive au bout d'une vingtaine de minutes et déverse le contenu de son camion-citerne sur le feu sans toutefois parvenir à le contrôler. Ce n'est que vers 3 h 40 que l'on parvient enfin à obtenir de l'eau des bornes-fontaines, après une pénurie d'une quarantaine de minutes. L'on constatera après coup qu'une borne-fontaine en état de fonctionner se trouvait de l'autre côté de la rue. L'incendie ravage une grande partie du complexe hôtelier.

A) *Les jugements*

1. Cour supérieure

En première instance, le juge Roberge retient tout d'abord la responsabilité de la municipalité pour sa négligence dans la vérification et l'entretien des bornes-fontaines: (1980), 9 M.P.L.R. 184. Il estime que la ville a manqué à son devoir de bon père de famille de voir à ce que ses bornes-fontaines soient en état de rendre les services auxquels elles étaient destinées. Il conclut de la preuve (aux pp. 202 et 203):

Sur ce point le Tribunal conclut donc qu'il y a faute, négligence et incurie de la part de Beauport à ce sujet; il

an imperfection in the system but a major deficiency in maintenance and vigilance.

The trial judge further blamed employees of the city, in particular its fire chief, for a number of faults in the performance of their duties, faults which he considered were causal. He identified, *inter alia*, the failure to make a fire break in time, hosing contrary to rules of caution in the circumstances, an unwarranted delay in calling the fire brigades from neighbouring cities and his lack of foresight and negligence in the use of the hydrants. He said the following (at p. 204):

[TRANSLATION] All these failures indicate a lack of care and skill on the part of Chief Côté; it also shows that his firefighters were not trained as they should have been; all these failures, especially on the part of Chief Côté, are not errors in judgment.

As well, his attitude to Loupret, to Keet, Pouliot and O'Brien, indicates a large measure of arrogance; he was master and no one was to give him orders or even advice.

The trial judge concluded (at pp. 204-5):

[TRANSLATION] The Court concludes overall that Beauport must bear definite liability for this fire: improper maintenance of the water and hydrant systems; incorrect decisions by Chief Côté; improper hosing procedure; serious indecision.

. . .

... in any case, the Court must seek to identify, in light of all the circumstances of time and place, the determining cause or causes of the fire and its spread; the causes identified have been mentioned above.

2. Court of Appeal

Only Vallerand J.A. undertook to analyse the evidence of fault against the city of Beauport. However, Nichols J.A. briefly discussed fault in the maintenance of the hydrants.

Vallerand J.A. did not find the municipality at fault for its failure to maintain its water system primarily because he came to the conclusion in law that, in the absence of a duty to maintain otherwise imposed on the city of Beauport, s. 442 of the *Cities and Towns Act* conferred on it a complete

ne s'agit pas ici d'imperfection dans le système mais d'un défaut majeur d'entretien et de vigilance.

Le premier juge reproche, en outre, aux préposés de la ville un certain nombre de fautes dans l'exécution de leurs fonctions, en particulier son chef des pompiers, fautes qu'il estime causales. Il isole, entre autres, le défaut de faire un coupe-feu en temps utile, l'arrosage contraire aux normes de prudence en l'espèce, le délai indu à faire appel aux brigades d'incendie des villes voisines, son imprévoyance et incurie relativement à l'utilisation des bornes-fontaines. Il s'exprime en ces termes (à la p. 204):

Tous ces manquements indiquent une incurie, une inhabileté de la part du chef Côté; cela indique aussi que ses pompiers n'étaient pas instruits comme ils auraient dû l'être; tous ces manquements, de la part du chef Côté surtout, ne sont pas des erreurs de jugement.

Son attitude, vis-à-vis Loupret, vis-à-vis Keet, Pouliot et O'Brien indique même une bonne dose d'orgueil; c'est lui qui est le maître et on ne saurait lui donner d'ordre, ni même de conseil.

Sur le tout, le premier juge conclut (aux pp. 204 et 205):

Dans l'ensemble, le Tribunal en vient à la conclusion que Beauport doit encourir une responsabilité certaine dans cet incendie; mauvais entretien du réseau d'aqueduc et des bornes-fontaines; mauvaises décisions du chef Côté; mauvaise façon d'arroser; indécision grave.

. . .

[D]e toutes façons, le Tribunal doit rechercher, compte tenu de toutes les circonstances de temps et de lieux, la ou les causes efficientes de l'incendie et de sa propagation; les causes retenues ont été mentionnées plus haut.

2. Cour d'appel

Seul le juge Vallerand se livre à un examen de la preuve relative aux fautes reprochées à la ville de Beauport. Le juge Nichols discute toutefois brièvement de la faute d'entretien des bornes-fontaines.

Si le juge Vallerand ne retient pas la faute de la municipalité pour défaut d'entretien de son réseau d'aqueduc, c'est principalement parce qu'il en vient à la conclusion en droit qu'en l'absence de devoir d'entretien autrement imposé à la ville de Beauport, l'art. 442 de la *Loi sur les cités et villes*

immunity for insufficiency or lack of water: [1986] R.J.Q. 981. In his words (at p. 1014):

[TRANSLATION] It is thus not impossible that the fire could have been put out using the hydrants. Only a careful analysis of the evidence on the point might *perhaps* suggest such a conclusion: but, as I have said, water was not available at the hydrants until forty-five minutes later, and for reasons of law which I have explained at length the city cannot be held liable for this.

On the question of fault by the firefighters, Vallerand J.A. considered either that this was not causal or that it was simply not established by the evidence. In particular, he reassessed the evidence regarding the hosing method and accepted the testimony rejected by the trial judge, concluding that the method used created [TRANSLATION] "only a possibility" of the fire spreading, which [TRANSLATION] "is not taken into account by the law" (at p. 1011). On the failure to cut a fire break, he noted the contradictions between the testimony of various witnesses and stressed the uncertain outcome of such a step. On the fire chief's obstinacy regarding the frozen hydrants, Vallerand J.A. considered that the failure to attempt to obtain water from the working fire hydrant on the other side of the street did not constitute fault. He concluded (at p. 1014):

[TRANSLATION] It should be remembered that it is for plaintiffs, here the respondents, to establish that it was certain or probable that the fire would have been brought under control if it had not been for the negligence of the firefighters. In view of the undisputed facts I have just mentioned, I cannot for my part conclude that, whatever may have been the negligence of the firefighters and their chief, they would probably, *when they were finally able to obtain water from the hydrants*, have controlled the fire, which, it must be said, in all probability had already spread into the attic and elsewhere. As to the various indications of the fire's progress, the particular time of each, the nature and effect of each person's actions, virtually anything could be concluded from the evidence, and this is understandable. Plaintiff-respondents had a duty to establish why only the testimony supporting their argument should be accepted. The judgment *a quo* does not indicate, on many of the essential points and in particular that of causality, which it hardly deals with, that the trial judge

lui confère une immunité totale quant à l'insuffisance et au manque d'eau: [1986] R.J.Q. 981. En ses mots (à la p. 1014):

Il n'est pas impossible qu'on eût pu dès lors, à partir des bornes-fontaines, achever d'éteindre l'incendie. Seule une analyse soignée de la preuve sur la question pourrait *peut-être* permettre d'en venir à pareille conclusion. Mais, je le rappelle, l'eau ne fut disponible aux bornes que quarante-cinq minutes plus tard sans que, pour motifs de droit que j'ai longuement expliqués, on puisse en tenir la Ville responsable.

En ce qui concerne les fautes des pompiers, le juge Vallerand estime soit qu'elles ne sont pas causales, soit qu'elles ne sont tout simplement pas établies par la preuve. Notamment, à l'endroit de la méthode d'arrosage, il ré-évalue la preuve et accepte des témoignages rejetés par le premier juge pour conclure que la méthode employée ne présentait qu'une «simple possibilité» de propagation de l'incendie, ce à quoi «la loi ne s'arrête pas» (p. 1011). À l'endroit du défaut de faire un coupe-feu, il rappelle les contradictions entre les divers témoignages et souligne l'aspect aléatoire du résultat de cette manœuvre. En ce qui concerne l'entêtement du chef des pompiers relativement aux bornes-fontaines gelées, le juge Vallerand estime que le défaut de tenter d'obtenir de l'eau de la borne-fontaine en état de fonctionner située de l'autre côté de la rue, ne constitue pas une faute. Il conclut (à la p. 1014):

Il revenait, faut-il le rappeler, aux demandeurs ici intimés d'établir qu'il était certain ou probable que n'eût été de la négligence des pompiers, l'incendie aurait été maîtrisé. Je ne puis, pour ma part, devant les faits constants que je viens de relater, retenir que, quelle qu'eût été par ailleurs la négligence des pompiers et de leur chef, ils auraient probablement, *lorsqu'ils purent enfin s'approvisionner aux bornes-fontaines*, maîtrisé l'incendie lequel, selon toute probabilité, il faut bien le dire, s'était déjà largement répandu dans l'entretoit et ailleurs. Quant aux diverses manifestations du progrès de l'incendie, au moment précis de chacune, à la nature et à l'effet de l'intervention de chacun, on pourrait retenir de la preuve à peu près n'importe quoi et on le comprend. Il appartenait aux demandeurs intimés de faire voir pourquoi seuls devaient être retenus ces témoignages qui appuient leur thèse. Le jugement entrepris ne permet pas de déceler, quant à bien des questions essentielles et surtout celle de la causalité à laquelle il ne s'arrête guère, de déceler donc que le juge du procès

believed certain witnesses and not others. Sitting in appeal, without the aid of seeing the witnesses in person, we can only say that the evidence supports defendant-appellant's argument as much as that of plaintiff-respondents.

His conclusion overall is particularly concerned with causality (at p. 1014):

[TRANSLATION] I have accordingly come to the conclusion that the appellant city cannot be legally held liable for the breakdown of the hydrants and that, as regards its fire department, the least one can say is that if indeed there was a breakdown, despite an obligation to act competently, the respondents have not discharged the burden upon them of establishing that it was causal.

B) *Analysis*

I feel it should be mentioned at the outset that the trial was a lengthy one, as noted by the trial judge (at pp. 186-87):

[TRANSLATION] The hearing in fact began on March 7, 1977, continuing at different times and actually ending on April 9, 1979; the argument began on April 30, 1979 and concluded on May 7, 1979; unless there has been an error in computing the dates on which the Court sat, the hearing lasted for forty-eight days and the argument six days.

The evidence was divided into two major parts, both by plaintiff and by defendant, and in rebuttal, to cover first all liability and then the entire question of the quantum: the translation of the transcript of the evidence on liability fills forty-six volumes, and the translation of the submissions on quantum covers forty-three; the oral arguments were also transcribed and translated and make up five volumes.

. . .

In a case of this magnitude, it is impossible for the Court to summarize the testimony of each witness or to follow the progress of the evidence step by step; in its choice of methods, the Court opted for that of raising all types of questions which it felt were relevant and attempting to answer them, based of course on the evidence heard; using the same method, the Court will raise certain questions of law to which it will give answers, and then discuss the evidence applicable to the answer given. [Emphasis added.]

I consider that the method adopted by the trial judge in the circumstances is not only adequate but consistent with the approach taken by the

aurait cru certains témoins et pas d'autres. Siégeant en appel, sans le secours du comportement des témoins, nous ne pouvons que constater que la preuve soutient tout autant la thèse de la défenderesse appelante que celle des demandeurs intimés.

Sur le tout, sa conclusion est particulièrement fonction du lien de causalité (à la p. 1014):

C'est ainsi que j'en suis venu à la conclusion que la Ville appelante ne saurait en droit être tenue responsable de la défaillance des bornes-fontaines et que, quant à son service des incendies, le moins qu'on puisse dire est que si tant est qu'il y eut défaillance face à l'obligation d'être compétent, les intimés n'ont pas su se libérer du fardeau d'établir qu'elle fut causale.

B) *Analyse*

Je crois qu'il y a lieu au départ de signaler que le procès a été d'une longue durée, ainsi que le note le premier juge (aux pp. 186 et 187):

En fait, l'enquête débuta le 7 mars 1977 pour se continuer à différentes époques et se terminer effectivement le 9 avril 1979; les plaidoiries commencèrent le 30 avril 1979 et se terminèrent le 7 mai 1979; sauf erreur dans la compilation des dates où le Tribunal a siégé, l'enquête a duré quarante-huit (48) jours et les plaidoiries six (6) jours.

La preuve a été scindée en deux (2) grandes parties, tant en demande qu'en défense et en contre-preuve, pour englober d'abord toute la responsabilité et ensuite toute la question du quantum: la traduction des notes sténographiques de la preuve sur la responsabilité couvre quarante-six (46) volumes, alors que la traduction des notes sur le quantum en couvre quarante-trois (43); les plaidoiries ont également été prises en sténographie et traduites; il y a cinq (5) volumes.

. . .

Dans une cause de cette amplitude, il est impossible au Tribunal de résumer le témoignage de chaque témoin ou de suivre pas à pas le déroulement de la preuve; dans le choix des méthodes, le Tribunal a adopté celle qui consiste à se poser toutes sortes de questions qu'il croyait pertinentes et à tenter d'y répondre, en se basant, évidemment sur la preuve entendue; en suivant la même méthode, le Tribunal se posera certaines questions de droit auxquelles il apportera des réponses, pour ensuite faire état de la preuve applicable à la réponse donnée. [Je souligne.]

J'estime que la méthode qu'a adoptée le premier juge dans les circonstances est non seulement adéquate mais conforme à la ligne de conduite tracée

courts on several occasions (*Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at pp. 502-3). When a trial judge is assessing facts in terms of the law, what matters is that his conclusions be based on the evidence, that is, consistent with the evidence, and that no evidence essential to the outcome of the case be ignored (*Maryland Casualty Co. v. Roland Roy Fourrures Inc.*, [1974] S.C.R. 52; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; to the same effect in doctrine, see M. Morin, "La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de faits", [1985] R.D.J. 121, at pp. 131-34).

As regards determination of the facts, which is the sovereign right of the trial judge, an appellate court, and *a fortiori* a second appellate court, will intervene only when it has been shown that there is a manifest or palpable error by the trial judge. It is now almost axiomatic to say that determining the facts is the province of the trial judge, who has seen and heard the witnesses and is in a position to assess the credibility that the testimony of each should be given. Recently, in *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, Dickson C.J. reiterated the limits governing intervention by an appellate court in this regard: palpable and overriding error. The Chief Justice wrote (at p. 683):

> It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts": . . .

This principle has often been reiterated by this Court: *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *St-Pierre v. Tanguay*, [1959] S.C.R. 21; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2.

It is in light of these principles that we must now examine the appellants' objections to the

par les tribunaux à plusieurs reprises (*Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, aux pp. 502 et 503). Dans le domaine de l'appréciation juridique des faits par le juge du procès, ce qui importe c'est que ses conclusions soient basées par la preuve c'est-à-dire conformes à la preuve et qu'aucune preuve essentielle à l'issue du litige n'ait été ignorée (*Maryland Casualty Co. c. Roland Roy Fourrures Inc.*, [1974] R.C.S. 52; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78. Au même effet, en doctrine, M. Morin, «La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de faits», [1985] R.D.J. 121, aux pp. 131 à 134).

Pour ce qui est de la détermination des faits, qui est du domaine souverain du juge du procès, une cour d'appel, et à fortiori une deuxième cour d'appel, n'interviendra que s'il lui est démontré une erreur manifeste, c'est-à-dire palpable de la part du premier juge. C'est presque une vérité de La Palice aujourd'hui que d'affirmer que la détermination des faits relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance qui a vu et entendu les témoins et qui est en mesure d'apprécier la crédibilité à accorder au témoignage de chacun. Récemment, dans l'affaire *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, le juge en chef Dickson rappelait de nouveau les limites d'intervention d'une cour d'appel sous cet aspect: erreur manifeste et dominante. Le Juge en chef écrit (à la p. 683):

> C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance «a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits»: . . .

Ce principe a souvent été réitéré par notre Cour: *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *St-Pierre v. Tanguay*, [1959] R.C.S. 21; *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

C'est à la lumière de ces principes qu'il y a lieu d'examiner les reproches que formulent les appe-

intervention of the Court of Appeal in the trial judge's determination and assessment of the facts. In the appellants' submission, the trial judge made no palpable error and did not fail to take into account any relevant evidence. Similarly, they argue, his findings are based on the facts which he regarded as established, and in so doing he made no error that would have a bearing on the outcome of the case. The Court of Appeal was thus not justified in substituting its opinion for that of the trial judge, whose judgment should be restored.

I have also examined the evidence in light of the objections made by the respondent to the way in which the trial judge determined the facts and the conclusions he drew from them. I refer here to the grounds of error listed in the respondent's factum. On fault by the municipality, the respondent objected to the trial judge's findings regarding the snowed-in and frozen condition of hydrants BF-2 and BF-3 and the difficulty of opening hydrant BF-3. On fault committed by the firefighters, the respondent argued that the trial judge drew erroneous conclusions as to the consequences of hosing from the outside of the motel, and, as well, as to the decisions of the fire chief on the need to make a fire break with a bulldozer, to call the other brigades sooner and to open hydrants BF-2 and BF-3 instead of going to BF-5. The respondent further objected that the trial judge misinterpreted the evidence as to the part that could have been played in the spread of the fire by the design of the hotel complex, the defective condition of a fire door, the actions of staff and guests and the weather.

In the guise of merely challenging the trial judge's findings, the respondent is actually disputing his determination of the facts. My review of the evidence readily convinced me that in this great amount of conflicting evidence, the determination of the facts was based essentially on the trial judge's view of the credibility of the testimony given by witnesses for either side. He indeed said so plainly on several occasions (at pp. 200-4):

lants à l'encontre de l'intervention de la Cour d'appel dans la détermination et l'appréciation des faits par le juge du procès. Selon les appelants, le premier juge n'a ni commis d'erreur manifeste ni négligé de tenir compte d'une preuve pertinente. De même, selon eux, ses conclusions sont basées sur les faits qu'il a retenus comme prouvés et ce faisant il n'a commis aucune erreur ayant une portée sur l'issue du litige. La Cour d'appel n'était donc pas justifiée de substituer son opinion à celle du premier juge dont le jugement devrait être rétabli.

J'ai aussi examiné la preuve à la lumière des reproches que formule l'intimée à l'égard du juge de première instance, tant en ce qui concerne sa détermination des faits que les conclusions qu'il en a tirées. Je réfère ici aux motifs d'erreur énumérés au mémoire de l'intimée. En ce qui concerne la faute de la municipalité, l'intimée reproche au juge de première instance ses conclusions quant à l'état d'enneigement et de gel des bornes-fontaines BF-2 et BF-3, et la difficulté d'ouvrir la borne-fontaine BF-3. Relativement aux fautes commises par les pompiers, l'intimée prétend que le juge de première instance a tiré des conclusions erronées des conséquences de l'arrosage depuis l'extérieur du motel et, en particulier, des décisions du chef des pompiers relativement à la nécessité de faire une brèche avec une chargeuse, d'appeler plus tôt les autres brigades et d'ouvrir les bornes-fontaines BF-2 et BF-3 au lieu d'aller à la BF-5. Par ailleurs, l'intimée reproche au premier juge d'avoir mal apprécié la preuve relativement au rôle qu'ont pu jouer dans la propagation de l'incendie la construction du complexe hôtelier, la défectuosité d'une porte coupe-feu, les agissements du personnel et des clients, ainsi que la température.

Sous prétexte de s'attaquer uniquement aux conclusions du juge du procès, l'intimée s'en prend en réalité à sa détermination des faits. Mon examen de la preuve m'a convaincue sans difficulté que la détermination des faits, dans cette longue preuve contradictoire, repose essentiellement sur la crédibilité que le premier juge a accordée au témoignage des uns et des autres. Il s'en est d'ailleurs exprimé ouvertement à plusieurs reprises (aux pp. 200 à 204):

[TRANSLATION] The Court must mention that the Beauport police officers, who testified, spoke of certain problems they had with the hydrants and no one would categorically admit that they were covered with snow except Leblanc; the Court is prepared to accept, with no hesitation or question, the testimony of independent persons such as Forest Keet and Edmond Loupret: these individuals have no interest in this entire matter.

. . .

Grenier, Pascal's superior, took the trouble to call him on the morning of February 25 and question him regarding his work of clearing snow from around the hydrants: did he have any doubt as to whether they were snowed in?—had anyone told him they were?—had the situation been discussed?—this request and these questions indicate that the testimony accepted by the Court on this point is more than plausible.

. . .

Seeing this, Chief Côté ordered the firefighters to go to BF-3, with the same result: hard to open and no water; one of the firefighters, Magella Prévost, frankly admitted that one hydrant was broken, that it was frozen;

. . .

We must refer to the testimony of the expert witness David Matte, an engineer who has had great experience with fire prevention, as he has worked in the provincial fire commission, with installing firefighting equipment, as he actually participated himself in the installation of hydrant systems; moreover, he has some experience with the hydrants in question.

. . .

It is thus not surprising that the Court finds, with the assistance provided by this expert witness, that BF-3 was frozen; it was moreover not used throughout the disaster because they could not use it.

. . .

... in the view of the expert witness Matte and of Charles Blinkstead, a fire prevention expert and a retired officer of the city of Montréal, this could have been done safely at this point; the chief replied to Keet that he was in charge of the fire and was capable of controlling it; Loupret was there at this time.

It was not until later, when the fire had spread to the units adjoining unit fifteen (15), that Patrick O'Brien, the Laurentide superintendent, ordered Keet to break it down regardless of the chief; but it was too late; they were not successful; the fire had gone too far for demoli-

Le Tribunal doit dire que les policiers de Beauport, qui ont été entendus, nous parlent de certaines difficultés qu'ils ont eues aux bornes-fontaines et personne ne veut admettre de façon catégorique qu'elles étaient enneigées, sauf Leblanc; le Tribunal est prêt à accepter, sans aucune hésitation et sans équivoque, le témoignage de personnes indépendantes comme Forest Keet et Edmond Loupret; ces personnes n'ont aucun intérêt dans toute cette affaire.

. . .

Grenier, le supérieur de Pascal, prend la peine de convoquer ce dernier le matin du 25 février et l'interroge pour son travail relatif au déneigement des bornes-fontaines; avait-il des doutes sur la situation d'enneigement de celles-ci? lui avait-on fait rapport qu'elles étaient enneigées? avait-on discuté de cette situation? cette demande et ces questions laissent voir que les témoignages retenus par le Tribunal à ce sujet sont plus que plausibles.

. . .

Ce que voyant, le chef Côté ordonne aux pompiers d'aller à la BF-3; même résultat; difficulté à ouvrir et pas d'eau; un des pompiers Magella Prévost admet franchement qu'une bouche s'est brisée, qu'elle était gelée;

. . .

Il faut se reporter au témoignage de l'expert David Matte, ingénieur, qui a une grande expérience en prévention d'incendie, ayant travaillé au commissariat provincial des incendies, en installation d'équipement de combat contre le feu, ayant déjà lui-même participé à l'installation de réseaux de bornes-fontaines; au surplus, il a fait certaines expériences autour des bornes-fontaines en question.

. . .

Il n'y a donc rien de surprenant que le Tribunal décide, avec l'aide de cet expert, que la BF-3 était gelée; d'ailleurs on ne s'en est pas servi durant tout le sinistre parce qu'on a pas réussi à s'en servir.

. . .

... de l'avis de l'expert Matte et de Charles Blinkstead, expert en prévention d'incendie, officier retraité de la Ville de Montréal, il aurait été possible d'agir ainsi, sans danger à ce moment; le chef réplique à Keet que c'est lui qui est en charge du feu et qu'il est capable de le contrôler; était présent à ce moment, Loupret.

Ce n'est que plus tard, lorsque le feu se sera étendu aux unités voisines de l'unité quinze (15), que Patrick O'Brien, le surintendant de Laurentide, donnera ordre à Keet, malgré le chef, de défoncer; mais il était trop tard; le succès espéré n'a pas été obtenu; le feu était trop

tion to be done without danger to human life, especially that of the person doing it.

. . .

In the Court's opinion, the chief showed a lack of competence by not taking an affirmative decision in this regard; he preferred to procrastinate and take a chance.

. . .

As well, his attitude to Loupret, to Keet, Pouliot and O'Brien, indicates a large measure of arrogance; he was master and no one was to give him orders or even advice.

As well, during the hearing, the trial judge made certain remarks which support his findings on the credibility of certain witnesses. I shall give two examples.

The first comes from the testimony of Roger Pascal. This was the labourer who, on orders from his boss Armand Grenier, was responsible for clearing snow away from the hydrants. When cross-examined at the hearing, he was unable to say how long ago his last visit to the motel's hydrants had been. An extract from the cross-examination shows this most clearly (c.a., vol. V, at pp. 891-93):

[TRANSLATION]

GRATIEN BOILY:

On Exhibit P-29 (twenty-nine).

Q. Mr. Pascal, if your recollection is that the fire—the event in question you were told of—happened on Tuesday, then it would be on Monday that you did your work of removing snow from the hydrants, is that right?

A. No.

Q. Well, if it was the day before the fire, and if you recall the fire as having been on a Tuesday . . .

THE COURT:

According to him.

GRATIEN BOILY:

Q. So far as you can recall, then, you shoveled on Monday?

A. I shoveled on Monday morning.

Q. You shoveled on Monday morning? You remember because it was the end of the week?

A. The beginning of the week.

Q. The beginning of the week.

avancé pour qu'on puisse défoncer sans danger pour des vies humaines, surtout pour celle de l'opérateur.

. . .

Le Tribunal estime que le chef a montré qu'il était malhabile en ne prenant pas une décision affirmative à ce sujet; il a aimé mieux tergiverser et prendre une chance.

. . .

Son attitude, vis-à-vis Loupret, vis-à-vis Keet, Pouliot et O'Brien indique même une bonne dose d'orgueil; c'est lui qui est le maître et on ne saurait lui donner d'ordre, ni même de conseil.

Même au cours de l'enquête, le juge de première instance a donné certaines indications qui sont de nature à appuyer ses conclusions sur la crédibilité de certains témoignages. J'en retiens deux illustrations.

La première provient du témoignage de Roger Pascal. Celui-ci était le manœuvre qui, sur les ordres de son patron Armand Grenier, était chargé de déneiger les bornes-fontaines. Contre-interrogé à l'enquête, il a été incapable de dire à quand remontait sa dernière visite aux bornes-fontaines du motel. Un extrait du contre-interrogatoire est fort éloquent à cet effet (d.c., vol. V, aux pp. 891 à 893):

Me GRATIEN BOILY:

Sous la cote P-29 (vingt-neuf).

Q. Monsieur Pascal, si votre souvenir est à l'effet que le feu, l'événement en question qu'on vous a appris, est arrivé un mardi, ce serait donc le lundi que vous auriez fait des activités ou du travail de déneigement de bornes-fontaines, c'est ça?

R. Non.

Q. Bien, si c'est la veille du feu, si le feu c'est un mardi en votre souvenir . . .

LA COUR:

D'après lui.

Me GRATIEN BOILY:

Q. À votre souvenir à vous, c'est donc le lundi que vous auriez pelleté?

R. J'ai pelleté le lundi matin.

Q. Vous avez pelleté le lundi matin? Vous vous en rappelez parce que c'était la fin de semaine?

R. Le commencement de la semaine.

Q. Le commencement de la semaine.

A. Monday morning—it was the beginning of the week.

THE COURT:

Q. Then, one of two things, sir. You shoveled three days before the fire or four days after it. You shoveled on the Monday morning . . .

GRATIEN BOILY:

Q. Four days before.

THE COURT:

Q. The twenty-eighth . . . the twenty-seventh, the twenty-eighth . . .

GRATIEN BOILY:

Q. The Monday morning—it was the twenty-first.

THE COURT:

Q. The preceding Monday.

GRATIEN BOILY:

Q. And the fire occurred on the twenty-fifth.

THE COURT:

Well, either on the morning of Monday the twenty-first or the morning of Monday the twenty-eighth. Make up your mind, sir.

GRATIEN BOILY:

Q. Well, Mr. Pascal, what do you say?

THE COURT:

Don't look over there, look this way or over here.

A. Well, I . . .

. . .

Q. In the winter of '72?

A. On Monday.

Q. On Monday—what Monday? In February? There are four Mondays.

A. I can't say.

Q. In February . . .

A. I can't say, I . . .

Q. '72, and . . .

A. I don't report that.

Q. So Monday, there were four Mondays. The seventh, the fourteenth, the twenty-first and the twenty-eighth.
I am asking you, Mr. Pascal, on which of these four Mondays did you shovel the hydrants? If you shoveled . . .

A. I told you, I don't know.

Q. You don't know.

No further questions. [Emphasis added.]

R. Le lundi matin, c'est le commencement de la semaine.

LA COUR:

Q. Alors, ou de deux (2) choses l'une monsieur. Vous avez pelleté trois (3) jours avant le feu ou quatre (4) jours avant. Vous avez pelleté le lundi matin . . .

Me GRATIEN BOILY:

Q. Quatre (4) jours avant.

LA COUR:

Q. Le vingt-huit (28) . . . vingt-sept (27), vingt-huit (28) . . .

Me GRATIEN BOILY:

Q. Le lundi matin, c'est le vingt et un (21).

LA COUR:

Qui précède.

Me GRATIEN BOILY:

Q. Et le feu a lieu le vingt-cinq (25).

LA COUR:

Alors, soit le lundi matin, vingt et un (21), soit le lundi matin le vingt-huit (28). Alors, faites-vous une idée monsieur.

Me GRATIEN BOILY:

Q. Alors, monsieur Pascal, c'est quoi votre réponse?

LA COUR:

Ne regardez pas de ce côté-là, regardez par là ou bien par ici.

R. Bien «moé» j'ai . . .

. . .

Q. Dans l'hiver soixante-douze ('72)?

R. Le lundi.

Q. Le lundi, et quel lundi? Du mois de février? Il y en a quatre (4).

R. Je peux pas vous le dire.

Q. En février là . . .

R. Je peux pas vous dire, je fais . . .

Q. Soixante-douze ('72) et . . .

R. Je fais pas de rapport de ça.

Q. Puis lundi, puis il y en a quatre (4). Le sept (7), quatorze (14), le vingt et un (21), et puis le vingt-huit (28).
Je vous demande, monsieur Pascal, lequel de ces quatre lundis là vous avez pelleté des bornes-fontaines? Si vous en avez pelleté . . .

R. Je vous le dis, je ne sais pas.

Q. Vous ne savez pas.

Je n'ai pas d'autres questions. [Je souligne.]

The following conclusion of the trial judge is not surprising (at p. 200):

[TRANSLATION] [O]ne need only read [Pascal's] testimony to see that he had no idea whether he had gone to that location on the days preceding the fire.

The second incident occurred in the cross-examination of the expert witness Genest on the calculation of damages (c.a., vol. XVI, at p. 2924):

[TRANSLATION]

CROSS-EXAMINED BY GRATIEN BOILY

for the plaintiff Laurentide:

Q. Mr. Genest, where in report D-75 did you take into account the neon sign on the roof of the Motel des Laurentides?

A. It was not taken into account.

Q. You did not take it into account. Do you know that this sign was worth some $32,000?

A. Certainly not.

THE COURT:

Q. Mr. Genest, I just saw you give a furtive glance toward your associate at the back and a movement of the head by your associate at the back. I do not like this. You are required to testify at this time, and no one else. Right?

A. Of course, I did not know the value, that follows, I did not know it. [Emphasis added.]

In these circumstances, an appellate court which has neither seen nor heard the witnesses and as such is unable to assess their movements, glances, hesitations, trembling, blushing, surprise or bravado, is not in a position to substitute its opinion for that of the trial judge, who has the difficult task of separating the wheat from the chaff and looking into hearts and minds of witnesses in an attempt to discover the truth. If it happens that the trial judge neglects to indicate his findings in this respect or does not adequately support them, then it may be that an appellate court has to form its own conclusions. However, that is not the case here, where as we have seen the judge noted his impressions frequently and supported his findings.

I am therefore unable to agree with Vallerand J.A. when he writes (at p. 1014):

La conclusion suivante du premier juge n'étonne pas (à la p. 200):

[I]l suffit de lire [le] témoignage [de Pascal] pour se rendre compte qu'il ne sait nullement s'il est passé à cet endroit les jours précédant l'incendie.

Quant au second incident, il s'est produit lors du contre-interrogatoire de l'expert Genest relativement au calcul des dommages (d.c., vol. XVI, à la p. 2924):

CONTRE-INTERROGÉ PAR Me GRATIEN BOILY

pour la demande Laurentide:

Q. Monsieur Genest, où dans le rapport D-75, avez-vous tenu compte de l'enseigne néon qu'il y avait sur le toit du Motel des Laurentides?

R. On n'en a pas tenu compte.

Q. Vous n'en avez pas tenu compte. Savez-vous que cette enseigne néon avait une valeur de quelque trente-deux mille dollars ($32,000)?

R. Sûrement pas.

LA COUR:

Q. Monsieur Genest, je viens de voir un regard furtif fait à votre associé en arrière et le signe de tête de votre associé en arrière. Je n'aime pas ça. C'est à vous à témoigner actuellement, et à nul autre. D'accord?

R. Évidemment, je ne savais pas la valeur, ça découle, je le savais pas. [Je souligne.]

Dans ce contexte, une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeurs, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité. S'il arrive que le juge du procès néglige de faire part de ses conclusions à cet égard ou ne les étaye pas de façon concluante, il est possible qu'une cour d'appel soit obligée de former ses propres conclusions. Ce n'est toutefois pas le cas ici où l'on voit que le juge a très souvent noté ses impressions et a étayé ses conclusions.

Je ne saurais donc être d'accord avec le juge Vallerand lorsqu'il écrit (à la p. 1014):

[TRANSLATION] As to the various indications of the fire's progress, the particular time of each, the nature and effect of each person's actions, virtually anything could be concluded from the evidence, and this is understandable. Plaintiff-respondents had a duty to establish why only the testimony supporting their argument should be accepted. The judgment *a quo* does not indicate, on many of the essential points and in particular that of causality, which it hardly deals with, that the trial judge believed certain witnesses and not others. Sitting in appeal, without the aid of seeing the witnesses in person, we can only say that the evidence supports defendant-appellant's argument as much as that of plaintiff-respondents.

I consider that the respondent's argument in respect of the trial judge is, as I believe I have shown, without foundation. The trial judge ruled on the credibility of the key witnesses, he indicated why he preferred one witness rather than another, and I find nothing in my own review of the evidence to suggest that in doing so he made a palpable error in determining the facts or an error which could have a bearing on the outcome of the case in the conclusions that he drew from them. Far from being unreasonable, his findings are supported by the evidence. This is illustrated by four of the principal objections raised by the respondent in respect of the trial judge.

1. Start of Fire

The respondent challenged Roberge J.'s account of the facts. In its factum, the respondent referred to the testimony, *inter alia*, of Jacques Pouliot (c.a., vol. VIII, at p. 1468), Claudette Duclos (c.a., vol. V, at p. 976), Ghislaine Belisle (c.a., vol. VI, at p. 1018), Clément Cantin (c.a., vol. VI, at p. 1159) and Gertrude Lévesque (c.a., vol. VII, at p. 1199). According to the respondent, [TRANSLATION] "significant evidence" showed that the fire could have started as early as 1:00 a.m., that guests might have noticed it about 1:15 a.m. and that the motel receptionist was informed at about 1:50 a.m., so that by the time the firefighters arrived, the fire was already well under way and was no longer just a mattress fire.

However, the trial judge preferred other witnesses to these, including Edmond Loupret, whom the judge later noted had [TRANSLATION] "no

Quant aux diverses manifestations du progrès de l'incendie, au moment précis de chacune, à la nature et à l'effet de l'intervention de chacun, on pourrait retenir de la preuve à peu près n'importe quoi et on le comprend. Il appartenait aux demandeurs intimés de faire voir pourquoi seuls devaient être retenus ces témoignages qui appuient leur thèse. Le jugement entrepris ne permet pas de déceler, quant à bien des questions essentielles et surtout celle de la causalité à laquelle il ne s'arrête guère, de déceler donc que le juge du procès aurait cru certains témoins et pas d'autres. Siégeant en appel, sans le secours du comportement des témoins, nous ne pouvons que constater que la preuve soutient tout autant la thèse de la défenderesse appelante que celle des demandeurs intimés.

J'estime que le reproche de l'intimée à l'endroit du premier juge n'est pas fondé, comme je crois l'avoir démontré. Celui-ci s'est prononcé sur la crédibilité des témoignages des témoins-clés, il a motivé ses préférences pour un témoin plutôt qu'un autre, et mon propre examen de la preuve ne me permet pas d'affirmer que, ce faisant, il a commis une erreur manifeste dans la détermination des faits ni une erreur qui pourrait avoir une portée sur l'issue du litige dans les conclusions qu'il en a tirées. Loin d'être déraisonnables, ses conclusions prennent appui sur la preuve. Je cite à titre d'exemple quatre des principaux reproches de l'intimée à l'égard du premier juge.

1. Le début de l'incendie

L'intimée conteste le récit des événements retenus par le juge Roberge. Dans son mémoire, l'intimée s'en rapporte aux témoignages, entre autres, de Jacques Pouliot (d.c., vol. VIII, à la p. 1468), Claudette Duclos (d.c., vol. V, à la p. 976), Ghislaine Belisle (d.c., vol. VI, à la p. 1018), Clément Cantin (d.c., vol. VI, à la p. 1159) et Gertrude Lévesque (d.c., vol. VII, à la p. 1199). Selon l'intimée, une «preuve importante» établit que le feu a pu commencer aussi tôt que 1 h, que les clients s'en seraient aperçu vers 1 h 15, et que le téléphoniste du motel en aurait été averti vers 1 h 50, de telle sorte qu'à l'heure où sont arrivés les pompiers, le feu était déjà bien avancé et n'était plus un simple feu de matelas.

Or, de tous ces témoins, le premier juge a préféré d'autres témoins, dont Edmond Loupret, de qui le juge dira plus loin qu'il n'a «aucun intérêt

interest in this entire matter" (p. 200). The witnesses preferred by the trial judge contradicted the versions of the others, whom the trial judge did not ignore when he wrote (at pp. 196-97):

[TRANSLATION] We have seen that the existence of a fire was brought to the attention of the staff at the registration desk in the lobby a few minutes after 2:25 a.m.: let us review at this point the chronological sequence of events which then occurred.

On receipt of this call, the night clerk did one of two things: either he immediately informed the waitresses in the bar that there was a fire or he immediately informed the police and the fire department; it is impossible to say which was done first, but we know that he did both things.

Additionally, the register of calls received at the police department indicates a call from Laurentide at 2:34 a.m.; the accuracy of this time was questioned because it was not entered in the register in its chronological order; the witness Fleury, who was in charge at the station that evening, explained that he had made an error, that this entry of 2:34 a.m. had been made by him on the evening in question but after an entry for 2:45 a.m.: an oversight, inadvertence, nerves?—the Court must still accept this time of 2:34 a.m. as the actual time Fleury received the call from Laurentide; having decided this point, it must then decide that the notice to the waitresses was given before the call made to the station.

And below (at pp. 197-98):

[TRANSLATION] We have already seen that certain Laurentide customers or guests had noticed the fire, and they tried to put it out with whatever means they had; they also tried to remove the mattress that was on fire, regardless of the smoke or flames, but were unable to do so; they also showed good judgment in quickly informing all guests, to the extent possible, unit by unit; this speed in evacuating guests continued after the first two firefighters arrived; as a matter of fact, there was fortunately no loss of life.

The trial judge concluded from this account of the start of the fire and his analysis of the evidence, that after the use of 500 gallons of water by Coulombe, at about 3:00 a.m., the fire was almost out (at p. 198):

dans toute cette affaire» (p. 200), témoins qui contredisent la version des premiers que le premier juge n'ignore pas lorsqu'il écrit (aux pp. 196 et 197):

On a vu que, quelques minutes après deux (2) heures et vingt-cinq (25), l'existence d'un feu a été signalée au bureau d'enregistrement dans le hall d'entrée; reprenons à ce stade le récit chronologique des événements survenus par la suite.

Dès réception de cet appel, le commis de nuit a fait l'une (1) de deux (2) choses; ou il a immédiatement avisé les serveuses au bar de l'existence d'un incendie, ou il a immédiatement avisé la centrale de police et pompier; il est impossible de déterminer quel est l'acte en premier lieu posé, mais on sait qu'il les a posés tous deux (2).

Par ailleurs, le régistre des appels reçus à la centrale de police indique un appel de Laurentide à deux (2) heures et trente-quatre (34); l'exactitude de cette heure a été mise en doute, parce qu'elle n'a pas été entrée au régistre dans son ordre chronologique; le témoin Fleury, en charge ce soir-là à la centrale, explique qu'il y a eu erreur de sa part, que cette entrée de deux (2) heures et trente-quatre (34) a été faite par lui, ce soir-là, mais après une certaine entrée de deux (2) heures et quarante-cinq (45); oubli, distraction, énervement? toujours est-il que le Tribunal doit accepter cette heure de deux (2) heures et trente-quatre (34) comme l'heure véritable de la réception par Fleury de l'appel de Laurentide; ayant décidé ce point, il faut alors décider que l'avis aux serveuses a été donné antérieurement à l'appel fait à la centrale.

Et plus loin (aux pp. 197 et 198):

On a déjà vu que certains clients ou invités de Laurentide avaient découvert l'incendie, et ils ont essayé de l'éteindre avec des moyens de fortune; ils ont également essayé de sortir le matelas en feu, fumée ou flammes peu importe, mais n'y réussirent pas; ils ont aussi fait montre de jugement en s'empressant d'aviser tous les clients, autant que possible, unité par unité; cet empressement d'évacuer les clients a continué après l'arrivée des deux (2) premiers pompiers; comme question de fait, il n'y eut heureusement aucune perte de vie.

De ce récit du début de l'incendie et de l'analyse de la preuve, le premier juge conclut qu'après le déversement des 500 gallons d'eau par Coulombe, vers 3 h, le feu était presque éteint (à la p. 198):

[TRANSLATION] The Court has to say that, on the evidence, the fire had almost been put out through the efforts of LeBlanc, Coulombe and Loupret, when the water ran out in the Beauport fire truck, because it could not be connected to the hydrants;

Vallerand J.A. questioned this conclusion, after reviewing the testimony of various witnesses, including the firefighters and the respondent's expert witness (at p. 1014):

[TRANSLATION] It is thus not impossible that the fire could have been put out using the hydrants. Only a careful analysis of the evidence on the point might *perhaps* suggest such a conclusion: but as I have said, water was not available at the hydrants until forty-five minutes later, and for reasons of law which I have explained at length the city cannot be held liable for this.

It is clear that the trial judge accepted a different version, given by other witnesses. *Inter alia*, he rejected the testimony of the firefighters, and consequently that of the respondent's expert witness, upon which Vallerand J.A. relied in part and in preference to the testimony of independent witnesses, as I have already noted. I do not see how, in view of the credibility factor which is present here, the Court of Appeal could properly arrive at different conclusions from those of the trial judge, who heard and analysed this lengthy conflicting evidence.

2. State of Building and Defective Condition of Fire Doors

Secondly, according to the respondent, the building was built in such a way as to accelerate the spread of the fire. Several witnesses were heard on this point: Olivier Larue (c.a., vol. VI, at p. 1161), Émile Turgeon (c.a., vol. VII, at p. 1354), Bernard Péclet (c.a., vol. VI, at p. 1183) and Dominique Gonthier (c.a., vol. VIII, at p. 1456). According to these witnesses, the space between the ceiling and the roof formed a kind of incendiary chimney. They further stated that in the absence of a fire door, this type of construction encouraged the fire to spread. Other witnesses indicated that one of the two fire doors had not closed automatically as it should have done: Chief Côté (c.a., vol. IV, at p. 636), André Larue (c.a.,

Force est au Tribunal de constater que, selon la preuve, le feu était presque éteint par les efforts de LeBlanc, Coulombe et Loupret, lorsque l'eau vint à manquer dans le camion-pompe de Beauport, faute d'un raccordement aux bornes-fontaines;

Le juge Vallerand met en doute cette conclusion après avoir fait état de divers témoignages dont ceux des pompiers et de l'expert de l'intimée (à la p. 1014):

Il n'est pas impossible qu'on eût pu dès lors, à partir des bornes-fontaines, achever d'éteindre l'incendie. Seule une analyse soignée de la preuve sur la question pourrait *peut-être* permettre d'en venir à pareille conclusion. Mais, je le rappelle, l'eau ne fut disponible aux bornes que quarante-cinq minutes plus tard sans que, pour motifs de droit que j'ai longuement expliqués, on puisse en tenir la Ville responsable.

Il est évident que le premier juge a plutôt retenu une version différente donnée par d'autres témoins. Entre autres, il a rejeté les témoignages des pompiers et, par voie de conséquence, celui de l'expert de l'intimée, sur lesquels le juge Vallerand s'appuie en partie pour leur préférer celui de témoins indépendants comme je l'ai déjà souligné. Je ne vois pas que, compte tenu du facteur crédibilité, ici présent, la Cour d'appel ait eu raison de former des conclusions différentes de celles auxquelles en est arrivé le juge du procès qui a entendu et analysé cette longue preuve contradictoire.

2. L'état du bâtiment et la défectuosité des portes coupe-feu

En second lieu, selon l'intimée, le bâtiment était construit de façon à accélérer la propagation de l'incendie. Plusieurs témoins ont été entendus à ce sujet: Olivier Larue (d.c., vol. VI, à la p. 1161), Émile Turgeon (d.c., vol. VII, à la p. 1354), Bernard Péclet (d.c., vol. VI, à la p. 1183) et Dominique Gonthier (d.c., vol. VIII, à la p. 1456). D'après ces témoins, l'entretoit formait une sorte de cheminée incendiaire. Ils ont ajouté qu'en l'absence de porte coupe-feu, cette construction favorisait la propagation de l'incendie. D'autres témoins ont révélé qu'une des deux portes coupe-feu ne s'était pas fermée automatiquement comme elle aurait dû: le chef Côté (d.c., vol. IV, à la p. 636),

vol. VI, at p. 1069) and Paul Bélanger (c.a., vol. II, at p. 294).

This evidence was considered by the trial judge. However, he rejected it on the ground that the building had been constructed in accordance with standards and that, in any case, this construction was not shown to have been a determining cause of the spread of the fire. The judge wrote (at p. 205):

[TRANSLATION] An attempt was also made to argue against plaintiffs that the building was badly designed. The Court cannot accept this argument: as we saw at the start of this judgment, this building was built in accordance with industry practice and the standards in effect at the time. Defendant laid great stress on the fact that the attic, through which the air or ventilation pipes passed, formed a sort of horizontal chimney, and that there were no fire breaks at various places: as we know, there was a fire break between the lobby and where the rooms began; Beauport would have liked there to be fire walls at various places to divide the rooms; the expert witness Blinkstead, and even Matte, told the Court that it is not usual to do this in this type of construction; in any case, the Court must seek to identify, in light of all the circumstances of time and place, the determining cause or causes of the fire and its spread; the causes identified have been mentioned above.

I am not persuaded that this conclusion needs to be overturned.

3. Snow Covering Hydrants

Many witnesses were heard by Roberge J. regarding the fact that hydrants BF-2 and BF-3 were snowed in. Some of them, namely Armand Grenier (c.a., vol. III, at pp. 539 and 542), Chief Eugène Côté (c.a., vol. IV, at p. 635), Magella Prévost (c.a., vol. II, at pp. 302 and 309-10) and Roger Pascal (c.a., vol. V, at pp. 878 and 901), stated that the hydrants had been cleared on the evening of the fire. Others, namely Ovila Leblanc (c.a., vol. II, at p. 265), Edmond Loupret (c.a., vol. III, at p. 518), Forest Keet (c.a., vol. II, at pp. 344-48) and Pat O'Brien (c.a., vol. III, at pp. 390 and 407-8), testified that on the contrary, hydrants BF-2 and BF-3 were hidden by snow when the firefighters arrived and could not be found.

André Larue (d.c., vol. VI, à la p. 1069) et Paul Bélanger (d.c., vol. II, à la p. 294).

Or, cette preuve a été considérée par le juge de première instance. Celui-ci la rejette au motif que la bâtisse a été construite conformément aux normes et que, de toute façon, il n'a pas été démontré que cette construction ait constitué une cause efficiente de la propagation du feu. Le juge écrit (à la p. 205):

On veut également prétendre contre les demandeurs que la bâtisse était mal conçue; le Tribunal ne peut retenir cet argument; cette bâtisse, on l'a vu au début du présent jugement, a été bâtie selon les règles de l'art et selon les normes existant à l'époque; la défenderesse a fait grand état du fait que l'entretoit, où couraient des tuyaux d'aération ou de ventilation, formait, en quelque sorte, une cheminée horizontale et qu'il n'y avait pas de coupe-feu de place en place; on sait, en effet, qu'il y avait un coupe-feu entre le hall principal et le début de la section des unités de logement; Beauport aurait voulu qu'il y eut des murs coupe-feu à divers endroits pour diviser les unités de logement; l'expert Blinkstead et même Matte nous disent qu'il n'est pas d'usage de ce faire dans ce genre de construction; de toutes façons, le Tribunal doit rechercher, compte tenu de toutes les circonstances de temps et de lieux, la ou les causes efficientes de l'incendie et de sa propagation; les causes retenues ont été mentionnées plus haut.

On ne m'a pas convaincue que cette conclusion doive être modifiée.

3. L'enneigement des bornes-fontaines

De nombreux témoins ont été entendus par le juge Roberge relativement à l'état d'enneigement des bornes-fontaines BF-2 et BF-3. Certains d'entre eux, soit Armand Grenier (d.c., vol. III, aux pp. 539 et 542), le chef Eugène Côté (d.c., vol. IV, à la p. 635), Magella Prévost (d.c., vol. II, aux pp. 302, 309 et 310) et Roger Pascal (d.c., vol. V, aux pp. 878 et 902), affirment que les bornes-fontaines étaient dégagées le soir de l'incendie. D'autres, soit Ovila Leblanc (d.c., vol. II, à la p. 265), Edmond Loupret (d.c., vol. III, à la p. 518), Forest Keet (d.c., vol. II, aux pp. 344 à 348) et Pat O'Brien (d.c., vol. III, aux pp. 390, 407 et 408), ont témoigné au contraire que les bornes-fontaines BF-2 et BF-3 étaient, au moment de l'arrivée des pompiers, enfouies sous la neige et ne pouvaient pas être repérées.

In its factum, the respondent noted the contradictory nature of the evidence, doubtless in order to induce this Court to consider the state of the hydrants on the evening of the fire. Here as elsewhere, the proper function of the trial judge was to assess the testimony on this point as well as all the facts presented in evidence, few of which were not the subject of opposing argument. The trial judge assessed this evidence when he said (at pp. 199-200):

[TRANSLATION] ... the Court is prepared to accept, with no hesitation or question, the testimony of independent persons such as Forest Keet and Edmond Loupret: these individuals have no interest in this entire matter.

. . .

It would appear that even before Chief Côté arrived, Marcel Coulombe went in search of BF-3 and, at least in the opinion of LeBlanc, had difficulty finding it.

The same thing occurred with BF-2: Patrick O'Brien, the maintenance supervisor, saw people shovelling when he arrived at about 3:00 a.m. around BF-2; Chief Côté sent for a Beauport bulldozer; this bulldozer was used to locate BF-2 and remove the hardened or frozen snow around it; this was established by Forest Keet in particular; it may be noted that Forest Keet was owner of the adjoining motel, Motel Hélène, and was on the scene even before Chief Côté; Ovila Leblanc himself, a Beauport police officer at the time, testified that the hydrants were buried or snowed in; it was mentioned by Edmond Loupret.

In my opinion this is sufficient to show that the respondent's argument on this point cannot succeed any more than its argument relating to the use of the hydrants by hotel employees, which it claims made them unusable.

The trial judge properly rejected this argument, and explained why (at p. 202):

[TRANSLATION] An attempt was made to attribute the difficulty of opening the hydrants to the fact that Laurentide and La Bastogne employees had used them during the summer, and opened them not with the regular key provided by Beauport but with other jagged tools, such as a monkey wrench or pipe wrench, and in so doing damaged them; if in fact the adjusting screw or

L'intimée, dans son mémoire, souligne le caractère contradictoire de la preuve, sans aucun doute dans le but d'inviter cette Cour à considérer l'état d'enneigement des bornes-fontaines le soir de l'incendie. Or, ici comme dans les autres cas, le premier juge avait justement pour tâche d'évaluer les témoignages à cet égard comme à l'égard de tous les faits mis en preuve dont peu n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire. Le premier juge a apprécié cette preuve lorsqu'il dit (aux pp. 199 et 200):

... le Tribunal est prêt à accepter, sans aucune hésitation et sans équivoque, le témoignage de personnes indépendantes comme Forest Keet et Edmond Loupret; ces personnes n'ont aucun intérêt dans toute cette affaire.

. . .

Il semblerait que Marcel Coulombe se soit rendu, même avant l'arrivée du chef Côté, vers la BF-3 et qu'il aurait eu des difficultés à la trouver, c'est du moins l'opinion de LeBlanc.

La même chose s'est produite pour la BF-2; Patrick O'Brien, le surintendant à l'entretien, a vu des gens pelleter lors de son arrivée, vers trois (3) heures, autour de la BF-2; le chef Côté a fait venir une chargeuse de Beauport; cette chargeuse a servi à repérer la BF-2, à enlever de la neige dure ou gelée qui s'y trouvait; en témoigne Forest Keet particulièrement; disons dès maintenant que Forest Keet est propriétaire du motel voisin, Motel Hélène, et qu'il était sur les lieux avant même le chef Côté; Ovila Leblanc lui-même, un policier de Beauport à l'époque, témoigne que les bornes-fontaines étaient enterrées ou enneigées; Edmond Loupret en parle.

Ceci suffit, à mon avis, pour démontrer que l'intimée ne saurait réussir dans ses prétentions, de même que dans celles qui ont trait à l'usage par les employés de l'hôtel des bornes-fontaines, ce qui les aurait rendues inutilisables.

Le juge de première instance n'a pas, avec raison, retenu cet argument et il s'en explique (à la p. 202):

On essaye d'attribuer la difficulté d'ouverture des bornes-fontaines au fait que les employés de Laurentide et de la Bastogne se seraient servis de celles-ci durant l'été et les auraient ouvertes non pas avec la clef régulière fournie par Beauport mais bien avec d'autres outils dentelés, comme la clef anglaise ou une clef à tuyau et enfin les auraient ainsi endommagées; si, en fait, l'écrou

nut was damaged by this type of wrench, the Beauport employees would have seen this when they made their inspections, as they were required to do; if that were the case, and they had been alert, after seeing the damage they should have changed the adjusting screws or nuts; according to the evidence, they did not do this; the Court rejects this claim by Beauport.

The respondent submitted that the trial judge erred in requiring from the municipality [TRANSLATION] "round-the-clock supervision". In my opinion, this objection is groundless. The trial judge correctly identified the object and intensity of the maintenance obligation on the municipality, referring to the criteria in art. 1053 *C.C.L.C.*, when he wrote (at p. 202):

[TRANSLATION] The systems for supplying water and preventing fire through the hydrants were therefore not in good working order and could not provide the services expected of such a system; the Beauport authorities were required to act in this regard as *bon père de famille*; Beauport and its employees were responsible for seeing that these hydrants were always visible and free of snow and also for ensuring that the hydrants were not frozen.

The evidence, in particular the testimony of the employee responsible for clearing snow from the hydrants, Roger Pascal, showed that there was a period of at least four days before the fire during which the municipality did not verify whether the hydrants were snowed in or not in working order. This employee was not able to say on what date in February he had inspected the hydrants. There was no evidence of any schedule or inspection register. In my opinion, in these circumstances it was not "round-the-clock supervision" which was lacking, as the respondent maintained, but the supervision that would have been provided by a person seeking to exercise reasonable care in checking and maintaining the hydrant system.

4. Employee Negligence

The respondent relied in this Court on the testimony of the witnesses Paul Bélanger (c.a., vol. II, at p. 292), David Matte (c.a., vol. X, at p. 1897) and Roger Potvin (c.a., vol. VIII, at p. 1558), to indicate that the employees could have put out the fire when it started with the chemical extinguish-

de manœuvre ou la noix était endommagé par ce genre de clef, les employés de Beauport, en faisant leur inspection comme ils devaient la faire, s'en seraient aperçu; si tel était le cas et s'ils avaient été vigilants après s'en être aperçus, ils auraient dû changer ces noix ou écrous de manœuvre; ils n'en ont rien fait, selon la preuve; le Tribunal rejette cette prétention de Beauport.

L'intimée soumet que le juge de première instance a erré en exigeant de la municipalité «une surveillance de tous les instants». À mon avis, ce reproche est mal fondé. Le premier juge a correctement déterminé l'objet et l'intensité de l'obligation d'entretien qui incombait à la municipalité, s'en reportant aux critères de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, lorsqu'il écrit (à la p. 202):

Les réseaux d'aqueduc et de prévention contre le feu par les bornes-fontaines n'étaient donc pas en bon état d'entretien et ne pouvaient rendre les services attendus de ce réseau; les autorités de Beauport devaient agir à ce sujet en bons pères de famille; c'est Beauport et ses employés qui avaient la responsabilité de voir à ce que ces bornes-fontaines soient constamment visibles et déneigées et de voir également à ce que ces bornes-fontaines ne gèlent pas.

La preuve et notamment le témoignage du préposé chargé du déneigement des bornes-fontaines, Roger Pascal, a révélé qu'un délai d'au moins quatre jours s'était écoulé avant l'incendie sans que la municipalité ne vérifie l'état des bornes-fontaines enneigées et défectueuses. Ce même préposé n'était pas en mesure de dire à quelle date du mois de février il avait inspecté les bornes-fontaines. Aucun horaire, ni aucun registre des inspections n'a été mis en preuve. À mon avis, ce n'est pas, dans ces circonstances, «une surveillance de tous les instants» qui a fait défaut, comme le prétend l'intimée, mais bien la surveillance qu'aurait effectuée une personne soucieuse d'apporter à la vérification et à l'entretien du système de bornes-fontaines des soins raisonnablement diligents.

4. La négligence des employés

L'intimée fait valoir devant cette Cour les témoignages des témoins Paul Bélanger (d.c., vol. II, à la p. 292), David Matte (d.c., vol. X, à la p. 1897) et Roger Potvin (d.c., vol. VIII, à la p. 1558), selon lesquels il aurait été possible pour les employés de maîtriser le feu dès son début avec les

ers that were on the premises. Other testimony was cited by the respondent to show that the employees did not know where the extinguishers were.

The trial judge drew the following conclusion from this evidence (at p. 205):

[TRANSLATION] Defendant would like to shift responsibility for this fire, at least in part, to the employees and even the guests of Laurentide, because they did not know where the chemical extinguishers in the corridors were located; it is not surprising that a guest would not know where the extinguishers were; this is not necessarily the responsibility of patrons, and yet a guest, Loupret, tried to find one in the corridor, though he was unsuccessful because of the smoke; if the reasoning is taken to its logical conclusion, we should say that the firefighters themselves, who were responsible for fire protection, should have known that there were fire extinguishers and been able to use them.

Vallerand J.A. implicitly rejected this conclusion when he wrote (at p. 1004):

[TRANSLATION] Even before the intervention by the respondents' service, did the appellants not have a duty to attempt to avoid the catastrophe?—can we presume, in the face of the evidence I have mentioned, that if they had tried to do this they would still have failed, and can the city be blamed for these same faults of omission which they allegedly committed themselves earlier, and without which the fire might have been put out well before the city of Beauport's actions were in question?

With respect, the trial judge's assessment of the evidence does not show any error.

After examining the thirty volumes of transcript reproduced and filed in this Court, and after reviewing the objections raised by the respondent to the trial judge's actions, I rest convinced of the correctness of his conclusions on liability, inasmuch as I respect his decision on the credibility of the witnesses, as an appellate court must. I therefore conclude that the respondent has not been able to demonstrate to my satisfaction that the Court of Appeal's intervention in the trial judge's findings of fact was justified or that the trial judge made a palpable error in his determination of the facts, or an error likely to affect the outcome of

extincteurs chimiques qui se trouvaient sur les lieux. D'autres témoignages sont invoqués par l'intimée à l'effet que les employés ne savaient pas où se trouvaient les extincteurs.

De cette preuve, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante (à la p. 205):

La défenderesse voudrait faire rejeter la responsabilité de ce feu, du moins en partie, sur les employés, et même sur les clients de Laurentide, parce qu'ils n'auraient pas su où étaient les extincteurs chimiques dans les corridors; il n'est pas surprenant qu'un client ne sache pas où sont les extincteurs; cela n'est pas nécessairement la responsabilité du patron, et pourtant, un client, Loupret, a tenté, sans succès, à cause de la fumée, d'aller en chercher un dans le corridor; si l'on veut pousser au bout le raisonnement, il faudrait dire que les pompiers eux-mêmes, qui ont la responsabilité de la protection de l'incendie, auraient dû, eux, savoir qu'il y avait des extincteurs et auraient pu s'en servir.

Le juge Vallerand a implicitement rejeté cette conclusion lorsqu'il écrit (à la p. 1004):

Les appelants n'avaient-ils pas, avant même l'intervention du Service des intimés le devoir de tenter d'éviter la catastrophe; peut-on présumer à l'encontre de la preuve que j'ai dite que s'ils s'y étaient appliqués ils auraient néanmoins échoué et sont-ils recevables à reprocher à la Ville ces mêmes fautes d'omission qu'ils auraient eux-mêmes commises antérieurement et sans lesquelles on peut croire qu'on aurait éteint le feu bien avant qu'il fasse des ravages et bien avant que la conduite de la Ville de Beauport ne fut mise en cause.

En toute déférence, on ne m'a pas démontré d'erreur dans l'appréciation du juge de première instance.

Après un examen des trente volumes de transcription des notes sténographiques qu'on a reproduits et déposés devant cette Cour, et après étude des reproches adressés par l'intimée au juge de première instance, je demeure convaincue de la justesse de ses conclusions relativement à la responsabilité, en autant que je respecte, comme une cour d'appel se doit, sa décision sur la crédibilité des témoignages. Je conclus donc que l'intimée n'a pas réussi à démontrer à ma satisfaction que l'intervention de la Cour d'appel dans les conclusions de fait du juge de première instance était justifiée non plus que ce dernier a commis une erreur

the case, in the conclusions he drew from the facts he took to have been proven.

However, one cannot conclude that the city of Beauport is liable without dealing with the question of the causal link between the fault and the damage suffered.

III. Causal Link

As we know, and this no longer has to be elaborated upon, for fault to be a basis for civil liability it must have been the determining cause of the damage, that is, the damage must have been the direct and immediate consequence of the fault (*Volkert v. Diamond Truck Co.*, [1940] S.C.R. 455; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), Nos. 336 and 353).

Although, as Vallerand J.A. noted, the trial judge does not appear to have discussed this aspect of the case at any great length, he did not ignore it when he wrote (at pp. 205-6):

[TRANSLATION] [T]he Court must seek to identify, in light of all the circumstances of time and place, the determining cause or causes of the fire and its spread; the causes identified have been mentioned above.

. . .

In a case of fire, like that before the Court, a distinction has to be made between the fault that created the fire and the fault that caused it to spread; this distinction was made some months ago in a judgment of Jacques Boucher J. of the Superior Court for the District of Hull; the judgment was rendered on January 25, 1979, in a case before the Hull District Superior Court having No. 17115, Sabourin v. Jahno; Boucher J. noted this distinction to be made between fault causing a fire at its origin and fault causing the fire to spread; he cited in this regard the judgment of the Supreme Court of Canada in DesBrisay et Al. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd. et Al., (1941 S.C.R. 230) . . .

This, in my opinion, is what matters.

The trial judge in any case clearly concluded that the fire was almost put out by the discharge of water from the first fire truck (at p. 207):

manifeste dans la détermination des faits ou une erreur de nature à affecter l'issue du litige dans les conclusions qu'il a tirées des faits qu'il a tenus pour prouvés.

On ne saurait toutefois conclure à la responsabilité de la ville de Beauport sans disposer de la causalité entre les fautes retenues et les dommages subis.

III. Le lien de causalité

On sait, et ce n'est plus à démontrer, que, pour être génératrice de responsabilité civile, une faute doit avoir été la cause efficiente du dommage, c'est-à-dire que le dommage doit avoir été la conséquence directe et immédiate de la faute (*Volkert v. Diamond Truck Co.*, [1940] R.C.S. 455; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), nos 336 et 353).

Si, comme le juge Vallerand le souligne, le juge de première instance ne semble pas s'être attardé longuement à discuter de cet aspect du litige, il ne l'a cependant pas ignoré lorsqu'il dit (aux pp. 205 et 206):

[L]e Tribunal doit rechercher, compte tenu de toutes les circonstances de temps et de lieux, la ou les causes efficientes de l'incendie et de sa propagation; les causes retenues ont été mentionnées plus haut.

. . .

En matière d'incendie, comme dans le cas qui nous occupe, il faut faire une distinction entre la faute d'origine de l'incendie et la faute entraînant la propagation de l'incendie; cette distinction a été faite il y a quelques mois dans un jugement de l'Honorable Juge Jacques Boucher de la Cour Supérieure du district de Hull; le jugement a été rendu le 25 janvier 1979, dans une cause de la Cour Supérieure du district de Hull, portant le numéro 17115, Sabourin v. Jahno; l'Honorable Juge Boucher souligne cette distinction à faire entre une faute causale d'un incendie, à son origine, et la faute causale de la propagation de l'incendie; il cite à ce sujet l'arrêt de la Cour Suprême du Canada, dans l'affaire DesBrisay et Al. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd. et Al. (1941 R.C.S. 230) . . .

C'est là, à mon avis, l'important.

La conclusion du juge de première instance est d'ailleurs claire: le feu était presque éteint par le déversement du premier camion-citerne (à la p. 207):

[TRANSLATION] We know from the evidence already analysed above that the intensity of the fire had diminished appreciably after all the water contained in the fire truck had been discharged . . . the evidence disclosed that there were no longer any flames in unit 15, though there was still smoke; we also know that there was a lack of water.

Once we accept that the trial judge was right to arrive at this conclusion of the evidence, as I do, the causal link between the lack of water and the spread of the fire becomes inescapable. It is possible that subsequent measures could have halted the progress of the fire and so broken the causal link for all or part of the damage. The failure to take proper measures, as found by the trial judge, did not have this result: quite the contrary.

As regards the faults committed by the firefighters, Vallerand J.A. criticized the trial judge for his choice of words, which in his view seemed to indicate that, in arriving at his findings, the trial judge had relied simply on a possibility, not a probability. This led Vallerand J.A. to state that the appellants had not met the burden of proof on a balance of probabilities. While it is true that the trial judge could have expressed himself differently, in my opinion this objection cannot stand when his remarks are taken in context, and one considers the firm conviction of the trial judge when he concluded that the lack of water coupled with other faults he felt had been committed by city employees in all probability caused the remainder of the damage. Although the judge wrote that [TRANSLATION] "it is also plausible to conclude, for another reason, that these hydrants were snowed in or at least covered with some snow which made access to them difficult" (emphasis added) (p. 200), and that [TRANSLATION] "It is quite clear that the use of a bulldozer to control a fire is not an ordinary procedure but in circumstances such as those in which Chief Côté was, he may have had to take the decision to try this experiment" (emphasis added) (p. 204), his conviction emerges from the following passage (at p. 204):

[TRANSLATION] The Court concludes overall that Beauport must bear definite liability for this fire; [Emphasis added.]

On sait par la preuve déjà analysée plus haut que le feu avait passablement diminué d'intensité après que fut complètement déversé le contenu d'eau du camion-pompe [. . .]; la preuve révèle qu'il n'y avait plus de flamme dans l'unité de logement quinze (15), mais qu'il y avait encore de la fumée; on sait aussi qu'il y a eu manque d'eau.

Dès le moment où l'on accepte que le juge de première instance a eu raison de tirer cette conclusion de la preuve, comme je le fais, le lien de causalité entre le manque d'eau et la propagation de l'incendie devient évident. Des mesures subséquentes auraient peut-être pu arrêter le progrès de l'incendie et, de ce fait, rompre le lien de causalité pour tout ou partie des dommages. Or, le défaut de prendre des mesures adéquates, que retient le juge du procès, n'a pas eu ce résultat, bien au contraire.

En ce qui concerne les fautes commises par les pompiers, le juge Vallerand reproche au juge de première instance son choix de mots qui, selon lui, semble indiquer que celui-ci se serait basé, pour asseoir ses conclusions, sur une simple possibilité et non sur une probabilité, ce qui lui fait dire que les appelants n'auraient pas satisfait aux exigences du fardeau de la preuve prépondérante. Il est exact que le juge de première instance eût pu s'exprimer autrement mais, à mon avis, le reproche ne saurait tenir lorsqu'on replace ses remarques dans leur contexte et qu'on apprécie la conviction avec laquelle il en arrive à déterminer que la pénurie d'eau jointe aux autres fautes qu'il reproche aux employés de la Ville ont, selon toute probabilité, causé l'excédent des dommages. Si le juge écrit qu'«il est plausible également de conclure, pour une autre raison, que ces bornes-fontaines étaient enneigées ou du moins recouvertes d'une certaine quantité de neige qui en rendait l'accès difficile» (je souligne)(p. 200), et qu'«Il est bien sûr que l'utilisation d'une chargeuse, pour contrôler un feu, n'est pas une manœuvre ordinaire, mais dans les circonstances telles que celles où le chef Côté était, il lui aurait fallu prendre la décision de tenter cette expérience» (je souligne)(p. 204), sa conviction ressort par contre du passage suivant (à la p. 204):

Dans l'ensemble, le Tribunal en vient à la conclusion que Beauport doit encourir une responsabilité certaine dans cet incendie; [Je souligne.]

If Vallerand J.A. had held the city partly liable for maintaining the hydrants, as I do, his conclusion might perhaps have been altered judging from this passage from his opinion (at p. 1014):

[TRANSLATION] It is thus not impossible that the fire could have been put out using the hydrants. Only a careful analysis of the evidence on the point might *perhaps* suggest such a conclusion: but, as I have said, water was not available at the hydrants until forty-five minutes later, and for reasons of law which I have explained at length the city cannot be held liable for this.

In any case, in view of my conclusion that the trial judge was right in his finding of negligence by the city of Beauport in maintaining its water system, including its fire hydrants, as the determining cause of the spread of the fire, subsequent fault by the firefighters in the course of their duties could only contribute to increasing the damage that resulted.

The negligence of the city of Beauport and its employees in the course of their duties, both wrongful and causal, makes the city liable for the damage sustained by the appellants. Roberge J. set the share of this damage attributable to the city of Beauport at $2,542,732.83. The appellants did not object and, as the Court of Appeal dismissed the action, it did not have to rule on this aspect of the case.

The respondent now raises certain objections in this respect in this Court, and these must accordingly be considered.

IV. Quantum of Damages

As this point was not raised by the appellant's appeal, the respondent obtained leave from this Court to file a factum on this aspect of the question. The appellants in due course responded without objection. The respondent's interest in presenting its arguments in this regard is readily understandable, as the Court of Appeal, since it dismissed the action, did not have to discuss the point. Since the argument on damages does not appear to have taken the parties unawares or to have given either of them an undue advantage, and

Si le juge Vallerand avait retenu quelque responsabilité de la Ville pour l'entretien des bornes-fontaines, comme je le fais, sa conclusion en aurait peut-être été modifiée si on en juge par cet extrait de son opinion (à la p. 1014):

Il n'est pas impossible qu'on eût pu dès lors, à partir des bornes-fontaines, achever d'éteindre l'incendie. Seule une analyse soignée de la preuve sur la question pourrait *peut-être* permettre d'en venir à pareille conclusion. Mais, je le rappelle, l'eau ne fut disponible aux bornes que quarante-cinq minutes plus tard sans que, pour motifs de droit que j'ai longuement expliqués, on puisse en tenir la Ville responsable.

À tout événement, vu ma conclusion selon laquelle le juge de première instance a eu raison de retenir la négligence de la ville de Beauport dans le maintien et l'entretien de son réseau d'aqueduc, entre autres de ses bornes-fontaines, cause efficiente de la propagation de l'incendie, les fautes subséquentes des pompiers dans l'exécution de leurs fonctions n'ont pu que contribuer à l'aggravation des dommages en résultant.

Causale, la négligence de la ville de Beauport et de ses proposés dans l'exercice de leurs fonctions entraîne sa responsabilité pour les dommages subis par les appelants. Le juge Roberge a établi la part de ces dommages attribuable à la ville de Beauport à 2 542 732,83 $. Les appelants ne s'en plaignent pas et la Cour d'appel n'a pas eu à se prononcer sur cet aspect du litige ayant conclu au rejet de l'action.

C'est l'intimée qui soulève devant nous certains griefs à cet égard qu'il y a maintenant lieu d'examiner.

IV. Le quantum des dommages

Ce point ne faisant pas l'objet de l'appel, l'intimée a obtenu la permission de notre Cour de produire un mémoire sur cet aspect du débat, mémoire auquel les appelants ont répondu en temps utile et sans objection. On comprend facilement l'intérêt de l'intimée à faire valoir ses moyens à cet égard, la Cour d'appel n'ayant pas eu à débattre le point puisqu'elle a rejeté l'action. Compte tenu que l'argumentation relative aux dommages ne semble pas avoir pris les parties au dépourvu, ni avoir imposé à l'une d'entre elles un

since they indicated they were prepared to argue the point in this Court, I would treat this aspect of the case as having been brought before the Court in the usual way.

What I have said about an appellate court's power to intervene in the determination of facts is doubly true when it comes to intervening in the estimation of damages, especially in view of the measure of discretion enjoyed by the trial judge in this area.

The rule is that an appellate court should not alter the quantum of damages set by the trial judge simply because it would have awarded a different amount if it had itself been sitting at the trial level. For the quantum to be altered, an appellate court must be shown that the trial judge applied an erroneous rule of law or that the amount awarded was palpably incorrect compensation for the damage suffered. If there is no such error of law or palpable error in the compensation, there is no basis for intervention by an appellate court (*Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601, at pp. 613-14 (P.C.); *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 S.C.R. 244; *Watt v. Smith*, [1968] S.C.R. 177; *Industrial Teletype Electronics Corp. v. City of Montreal*, [1977] 1 S.C.R. 629; *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494).

As these rules are well established, the Court must review the trial judge's findings in light of the method used and the evidence.

A) *Trial Judgment*

Roberge J. divided the claim into three separate parts: the buildings, their contents, and the loss of profit and incidental expenses, and I shall deal with them in the same order.

1. Buildings

To determine the value of the damage caused to the motel, the restaurant and the shop, the appel-

avantage indu, et vu qu'elles se sont montrées prêtes à débattre la question devant nous, je suis d'avis de considérer cet aspect du litige comme étant régulièrement soumis à cette Cour.

Ce que j'ai dit au sujet du pouvoir d'intervention d'une cour d'appel dans la détermination des faits vaut doublement lorsqu'il s'agit d'intervenir au niveau de l'estimation des dommages, compte tenu en particulier de la marge de discrétion dont jouit le juge de première instance dans ce domaine.

La règle veut qu'une cour d'appel ne doit pas modifier le quantum des dommages établi par le juge du fait pour le simple motif qu'elle aurait accordé un montant différent si elle avait elle-même siégé en première instance. Pour modifier le quantum, il doit être démontré à une cour d'appel que le juge du procès a appliqué un principe de droit erroné ou que la somme accordée constitue une indemnisation manifestement incorrecte du préjudice subi. À défaut d'une telle erreur de droit ou d'un telle erreur manifeste dans l'indemnisation, il n'y a pas lieu pour la cour d'appel d'intervenir (*Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601, aux pp. 613 et 614 (C.P.); *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 R.C.S. 244; *Watt v. Smith*, [1968] R.C.S. 177; *Industrial Teletype Electronics Corp. c. Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 629; *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494).

Ces critères étant solidement établis, il y a lieu de faire une revue des conclusions du juge de première instance, au regard de la méthode utilisée et de la preuve.

A) *Le jugement de première instance*

Le juge Roberge a divisé la réclamation en trois éléments distincts: les bâtiments, leur contenu, ainsi que la perte de profits et les frais incidents, et j'en traiterai dans le même ordre.

1. Les bâtiments

Pour établir la valeur des dommages causés au motel, au restaurant et à la boutique, les appelants

lants called the expert witness Paul Michaud. He used the depreciated replacement method, that is, he asked what it would cost to rebuild identical buildings, taking into account a depreciation factor for new materials and the recovery of what remained after the fire. He considered the original plans and specifications, and after consulting with contractors and merchants, determined the cost of each of the materials originally used and the cost of the work that would be required to rebuild the complex. His formula also included items for administrative costs, contractors' fees and fees for architects and engineers. Finally, he suggested two methods for assessing the loss of the buildings: the first involved reconstruction from scratch, and the second took the residue into account and envisaged reconstruction on the foundations and other parts which remained. This second amount totalled $1,315,047.93, which in view of the division of liability with defendant Tremblay gave $1,267,098.93 as compensation for damages owed by the respondent.

ont fait entendre l'expert Paul Michaud. Celui-ci a utilisé la méthode de remplacement déprécié, c'est-à-dire qu'il s'est demandé ce qu'il en coûterait pour reconstruire des bâtiments identiques, en tenant compte d'un facteur de dépréciation pour les matériaux neufs, ainsi que de la récupération du résidu de l'incendie. Il a considéré les plans et devis originaux et, au terme de consultations avec des entrepreneurs et marchands, a établi le coût de chacun des matériaux originalement utilisés, ainsi que le coût des travaux qui seraient exigés pour refaire le complexe. Sa formule inclut, en outre, des postes à titre de coût d'administration, frais d'entrepreneurs et honoraires d'architectes et d'ingénieurs. Il propose enfin deux façons d'évaluer la perte des bâtiments: la première postule la reconstruction à partir de zéro, alors que la seconde tient compte du résidu et envisage la reconstruction à partir des fondations et autres éléments ayant survécu à l'incendie. Ce deuxième montant totalise 1 315 047,93 $, ce qui, vu le partage de responsabilité avec le défendeur Tremblay, donne 1 267 098,93 $ à titre d'indemnité pour dommages-intérêts dus par l'intimée.

The city of Beauport, for its part, called several expert witnesses. The first, Germain Genest, also used the depreciated replacement method, except that instead of calculating a rebuilding cost, he suggested using the "Boeckh method". This method is used in real estate appraisal. Rather than doing the replacement "piece by piece", the Boeckh method uses a "functional" replacement allowing, not reconstruction of the destroyed motel in every detail, but the construction of a new motel of the same size and having the same function. Applying this method, the expert witness Genest considered that the loss amounted to $1,081,629. This expert witness did not stand up well to cross-examination (c.a., vol. XVI, at p. 2898, and especially at p. 2924). The second expert witness was Gérard Burns. He used the values appearing on the valuation roll before and after the fire, and with the aid of certain projections estimated the total value of the burnt buildings in 1973 as $803,938. The other three expert witnesses for the city of Beauport, Messrs. Marcel Audisio, Jacques Gosselin and Roch Girard, used the method based on the market value of the buildings. Mr. Audisio

La ville de Beauport, quant à elle, a fait entendre plusieurs experts. Le premier, Germain Genest, a aussi utilisé la méthode de remplacement déprécié, sauf qu'au lieu de calculer un coût de reconstruction, il a proposé d'utiliser la «méthode Boeckh». Cette méthode est utilisée en matière d'évaluation foncière. Plutôt que d'effectuer le remplacement «pièce par pièce», la méthode Boeckh effectue un remplacement «fonctionnel» en permettant, non pas la reconstruction dans tous ses détails du motel détruit, mais bien la construction d'un nouveau motel ayant la même grandeur et jouant le même rôle. En appliquant cette méthode, l'expert Genest opine que la perte équivaut à 1 081 629 $. Cet expert passe très mal l'épreuve du contre-interrogatoire (d.c., vol. XVI, à la p. 2898 et surtout à la p. 2924). Le second expert est Gérard Burns. Celui-ci utilise les valeurs portées au rôle d'évaluation avant et après l'incendie, et à l'aide de certaines projections, il estime à 803 938 $ la valeur totale, en 1973, des bâtiments incendiés. Les trois autres experts de la ville de Beauport, MM. Marcel Audisio, Jacques Gosselin et Roch Girard, utilisent la méthode de la valeur

based his estimate on real estate transactions in the market place which most closely approximated the burnt buildings, made certain adjustments and so estimated the loss suffered by the appellants at $844,302. Mr. Gosselin examined the financial statements. He estimated the highest price that a buyer would have paid for the hotel complex, deducted the value of the residue and considered that the amount of $765,000 would adequately compensate for the loss. Finally, Mr. Girard used the capitalization technique. In his submission, the sum of $695,000 was the highest price that a buyer anxious to recover his investment would have paid in order to produce the same investment income.

At the end of the hearing, Roberge J. rejected the municipal valuation and market value methods in favour of the depreciated replacement value method. The judge said the following (at p. 210):

[TRANSLATION] The economic value method is a method that does exist and is sometimes accepted by the courts, but only on an auxiliary basis; this method is also known as the method based on capitalization of the net income from real property.

. . .

Defendant Beauport also raised the question of the municipal valuation; the Court cannot take the method used for this valuation into account in the case at bar.

In the opinion of the undersigned judge, one of the most common methods is that used to obtain the replacement value when this is possible.

Roberge J. adopted in this regard [TRANSLATION] "without qualification" the valuation by the expert witness Michaud, whose expertise clearly impressed the Court, and he explained his choice as follows (at pp. 213-16):

[TRANSLATION] Plaintiffs called Mr. Paul Michaud to establish the value of the building lost: Paul Michaud was formerly a contractor and is now an appraiser; his great experience in such matters is recognized by all; the Court indeed could appreciate his expertise from both his testimony and the work he got through in preparing these valuations, as indicated by Exhibit P-53.

marchande des bâtiments. M. Audisio se fonde sur les transactions immobilières effectuées sur le marché qui se rapprochent le plus des bâtiments incendiés, effectue certains ajustements et évalue de la sorte la perte subie par les appelants à 844 302 $. Monsieur Gosselin, pour sa part, a recours aux états financiers. Il estime le plus haut prix qu'aurait payé un acheteur pour le complexe hôtelier, en soustrait la valeur du résidu et opine qu'une somme de 765 000 $ compenserait adéquatement la perte. Enfin, M. Girard utilise la technique de capitalisation. Selon lui, le montant de 695 000 $ représente le plus haut prix qu'aurait payé un acheteur soucieux de récupérer sa mise de fonds pour produire les mêmes revenus d'investissement.

Au terme de l'enquête, le juge Roberge, a rejeté les méthodes de l'évaluation municipale et de la valeur marchande au profit de celle de la valeur de remplacement dépréciée. Le juge s'est exprimé comme suit (à la p. 210):

La méthode de la valeur économique est une méthode qui existe et qui est parfois acceptée par les tribunaux, mais de façon supplétive seulement; cette méthode est aussi appelée la méthode basée sur la capitalisation des revenus nets d'un immeuble.

. . .

La défenderesse Beauport a aussi soulevé la question de l'évaluation municipale; le Tribunal ne peut tenir compte de la méthode retenue pour cette évaluation, dans la présente cause.

De l'avis du juge soussigné, l'une des méthodes les plus usuelles est bien celle employée pour obtenir la valeur de remplacement quand cela est possible.

Le juge Roberge adopte à cet égard «sans réserve» l'évaluation de l'expert Michaud, dont les qualités d'expert ont manifestement impressionné le tribunal et il motive son choix comme suit (aux pp. 213 à 216):

Les demandeurs ont fait entendre monsieur Paul Michaud pour établir la valeur de la perte de la bâtisse; Paul Michaud a été autrefois contracteur et est maintenant évaluateur; tous reconnaissent sa grande expérience dans ces domaines; le Tribunal a d'ailleurs pu constater son caractère d'expert aussi bien par son témoignage que par le travail qu'il a abattu dans la préparation de ces évaluations, comme en fait foi la pièce P-53.

The expert witness Michaud had the advantage of some acquaintance with the hotel complex in question, as he had been there from time to time as a guest; he was thus already aware of the quality and extent of this complex, at least superficially.

. . .

The Court notes that, though all the plans requested were not filed in this case, because they could not be found or had been lost, the quality of the evidence presented by Michaud in relation to the plans, specifications and work done was impressive and this evidence must be accepted as it stands.

From these plans and specifications, Michaud took the various quantities necessary for rebuilding the complex, with materials of the same quality as those originally used; he obtained prices from various suppliers of various materials; he consulted not only these suppliers but architects, engineers and even the owners as well.

. . .

He even gave two possible methods of setting the value of the loss incurred by the plaintiffs.

First, he set a replacement value for the burnt property, as if the whole project had to be started over from scratch using a vacant lot; briefly, he constructed a new hotel complex on paper and in detail, from excavation to the time the keys were handed over to the owner; he added the percentages usually allowed for administrative expenses, contractors' fees and the fees of professionals, architects and engineers; these figures gave him the total replacement value.

Second, he gave us the replacement value, but this time he did not start from a vacant lot: his point of departure was the property as it was immediately after the fire, with the debris that had to be removed, materials that were recoverable or parts of buildings that could be recovered, allowing for certain necessary repairs before placing new construction on this debris; this replacement value necessarily gave what Michaud called the cost of damage; to this cost he also added the usual percentages for administrative expenses, contractors' and professionals' fees.

. . .

Of the two methods of obtaining figures put before the Court, it chose the one which gave the cost of damage, that is the replacement value, less the recovery value, plus the cost of repairs to recoverable property.

L'expert Michaud avait l'avantage de connaître, un tant soit peu, le complexe hôtelier dont il s'agit, pour avoir fréquenté cet endroit de temps à autre comme client; il connaissait donc déjà, au moins superficiellement, la qualité et l'étendue de ce complexe.

. . .

Le Tribunal fait remarquer que, même si tous les plans désirés n'ont pas été produits dans cette cause, parce qu'introuvables ou perdus, la qualité de la preuve faite par Michaud au sujet des plans, devis et travaux faits, est impressionnante et cette preuve doit être acceptée telle quelle.

De ces plans, devis et spécifications, Michaud a tiré les diverses quantités nécessaires à la reconstruction de ce complexe, avec des matériaux de même qualité que ceux originairement employés; il a obtenu des prix de divers fournisseurs de divers matériaux; il a consulté non seulement ces fournisseurs mais également les architectes, les ingénieurs et même les propriétaires.

. . .

Il donne même deux (2) possibilités pour établir l'évaluation de la perte encourue par les demandeurs.

D'un côté, il établit une valeur de remplacement de la propriété incendiée, comme s'il fallait tout recommencer à neuf, à partir d'un terrain en friche; en somme, il construit sur papier et en détail un nouveau complexe hôtelier à partir de l'excavation jusqu'à la remise des clefs au propriétaire; il ajoute les pourcentages ordinairement alloués pour frais d'administration, honoraires de contracteurs, honoraires des professionnels, architectes et ingénieurs; ces chiffres lui donnent la valeur totale de remplacement.

De l'autre côté, il nous donne cette valeur de remplacement, mais cette fois, il ne part pas d'un terrain en friche mais son point de départ se trouve dans la propriété telle qu'elle est immédiatement après l'incendie, avec des débris qu'il faut enlever, avec des matériaux qui sont récupérables ou avec des parties bâtiments qui sont récupérables, en tenant compte de certaines réparations nécessaires avant d'asseoir une nouvelle construction sur ces débris; forcément, cette valeur de remplacement donne ce que Michaud appelle le coût de dommages; à ce coût il ajoute encore les pourcentages ordinaires de frais d'administration, d'honoraires de contracteurs et d'honoraires de professionnels.

. . .

Entre les deux (2) modes d'obtention de chiffres mis devant le Tribunal, celui-ci choisit celui qui donne le coût des dommages c'est-à-dire la valeur de remplacement, moins la valeur de récupération, plus le coût des réparations des biens récupérables.

The expert witness Michaud prepared a depreciation index in the event the Court needed it: he set this depreciation at certain percentages depending on the condition of the part considered, the future potential and also the use made of it; in this way the oldest parts were depreciated at 12%, another at 10% and the most recent part depreciated at only 6%; this is also why the neon sign outside was depreciated at 29%.

. . .

The Court accepts without qualification the figures arrived at by the expert witness Michaud in his report P-53, and also in the corrections to this report made in P-58 and P-57; the Court takes particular note of P-58, which there is no need to summarize here; it would seem to be sufficient to indicate the total in this judgment; this total, after considering all the figures, is $1,315,047.93; that is the value of the damage actually incurred by Laurentide, which owned the buildings.

. . .

Defendant Beauport, which bears the responsibility to the extent already indicated, does not have to pay this amount; it must therefore be deducted from the stated amount of $1,315,047.93, which results in $1,267,098.93; Beauport is liable for this amount.

2. Contents of Buildings

The appellants set the value of the lost contents of the motel, the restaurant and the shop with the aid of their expert witness Alphonse Roy. He proposed the depreciated replacement method. He accordingly considered an inventory of goods that were in the premises on the night of the disaster, and after consulting with merchants, determined what it would cost to buy back these items. He applied a depreciation factor to the amount so obtained and deducted a certain amount from this for goods recovered from the wreckage. The city of Beauport objected to the testimony of the expert witness Roy on the ground that he was not personally familiar with the contents of the buildings on the night of the disaster. Roberge J. dismissed this objection, subject to allowing Laurentide to present evidence of the presence of such items by another witness (c.a., vol. XIII, at pp. 2463-69). This evidence was in due course presented by Paul Bélanger, a former manager of the hotel. The city of Beauport, for its part, called Roch Girard, who opted for the economic value of the contents of the buildings. Using the financial statements, this

L'expert Michaud a prévu, pour le cas où le Tribunal en aurait besoin, un indice de dépréciation; il a établi cette dépréciation à certains pourcentages selon la vétusté de la partie considérée, selon la possibilité d'existence future et également selon l'utilisation faite; c'est ainsi que les parties les plus vieilles sont dépréciées à 12%, une autre à 10% et que la partie la plus récente n'est dépréciée que de 6%; c'est ainsi aussi que l'enseigne néon à l'extérieur est dépréciée à 29%.

. . .

Le Tribunal accepte, sans réserve, les chiffres établis par l'expert Michaud dans son rapport P-53 et également dans les corrections à ce rapport établies à P-58 et P-57; le Tribunal s'arrête particulièrement à P-58, qu'il est inutile de résumer ici; il apparaît suffisant d'indiquer le total dans le présent jugement; ce total, après considération de tous les chiffres, s'établit à $1,315,047.93; c'est là la valeur des dommages réellement encourus par Laurentide, qui était propriétaire des bâtisses.

. . .

La défenderesse Beauport, qui porte la responsabilité dans la mesure déjà indiquée, ne doit pas payer cette somme; il faut donc la déduire du montant mentionné de $1,315,047.93, ce qui donne une somme de $1,267,098.93; Beauport est responsable de ce montant.

2. Le contenu des bâtiments

Les appelants ont établi la valeur de la perte du contenu du motel, du restaurant et de la boutique, par leur expert Alphonse Roy. Celui-ci a proposé la méthode de remplacement déprécié. Il a par conséquent considéré un inventaire des biens se situant dans les locaux le soir du sinistre et, au terme de consultations avec des marchands, a établi ce qu'il en coûterait pour racheter ce matériel. Il a appliqué à la somme ainsi obtenue un facteur de dépréciation et a soustrait de ce montant une certaine valeur pour les biens récupérés du résidu. La ville de Beauport s'est objectée au témoignage de l'expert Roy, au motif que ce dernier n'était pas personnellement au courant du contenu des bâtiments le soir du sinistre. Le juge Roberge a rejeté cette objection, sous réserve que Laurentide fasse la preuve de la présence de ces biens par un autre témoin (d.c., vol. XIII, aux pp. 2463 à 2469). Cette preuve a par la suite été faite par Paul Bélanger, un ancien gérant de l'hôtel. De son côté, la ville de Beauport a produit Roch Girard qui a opté pour la valeur économique du contenu des bâtiments. En se servant des états

expert witness arrived at the amortized cost of purchasing the contents of the buildings. Roberge J. adopted the testimony of the expert witness Roy (p. 220). Taking into account the division of liability, the latter arrived at an amount of $178,452.58 for the hotel contents, as compared with $87,093, the amount established by the expert witness Girard. Mr. Roy estimated that the losses of the contents of the restaurant and the contents of the shop totalled $296,597.15 and $22,157.17 respectively, while Mr. Girard valued the same losses at $135,661.41 and $13,904.17.

3. Profits and Incidental Expenses

On the claim for lost profits, Laurentide called the expert witnesses Gaston Blais et André Pruneau. The witness Blais based his testimony on the premise that the time for rebuilding, during which no revenue would be generated, would be 18 months. He also allowed 50 per cent of the regular income for a further six-month period. He then calculated the income loss for this period and, deducting expenses not incurred, arrived at a value for lost profit of $481,983 for the motel, $181,745 for the restaurant and $3,700 for the shop. In his estimate of the damages, the trial judge allowed a further $64,000 for professional fees to disaster experts and accountants. These expert fees were considered necessary for the appellants to be able to determine the amount of their loss and are recoverable under this Court's judgment in *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605. This amount of $64,000 was divided in the following proportions: $44,800 to Laurentide, $16,640 to the restaurant and $2,560 to the shop. Finally, an amount was awarded as incidental expenses for pre-opening publicity, namely $15,000 for Laurentide; publicity, opening reception and renewal of liquor permits; $52,000 for the restaurant; and $10,000 for training new staff in the shop.

On this item, the city of Beauport called Roch Girard, who determined lost profit using an economic projection based on the financial statements

financiers, cet expert a établi les coûts amortis d'acquisition du contenu des bâtiments. Le juge Roberge a adopté le témoignage de l'expert Roy (p. 220). Ce dernier en arrive, tenant compte de la responsabilité partagée, à un montant de 178 452,58 $ pour le contenu de l'hôtel, par comparaison avec 87 093 $, montant retenu par l'expert Girard. En ce qui concerne les pertes du contenu du restaurant et du contenu de la boutique, M. Roy estime qu'elles totalisent respectivement 296 597,15 $ et 22 157,17 $ alors que M. Girard évalue les mêmes pertes à 135 661,41 $ et à 13 904,17 $.

3. Les profits et frais incidents

Quant à la réclamation à titre de perte de profits, Laurentide a fait entendre les experts Gaston Blais et André Pruneau. L'expert Blais s'est fondé sur le postulat que le temps de reconstruction, pendant lequel aucun revenu ne serait généré, s'étendrait sur une période de 18 mois. De plus, il a accordé 50 p. 100 des revenus usuels pendant une période additionnelle de six mois. Il a par la suite calculé la perte de revenus prévue pour cette période, et en soustrayant les dépenses non effectuées, en est arrivé à la valeur de la perte de profits de 481 983 $ pour le motel, 181 745 $ pour le restaurant et 3 700 $ pour la boutique. Dans son évaluation des dommages, le premier juge retient un montant additionnel de 64 000 $ à titre d'honoraires professionnels d'experts en sinistre et de comptables. Ces frais d'experts ont été jugés nécessaires pour permettre aux appelants d'établir le montant de leur perte et sont recouvrables en vertu de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire de *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605. Ce montant de 64 000 $ a été partagé dans les proportions suivantes: 44 800 $ dû à Laurentide, 16 640 $ au restaurant et 2 560 $ à la boutique. Enfin, une dernière somme a été allouée à titre de frais incidents pour publicité de pré-ouverture, soit 15 000 $ pour Laurentide; publicité, réception d'ouverture et renouvellement de permis d'alcool, soit 52 000 $ pour le restaurant; ainsi que frais d'entraînement de nouveau personnel, soit 10 000 $ pour la boutique.

La ville de Beauport a, à cet égard, fait témoigner Roch Girard qui a établi la perte de profits à partir d'une projection économique basée sur les

and profits made in previous fiscal years. Two witnesses had already indicated an eleven-month period as the time required for rebuilding (Michaud, c.a., vol. XII, at p. 2169, and Roy, c.a., vol. XIX, at p. 3527). However, Roberge J. preferred the eighteen-month period. He also accepted the method of calculation and amounts suggested by the appellants' expert witnesses. The judge wrote (at p. 221):

[TRANSLATION] It appears from this short analysis that the weight of plaintiffs' evidence is that it is reasonable to assume a period of 18 months during which the loss of income was total, without qualification; in the Court's opinion, the cross-examination of these witnesses in this regard and the evidence submitted by the defence were not sufficient to reverse the weight of this evidence; the Court accordingly accepts this eighteen-month period.

B) *Analysis*

The city of Beauport alleged several grounds of error against the valuation retained by the trial judge. I have examined them in the order in which they were raised, apart from certain groupings which I felt were necessary to dispose of the matter more effectively.

1. Depreciated Replacement Value

The city of Beauport objected to the fact that Roberge J. chose the depreciated replacement value of the loss in preference to the other methods suggested by the respondent, such as the standardized replacement value, the value appearing on the valuation roll, the market value and the capitalization value.

The rules applicable under arts. 1073 *et seq.* *C.C.L.C.* are well known. A victim of fault is entitled to monetary compensation which, once he has received it, is deemed to place him, or enable him to place himself, once again in the position he was in before the accident—here, the fire.

Clearly, several methods are available for determining this compensation. These various methods are generally presented with the aid of expert witnesses, especially in cases as significant as the one at bar. The expert witnesses recommend the use of a particular method and indicate that in

états financiers et les profits réalisés lors des exercices précédents. Quant à la période de reconstruction, deux témoins avaient déjà fait état d'une période de 11 mois (Michaud, d.c., vol. XII, à la p. 2169, et Roy, d.c., vol. XIX, à la p. 3527). Le juge Roberge a cependant préféré la période de 18 mois. Il a aussi retenu la méthode de calcul et les montants proposés par les experts des appelants. Le juge écrit (à la p. 221):

Il résulte, de cette courte analyse, que la prépondérance de la preuve des demandeurs indique qu'est raisonnable une période de dix-huit (18) mois, pendant laquelle une perte de revenus, sans qualificatif, fut totale; selon l'avis du Tribunal, le contre-interrogatoire de ces témoins à ce sujet et la preuve apportée en défense n'ont pas été suffisants pour détruire cette prépondérance; le Tribunal accepte donc cette période de dix-huit (18) mois.

B) *Analyse*

La ville de Beauport invoque plusieurs motifs d'erreur à l'encontre de l'évaluation retenue par le juge de première instance. Je les ai examinés dans l'ordre où ils ont été soulevés, sauf certains regroupements qui me sont apparus nécessaires pour une meilleure solution du problème.

1. La valeur de remplacement dépréciée

La ville de Beauport reproche au juge Roberge d'avoir retenu la valeur de remplacement dépréciée de la perte, au détriment des autres méthodes préconisées par l'intimée, telle la valeur de remplacement normalisée, la valeur portée au rôle d'évaluation, la valeur marchande et la valeur de capitalisation.

Les principes applicables en vertu des art. 1073 et suiv. *C.c.B.-C.* sont bien connus. La victime d'une faute a droit à une compensation monétaire qui, une fois entrée dans son patrimoine, est censée la remettre, ou lui permettre de se remettre, dans l'état où elle se trouvait avant l'accident, ici l'incendie.

Plusieurs méthodes sont évidemment disponibles pour fixer cette compensation. Ces diverses méthodes sont généralement plaidées à l'aide de témoins experts, surtout dans des causes aussi importantes que celle-ci. Les experts préconisent l'emploi d'une méthode en particulier et émettent l'opinion que

their opinion this method corresponds to the fair value of the loss suffered. When a judge, guided by the rule of *restitutio in integrum*, opts for one of the methods suggested, he necessarily relies on the degree of expertise of the witnesses heard, giving them more or less credibility depending on the usual various factors for weighing testimony. The testimony plays as important a part in assessing the evidence of damage as in determining the facts affecting liability. In the case at bar one of the expert witnesses heard by the trial judge, Paul Michaud, suggested an estimate based on the cost of rebuilding the portion destroyed. As I have already indicated, the judge was very impressed by the sincerity and credibility of his testimony and his previous acquaintance with the premises. Great weight was accordingly attached to his opinion that the suggested method corresponds as fully as possible to the value of the loss, and I must respect this assessment by the trial judge.

cette méthode correspond à la juste valeur de la perte subie. Quand un juge, guidé par le principe de la réparation intégrale, arrête son choix sur l'une des méthodes proposées, il s'appuie nécessairement sur le degré d'expertise des témoins qu'il a entendus, attachant plus ou moins de crédibilité à leur témoignage selon les divers facteurs habituels d'appréciation des témoignages. Ceux-ci jouent un rôle aussi important dans l'évaluation de la preuve des dommages que dans la détermination des faits sur l'aspect responsabilité. Dans notre cas, un des experts entendus par le premier juge, Paul Michaud, a préconisé une estimation fondée sur le coût de reconstruction de la partie détruite. Comme je l'ai déjà indiqué, le juge a été fortement impressionné par la sincérité et la crédibilité de son témoignage et sa connaissance préalable des lieux. Un grand poids a donc été accordé à son opinion selon laquelle la méthode proposée correspond le plus adéquatement possible à la valeur de la perte et je me dois de respecter cette appréciation du premier juge.

At several places in its factum, the respondent blames the trial judge for not taking into account evidence presented by its own witnesses. My analysis of the evidence shows that on the contrary, Roberge J. listened attentively to the testimony of the expert witnesses called by the respondent, and was entirely justified in giving their opinions less weight. The testimony of these expert witnesses was full of hesitations or incidents of which the trial judge took note. To illustrate, I have taken two extracts from the evidence which I consider to be representative in this respect. The first is a passage from the testimony of the expert witness Burns, who it will be recalled suggested the value appearing on the valuation roll (c.a., vol. XVI, at pp. 2976-77):

À plusieurs reprises dans son mémoire, l'intimée reproche au juge de première instance de ne pas avoir tenu compte des éléments mis en preuve par ses propres témoins. Mon analyse de la preuve démontre qu'au contraire le juge Roberge a écouté attentivement les témoignages des experts produits par l'intimée, et qu'il était entièrement justifié d'accorder un poids moindre à leur opinion. Les témoignages de ces experts sont truffés d'hésitations ou d'incidents que le juge n'a pas été sans noter. À titre d'illustration, j'ai retenu deux extraits de la preuve, que je considère représentatifs à cet égard. Le premier est un extrait du témoignage de l'expert Burns qui préconise, je le rappelle, la valeur portée au rôle d'évaluation (d.c., vol. XVI, aux pp. 2976 et 2977):

[TRANSLATION]

GRATIEN BOILY:

Q. Mr. Burns, will you kindly answer my question? Will you tell me, from the breakdown in the '68 valuation roll, what price, what value in the valuation roll was assigned to each of the buildings? That is my question—that's all. I would like you to give me a list of figures with a list of the

Me GRATIEN BOILY:

Q. Monsieur Burns, voulez-vous répondre une fois pour toutes à ma question? Voulez-vous me dire, selon le détail du rôle d'évaluation de soixante-huit ('68), quel prix, quelle valeur au rôle d'évaluation était attribuée à chacune des bâtisses? C'est ça ma question, ce n'est pas d'autres choses. Je veux que vous me donniez une liste de chiffres en regard d'une liste de bâtiments. Bon. Et dans l'ordre!

buildings. Right. And in order! You began just now by telling me B-1, is that right?

Do not show it to your lawyer and do not speak to your lawyer! Answer the question! You began by telling me just now Building B-1, 86 motels in Wing C and in Wing L, for 287,032.

You then moved on to the buildings in front, $348,895, and you said, this makes a total $1,107,304.

I am asking you . . .

THE COURT:

The grand total!

GRATIEN BOILY:

The total of all the buildings.

Q. So, I am asking you to tell me whether that is the breakdown of the buildings appearing on the valuation roll, as adopted in '68?

A. You know, it may seem very simple to you. I should just say one thing here. I have not touched this file since about—on the question of the buildings—since 1973. Right?

Q. Yes.

A. If you will give me a little time . . .

Q. I will give you all the time you like, Mr. Burns.

A. I will answer the question.

Q. I would like you to answer me intelligently and I know you are able to do so.

A. The figures I gave—I was wrong about the figures; I gave figures I was in the course of preparing before the fire, for the roll, to take effect on January 1, '73.

Q. Ah! Good!

A. Right? That is why I retracted; I am giving you the new figures there. I am telling you that this is on the roll. Now, you would like to have the balance?

Q. No. In detail?

A. I will give you the balance.

Q. You don't understand the question, Mr. Burns. Listen carefully to my question.

A. I am telling you that the buildings which were in the fire—that's it.

Vous avez commencé tantôt par me dire B-1, n'est-ce pas?

N'exhibez pas ça à votre avocat et ne parlez pas à votre avocat! Répondez à la question! Vous avez commencé par me dire tantôt: bâtisse B-1, quatre-vingt-six (86) motels dans l'aile C et dans l'aile L, pour deux cent quatre-vingt-sept mille zéro trente-deux (287,032).

Vous êtes passé ensuite avec les bâtisses avant, trois cent quarante-huit mille huit cent quatre-vingt-quinze dollars ($348,895), et vous avez dit: on arrive à un total de un million cent sept mille trois cent quatre dollars ($1,107,304).

Je vous demande . . .

LA COUR:

Le grand total!

Me GRATIEN BOILY:

Le total total des bâtisses.

Q. Alors, je vous demande de me dire si c'est ça le détail des bâtisses apparaissant au rôle d'évaluation, tel qu'adopté en soixante-huit ('68)?

R. Voici, pour vous, ça peut paraître très simple. Moi, j'aurais peut-être une petite remarque. Moi, j'ai pas touché à ce dossier-là depuis à peu près, pour la question des bâtisses, depuis dix-neuf cent soixante-treize (1973). D'accord.

Q. Oui.

R. Si vous voulez me laisser un peu de temps . . .

Q. Je vous laisse tout le temps, monsieur Burns.

R. Je vais répondre à la question.

Q. Je veux que vous me répondiez intelligemment et je sais que vous êtes capable de le faire.

R. Les chiffres que j'ai donnés, je me suis trompé de chiffres; j'ai donné les chiffres que j'étais en train de confectionner avant le feu, pour le rôle, pour prendre effet le premier (1er) janvier soixante-treize ('73).

Q. Ah! Bon!

R. D'accord? C'est pour ça que là, je me suis rétracté; je vous donne les nouveaux chiffres, là. Je vous dis que ça, c'est au rôle. *Asteur*, vous voulez avoir la balance?

Q. Non. En détails?

R. Je vais vous donner la balance.

Q. Vous ne comprenez pas la question, monsieur Burns! Ecoutez ma question attentivement.

R. Je vous dis que les bâtisses qui ont passé au feu, c'est ça.

Q. I am not asking you the value of the buildings that were in the fire! Listen to my question! I am asking you to tell me, by reference to the '68 valuation roll, the breakdown of values assigned to each of the buildings. [Emphasis added.]

The following extract from the testimony of the same expert witness is to the same effect (c.a., vol. XVI, at p. 2993):

[TRANSLATION]

GRATIEN BOILY:

Q. That's it—garage and office, or warehouse, if you prefer?

A. Exactly. And then, the swimming pool.

Q. That's right. So, basically, the same items as those to which in '68 you assigned a value of $314,495, in the '72 roll you gave them a value of $523,675?

A. (Witness nods).

Q. Is that right?

A. Those were basic figures. That does not necessarily mean I would have entered these exact figures, but . . .

THE COURT:

Q. You are still not answering the question! [Emphasis added.]

The credibility of an expert witness is obviously not the only point to be considered in weighing testimony, though it is a very important one. In the case before the Court, the method of estimating the damage suggested by the expert witness must be the one most likely to represent adequately the value of the loss. The respondent made certain arguments in this regard in support of the expert witness Burns' opinion. It maintained that it would be ridiculous for ratepayers to be bound by the roll for tax purposes—money owed to the city, but not for liability purposes—money owed by the city.

I cannot accept the respondent's argument. The methods used to determine the value of immovable property for municipal valuation purposes include many components imposed by law which do not necessarily represent the fair value of such prop-

Q. Je ne vous demande pas la valeur des bâtisses qui ont passé au feu! Ecoutez ma question! Je vous demande de me dire, en vous référant au rôle d'évaluation de soixante-huit ('68), le détail des valeur attribuées à chacune des bâtisses. [Je souligne.]

L'extrait suivant du témoignage du même expert est au même effet (d.c., vol. XVI, à la p. 2993):

Me GRATIEN BOILY:

Q. C'est ça, garage et bureau là, ou entrepôt, si vous voulez?

R. Exactement. Et après ça, la piscine.

Q. C'est ça. Alors, au fond, les mêmes item que ceux pour lesquels, en soixante-huit ('68), vous attribuiez une valeur de trois cent quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quinze dollars ($314,395)(*sic*), vous leur attribuez une valeur de cinq cent vingt-trois mille six cent soixante-quinze dollars ($523,675) au rôle de soixante-douze ('72)?

R. (Le témoin fait un signe affirmatif).

Q. C'est ça?

R. C'était des chiffres de base. Ça veut pas nécessairement dire que j'aurais déposé les chiffres exacts, mais . . .

LA COUR:

Q. Vous ne répondez pas encore à la question! [Je souligne.]

La crédibilité du témoignage d'un témoin expert n'est évidemment pas le seul élément d'appréciation d'un témoignage, même s'il est un élément très important. Dans le cas qui nous occupe, la méthode proposée par l'expert pour l'évaluation des dommages doit être la plus apte à représenter adéquatement la valeur de la perte. À cet égard, l'intimée avance certains arguments à l'appui de l'opinion de l'expert Burns. Elle prétend qu'il serait absurde que les citadins soient liés par le rôle pour fins de taxes, montants dûs à la ville, mais non en matière de responsabilité, montants dûs par la ville.

Je ne puis accepter cette prétention de l'intimée. Les méthodes utilisées pour établir la valeur d'un immeuble pour fins d'évaluation municipale comportent nombre de composantes dictées par la loi qui ne représentent pas nécessairement la juste

erty for other purposes. As we are well aware, for example, the valuation for real estate and other tax purposes rarely represents 100 per cent of the actual value of immovable property. Additionally, in the case at bar the suggested value had to undergo several adjustments to take account of the time elapsed since the last valuation before the fire, the time required for rebuilding and the resulting additional loss, as well as the value of the residue of the burnt property. The value appearing on the roll might perhaps be used in other situations, but in the present circumstances, in view of the evidence, I agree with the trial judge that this is not an adequate method.

Another extract from the evidence indicates the evidentiary value placed by the judge on the testimony of the expert witness Genest, who suggested the Boeckh method, that is a standardized estimate of the replacement value (c.a., vol. XVI, at p. 2924). I have already cited this passage, but I feel it is worth repeating:

[TRANSLATION]

CROSS-EXAMINED BY GRATIEN BOILY
for the plaintiff Laurentide:

Q. Mr. Genest, where in report D-75 did you take into account the neon sign on the roof of the Motel des Laurentides?

A. It was not taken into account.

Q. You did not take it into account. Do you know that this sign was worth some $32,000?

A. Certainly not.

THE COURT:

Q. Mr. Genest, I just saw you give a furtive glance toward your associate at the back and a movement of the head by your associate at the back. I do not like this. You are required to testify at this time, and no one else. Right?

A. Of course, I did not know the value, that follows, I did not know it. [Emphasis added.]

These were not isolated incidents in the testimony, and the evidence in the record showed that the credibility of the expert witnesses played an important part in determining the most appropriate method of compensating for the loss of the buildings. Without expressing any opinion as to the applicability of the Boeckh method in other cir-

valeur d'un immeuble pour d'autres fins. On sait pertinemment, par exemple, que l'évaluation pour fins de taxes foncières et autres représente rarement 100 p. 100 de la valeur réelle d'un immeuble. De plus, en l'espèce, la valeur préconisée a dû subir de nombreux ajustements pour tenir compte du temps écoulé depuis la dernière évaluation avant l'incendie, du temps nécessaire à la reconstruction et de la perte additionnelle de ce fait ainsi que de la valeur du résidu des biens incendiés. La valeur portée au rôle pourrait peut-être servir dans d'autres situations, mais dans les circonstances présentes, compte tenu de la preuve, je suis d'accord avec le juge de première instance que cette méthode n'est pas adéquate.

Un autre extrait de la preuve est indicatif de la valeur probante que le juge a pu attacher au témoignage de l'expert Genest qui préconisait la méthode Boeckh, soit une estimation normalisée de la valeur de remplacement (d.c., vol. XVI, à la p. 2924). J'ai déjà cité ce passage, mais je crois utile de le répéter:

CONTRE-INTERROGÉ PAR Me GRATIEN BOILY
pour la demande Laurentide:

Q. Monsieur Genest, où dans le rapport D-75, avez-vous tenu compte de l'enseigne néon qu'il y avait sur le toit du Motel des Laurentides?

R. On n'en a pas tenu compte.

Q. Vous n'en avez pas tenu compte. Savez-vous que cette enseigne néon avait une valeur de quelque trente-deux mille dollars ($32,000)?

R. Sûrement pas.

LA COUR:

Q. Monsieur Genest, je viens de voir un regard furtif fait à votre associé en arrière et le signe de tête de votre associé en arrière. Je n'aime pas ça. C'est à vous à témoigner actuellement, et à nul autre. D'accord?

R. Evidemment, je ne savais pas la valeur, ça découle, je le savais pas. [Je souligne.]

Ces incidents lors des témoignages ne sont pas isolés et il ressort de la preuve versée au dossier que la crédibilité des témoignages des experts a joué un rôle important dans la détermination de la méthode la plus appropriée pour réparer la perte des bâtiments. Sans me prononcer sur l'applicabilité de la méthode Boeckh dans d'autres circons-

cumstances, I feel that in the case at bar the trial judge was justified in not using it because it proved unable to provide the most accurate estimate of the loss suffered.

In addition to the expert testimony, Roberge J. relied on a number of precedents which have held that the reconstruction value is frequently used as a method of arriving at fair compensation in similar cases. In *Royal Insurance Co. v. Rourke*, [1973] C.A. 1046, an insured sued his insurer after a fire ravaged a hotel. Though the principal question was whether the effect of a rider allowing the building to be vacant, added at the time of the policy transfer without the insurer's knowledge, had the effect of reducing the "actual value" of the building, the question of the valuation method to be used in determining the "actual value" of the building was also raised. On this point, in a concurring opinion, Gagnon J.A. wrote (at p. 1051):

[TRANSLATION] The policy issued by the appellant is an open policy, not a valued policy (art. 2480 C.C.), so that it was up to the respondents to determine the amount of their loss. I consider that the undisputed evidence for the plaintiff is sufficient to show that the loss exceeded the amount of the insurance. In particular, I accept the deposition by Masson, an experienced builder and appraiser, who set the actual value of the house using the replacement cost method and allowed for the physical depreciation and recovery value of certain debris such as foundations.

In *Colomba v. Madill*, [1979] C.S. 17, which also involved a claim based on an insurance policy, the Court had to determine the "actual cash value" of a barn destroyed by fire. As indicated by the following passage from the reasons, the credibility of the expert witnesses played an important part in this case and the method using the depreciated replacement value "piece by piece" was used (at p. 21):

[TRANSLATION] To determine the value of his barn at the time of the fire in September 1976, the plaintiff turned to the same appraisers, who on this occasion dispatched their president to the scene in October 1978. As he had never seen the barn himself before it was

tances, je suis d'avis qu'en l'espèce le juge au procès était justifié de ne pas la retenir parce qu'elle s'avère inadéquate pour évaluer le plus justement la perte subie.

Le juge Roberge, outre les témoignages d'experts, s'est appuyé sur une certaine jurisprudence selon laquelle la valeur de reconstruction est fréquemment utilisée comme méthode pour arriver à une juste compensation dans des cas similaires. Dans l'affaire *Royal Insurance Co. c. Rourke*, [1973] C.A. 1046, un assuré poursuivait son assureur après qu'un incendie eut ravagé un hôtel. Même si la question principale était de savoir si un avenant permettant qu'on laisse l'immeuble vacant, ajouté à l'insu de l'assureur lors du transfert de la police, avait pour effet de réduire la «valeur réelle» de l'immeuble, se soulevait aussi la question de la méthode d'évaluation de la «valeur réelle» de l'immeuble. Sur ce point, tout en souscrivant à l'opinion de ses collègues, le juge Gagnon ajoute (à la p. 1051):

La police émise par l'appelante est une police à découvert et non une police évaluée (art. 2480 C.C.), de sorte qu'il appartenait aux intimés d'établir le montant de leur perte. Je suis d'avis que la preuve de la demande, demeurée sans contradiction, est suffisante pour démontrer que la perte a excédé le montant de l'assurance. Je retiens surtout la déposition de Masson, constructeur et évaluateur d'expérience, qui a établi la valeur réelle de la maison par le procédé du coût de remplacement et qui a tenu compte de la dépréciation physique et de la valeur de récupération de certains débris tels que les fondations.

Dans *Colomba c. Madill*, [1979] C.S. 17, où il s'agissait encore d'une réclamation fondée sur une police d'assurance, la cour avait à déterminer l'*actual cash value* d'une grange détruite par un incendie. Comme en fait foi l'extrait des motifs reproduits ci-dessous, la crédibilité des témoignages d'experts a joué dans cette cause un rôle important et la méthode de la valeur de remplacement «pièce par pièce» dépréciée a été retenue (à la p. 21):

Pour déterminer la valeur de sa grange au moment de l'incendie, en septembre 1976, le demandeur fit appel aux mêmes évaluateurs qui, cette fois, dépêchèrent leur président sur les lieux, en octobre 1978. N'ayant lui-même jamais vu la grange avant sa destruction et

destroyed and all he observed was two-year-old debris, he arrived at an "insurable" value of $118,850 in 1976, using the quantities used by Lemire combined with new unit prices taken from Marshall & Swift. As we have seen, Lemire had no quantitative measurements in his notes, apart from the dimensions of the barn. The Court cannot attach any value to such evidence built up on groundless information already rejected by the Court. It must therefore rely on the estimate of damages provided by defendants.

. . .

Without going into all the details, the Court is satisfied that Mr. Daigneault's investigation was much more conscientious and realistic than those of Cooper Appraisal Limited, and gives us an adequate estimate for the cost of rebuilding the barn at the time of the fire, with new materials: for $86,079.31, plaintiff would have had a new barn. Of course, as the barn destroyed was built in around 1970-71, Mr. Daigneault suggested depreciation of 2% per annum, which seems reasonable.

Clearly it is not possible to infer from these cases a general rule that the depreciated reconstruction or replacement value is the only valid method. First, these judgments do not apply directly to the case at bar, since an estimate of the "actual value" of the loss in the insurance contract sense does not necessarily meet the same criteria as those governing compensation for loss under arts. 1073 *et seq. C.C.L.C.* Second, one particular method is not *a priori* more appropriate than another for assessing the loss of immovable property. Of all the methods presented to him, a judge will first reject those which he does not feel are appropriate to the circumstances, that is, those which are not likely to make full compensation for the loss or which are based on considerations completely unrelated to the loss suffered. Second, the judge will decide which of the suggested methods is the most appropriate, taking into consideration the relative weight of the expert opinions and the circumstances of each case.

An example of an inappropriate method or consideration was given by the respondent. It alleged that the sale of what was left of the hotel in 1975, three years after the fire, could be used to deter-

n'ayant observé que des débris vieux de deux ans, il en est arrivé à une valeur «assurable» de $118,850 en 1976, en utilisant les quantités utilisées par Lemire combinées avec de nouveaux prix unitaires empruntés à Marshall & Swift. Or, on a vu que Lemire n'avait dans ses notes aucune mesure quantitative, si ce n'est les dimensions de la grange. La Cour ne peut accorder aucune valeur à cette preuve échafaudée sur des données sans fondement que la Cour a déjà rejetées. La Cour doit donc s'en remettre à l'évaluation des dommages fournie par les défendeurs.

. . .

Sans entrer dans tout le détail, la Cour est satisfaite que l'enquête de monsieur Daigneault fut beaucoup plus consciencieuse et réaliste que celles de Cooper Appraisal Limited et nous donne un devis adéquat de la reconstruction de la grange à l'époque de l'incendie, avec des matériaux neufs; pour $86,079.31 le demandeur aurait eu une grange neuve. Evidemment comme la grange détruite avait été construite vers 1970-71, monsieur, Daigneault a suggéré une dépréciation de 2% par année, ce qui semble raisonnable.

Il n'est évidemment pas possible d'inférer de ces arrêts une règle générale selon laquelle la valeur de reconstruction ou de remplacement dépréciée est la seule méthode valable. D'une part, ces décisions ne s'appliquent pas directement à notre cas, puisque l'estimation de la «valeur réelle» de la perte, au sens des contrats d'assurance, n'obéit pas nécessairement aux mêmes critères que ceux qui gouvernent la compensation du préjudice selon les art. 1073 et suiv. *C.c.B.-C.* D'autre part, une méthode particulière n'est pas à priori plus appropriée qu'une autre pour évaluer la perte d'un immeuble. De toutes les méthodes mises en preuve, le juge, dans un premier temps, rejettera celles qui ne lui semblent pas appropriées à l'espèce, c'est-à-dire celles qui ne sont pas de nature à opérer une réparation intégrale du préjudice ou qui reposent sur des éléments complètement étrangers à la perte subie. Dans un deuxième temps, le juge évaluera laquelle des méthodes proposées est la plus appropriée, prenant en considération le poids relatif des opinions des experts et les circonstances de chaque espèce.

Un exemple de méthode ou d'élément inapproprié nous est donné par l'intimée. Elle allègue que la vente des résidus de l'hôtel en 1975, trois ans après l'incendie, est de nature à déterminer la juste

mine the proper measure of damages. The evidence showed that on that date the land, improvements to the land, buildings and movable equipment, and the business itself, were sold together for a total price of $875,000. The respondent contends in its factum that this price is the [TRANSLATION] "best indication of the value of the property", and that Roberge J. erred in not taking it into account when he estimated the damage. I believe the respondent is wrong, as the sale in question relates only to the residue of the burned property and cannot as such represent the value of the property destroyed in the fire. Furthermore, if the argument is valid, what it actually tends to show is that the total value of the hotel complex before the fire must have been much greater than the respondent suggested. Accordingly, it seems to me that the trial judge was justified in not taking this into account.

On the question of choosing the most appropriate method, I have already stated my views as to the function of the expert testimony. As regards the circumstances of the case at bar, they seem to me to favour the solution adopted by the trial judge. The appellants were owners of a hotel complex consisting of about 100 units, a restaurant and a shop. The evidence indicated that these facilities had been profitably operated for a number of years. The evidence further showed that the residue of the hotel complex continued to be operated after the fire, even generating a certain amount of profit. What this shows is that the depreciated reconstruction value is more appropriate here than the market value of the business. The former assumes continued operation of the business, which was the case for the first three years after the fire. The latter, on the other hand, is based on the assumption of a free or forced sale, which is not what actually happened in the case at bar. The market value might have been an adequate method if, for example, the motel had been for sale or about to be sold before the fire, or if its operation was purely speculative, and so on. In this latter connection, the city of Beauport sought to establish that a number of circumstances subsequent to the fire, including the 1975 sale, showed that a short time after the fire the intention of the owners was not to rebuild. Subject to further

mesure des dommages. La preuve a, en effet, révélé qu'à cette date l'ensemble des terrains, améliorations aux terrains, bâtiments et équipements mobiliers, ainsi que l'entreprise elle-même ont été vendus pour un prix total de 875 000 $. L'intimée soutient dans son mémoire que ce prix constitue le «meilleur indice de la valeur de la propriété» et que le juge Roberge a erré en ne la considérant pas dans l'estimation des dommages. J'estime que l'intimée a tort, car la vente en question n'a trait qu'au résidu des biens incendiés et ne saurait à cet égard représenter la valeur de ceux qui ont été détruits lors de l'incendie. Par ailleurs, si l'argument vaut, il tend plutôt à démontrer que la valeur totale du complexe hôtelier avant l'incendie ne pouvait être que de beaucoup supérieure aux prétentions de l'intimée. Il me semble donc que le juge de première instance était justifié de ne pas considérer cet élément.

Sur la question du choix de la méthode la plus appropriée, j'ai déjà formulé des remarques sur le rôle des témoignages d'experts. En ce qui concerne les circonstances de l'espèce, elles me semblent militer en faveur de la solution retenue par le juge du procès. Les appelants étaient propriétaires d'un complexe hôtelier composé d'une centaine d'unités, d'un restaurant et d'une boutique. La preuve indique que ces installations étaient exploitées avec profit depuis un certain nombre d'années. La preuve démontre également que le résidu du complexe hôtelier a continué d'être exploité après l'incendie, générant même certains profits. Ceci est de nature à indiquer que la valeur de reconstruction dépréciée est ici plus appropriée que la valeur commerciale de l'entreprise. La première postule l'exploitation continue de l'entreprise, ce qui a été le cas pendant les trois premières années après l'incendie. La seconde, par contre, repose sur l'hypothèse d'une vente, libre ou forcée, ce qui ne représente pas la réalité en l'espèce. La valeur marchande aurait pu être une méthode adéquate si, par exemple, le motel avait été à vendre ou sur le point d'être vendu avant l'incendie, ou encore si l'exploitation n'était que purement spéculative. Sous ce dernier aspect, la ville de Beauport a cherché à établir qu'un ensemble de circonstances subséquentes à l'incendie, incluant la vente de 1975, démontrent que les propriétaires avaient l'in-

observations below, it will suffice for the moment to note that so far as the material loss of the buildings and their contents is concerned, as contrasted with an estimate of future damage, only the facts proven at the date of the fire are relevant.

The value approved by the trial judge allows for the cost of clearing debris away and placing on the foundations and other residue a hotel identical to that which was burned down, depreciated according to accepted standards. Such compensation seems quite appropriate to me, as its purpose is to put the parties back in their original situation by allowing the property destroyed to be rebuilt. The respondent did not show to my satisfaction that the trial judge was wrong in accepting this method of estimating the loss, taking into account the evidence, especially the evidence of expert witnesses, and the particular circumstances of the case.

2. Compensation for Future Damage

The respondent challenged the amount awarded by the trial judge for lost profit and incidental expenses. It relied in this regard on certain events which occurred after the fire, events which it said indicated that soon after the fire the appellants decided not to rebuild. The evidence disclosed that the complex was not in fact rebuilt. The respondent's argument was that if there was no intention to rebuild, there was no loss of profit, and if the complex was not rebuilt, incidental expenses for reopening, advertising and the renewal of liquor permits were not incurred and so should not be the object of compensation.

On the first point, art. 1073 *C.C.L.C.* expressly gives the victim the right to claim from the perpetrator of the fault "the profit of which he has been deprived":

1073. The damages due to the creditor are in general the amount of the loss that he has sustained and of the profit of which he has been deprived; subject to the exceptions and modifications contained in the following articles of this section. [Emphasis added.]

tention, peu de temps après l'incendie, de ne pas reconstruire. Sous réserve de commentaires additionnels plus loin, pour le moment il suffit de remarquer qu'en ce qui concerne la perte matérielle des bâtiments et de leur contenu, par contraste avec l'évaluation des dommages futurs, seuls les faits prouvés à la date de l'incendie sont pertinents.

La valeur retenue par le juge de première instance tient compte des coûts nécessaires pour déblayer les débris et asseoir sur les fondations et autres résidus un hôtel, identique aux installations incendiées, déprécié selon les standards reconnus. Cette compensation me semble tout à fait appropriée car elle vise la remise en état intégrale en permettant de reconstruire les biens détruits. L'intimée n'a pas démontré à ma satisfaction que le juge de première instance a eu tort de retenir cette méthode d'évaluation du préjudice, compte tenu de la preuve et notamment de la preuve d'experts et des circonstances particulières de l'espèce.

2. L'indemnité pour dommages futurs

L'intimée s'attaque à la somme accordée par le premier juge à titre de perte de profits et de frais incidents. Elle s'appuie à cette fin sur certains événements survenus après l'incendie, événements qui seraient de nature à indiquer que, peu de temps après l'incendie, les appelants auraient décidé de ne pas reconstruire. La preuve révèle que le complexe n'a effectivement pas été reconstruit. L'argument de l'intimée voudrait qu'en l'absence d'intention de reconstruire, il n'y a eu aucune perte de profits et qu'à défaut de reconstruction, les frais incidents pour dépenses de réouverture, publicité et renouvellement de permis d'alcool n'ont pas été encourus et, en conséquence, ne devraient pas être compensés.

Sur le premier point, l'art. 1073 *C.c.B.-C.* donne expressément à la victime le droit d'exiger «le gain dont il a été privé» par l'auteur de la faute:

1073. Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé; sauf les exceptions et modifications contenues dans les articles de cette section qui suivent. [Je souligne.]

As I mentioned earlier, the evidence is that the residue of the hotel complex continued to be operated for nearly three years after the fire. Profits were made during that period, profits which the respondent's expert witnesses deducted from their estimate for this item, and which the trial judge also took into account in the value he assigned to lost income (p. 222). These facts are indicative of the extent of the earnings which the appellants had every right to expect that they would receive from operating the hotel complex, if it had not burned down.

The respondent attached some importance to a resolution adopted by the Laurentide Motels Inc. board of directors on August 25, 1972, that is, about six months after the fire. This resolution, which was entered into evidence, authorized the redemption of preferred shares at their par value plus accrued dividends, and transferred all common shares to the books. According to the respondent, this resolution shows that it was decided as early as August 25, 1972 not to rebuild. The respondent added that on May 24, 1972, three months after the fire, the insurance appraiser completed his appraisal, which was accepted by the insured party. It concluded from this that on that date the appellants knew what money they would be receiving from their insurance and so were in a position to decide whether they would rebuild. The respondent therefore concluded that it was decided at that point not to rebuild. This was borne out by the sale of the residue three years later, with the result that, in their submission, the appellants are not entitled to be compensated for lost profit.

The trial judge did not accept this argument. He rejected the facts cited by the respondent on the ground that they occurred after the fire. The judge wrote (at p. 220):

[TRANSLATION] First, there is a problem which the Court must consider: we actually know that the buildings lost in the fire were not rebuilt and that part of the residue was sold; defendant Beauport submitted more or less that the calculation of the loss should not go beyond the time when it was decided not to rebuild; there is no need to spend time determining that date, in view of the following decision by the Court.

Comme je l'ai mentionné précédemment, la preuve révèle que le résidu du complexe hôtelier a continué à être exploité pendant une période de près de trois ans après l'incendie. Des profits ont été réalisés pendant cette période, profits que les experts de l'intimée ont déduits de leur évaluation à ce chapitre et dont le juge de première instance a aussi tenu compte dans la valeur qu'il a attribuée au poste de perte de revenus (p. 222). Ces faits sont indicatifs de l'importance des gains que les appelants avaient tout lieu d'espérer retirer de l'exploitation du complexe hôtelier s'il n'avait pas été incendié.

L'intimée accorde une certaine importance à une résolution adoptée par le conseil d'administration de Laurentide Motels Inc. le 25 août 1972, soit environ six mois après l'incendie. Cette résolution, déposée en preuve, autorise le rachat des actions privilégiées à leur valeur nominale plus les dividendes accrus, et transfère toutes les actions communes aux livres. Selon l'intimée, cette résolution démontre qu'à compter du 25 août 1972, il avait été décidé de ne pas reconstruire. Elle ajoute que, le 24 mai 1972, soit trois mois après l'incendie, l'estimateur des assureurs a complété son évaluation et que celle-ci a été acceptée par l'assurée. Elle conclut de ce fait qu'à cette date les appelants étaient au courant des montants qu'ils retireraient des assurances et étaient donc en mesure de décider s'ils construiraient ou non. L'intimée en conclut que, dès cette époque, il a été décidé de ne pas reconstruire, ce qui serait corroboré par la vente du résidu, trois ans plus tard, avec la conséquence que les appelants, selon eux, n'auraient pas droit à une indemnité pour perte de profits.

Le juge de première instance n'a pas retenu cet argument. Il a écarté les faits invoqués par l'intimée au motif qu'ils étaient survenus après l'incendie. Le juge écrit (à la p. 220):

Un premier problème doit retenir l'attention du Tribunal; on sait déjà que les bâtisses perdues lors de l'incendie n'ont pas été reconstruites et qu'il y a eu vente d'une partie du résidu; la défenderesse Beauport soumet, en quelque sorte, que le calcul de la perte ne doit pas s'étendre au-delà de l'époque où il fut décidé de ne pas reconstruire; il n'y a pas lieu de s'arrêter à déterminer cette date, en raison de la décision suivante du Tribunal.

In reviewing the claim for damage to the buildings, the Court referred to Royal Insurance Company -vs- Rourke and to Delarosbil et al. –vs– La Prévoyance Compagnie d'Assurance et al.; in brief, we saw that in estimating damages the Court must look not at the owners' intent regarding the disposal of their property, but at compensating for damage in accordance with its intrinsic value; the Court accordingly believes that it should apply the same principle to calculating the loss of income; it is not important to know what the owners did or intended to do with their property; what matters is to place the owners in the position they would have been in so as to restore the equilibrium destroyed by the damaging act.

In *Rourke*, cited by Roberge J., as I have already said, the Court of Appeal had to decide whether a rider subsequently added to the conclusion of a policy should be taken into account when it came time to assess the "actual value" of the loss, under the terms of the policy. The Court also had to determine what importance should be given to the fact that the owners had placed a sign in front of the building stating [TRANSLATION] "for sale for demolition". Gagnon J.A. wrote (at p. 1051):

[TRANSLATION] The respondents' inclination to sell the house to a demolition company remained merely a possibility and they are entitled to the intrinsic value of their property.

Rinfret J.A., who concurred, wrote (at p. 1048):

[TRANSLATION] It is the physical value at the time of the fire that must be considered, not what might have happened, in one direction or the other, in the more or less distant future.

In *Delarosbil v. Prévoyance, Cie d'assurance*, [1978] C.S. 363, a claim had also been made under an insurance policy, following a fire in the insured building. Nadeau J. adopted as one of his considerations the dictum in *Rourke* (at p. 365):

[TRANSLATION] Whereas "in a fire it is the intrinsic value that must be considered, not the owners' intention, or even the intention to demolish";

These two cases illustrate, although in the context of an action for insurance compensation, the rule that events occurring after the date of the loss

Dans son étude de la réclamation des dommages aux bâtisses, le Tribunal a référé à la cause de Royal Insurance Company –vs– Rourke et à la cause de Delarosbil et als. –vs– La Prévoyance Compagnie d'Assurance et als; on a vu, en somme, qu'il n'y a pas lieu, dans l'évaluation des dommages, de s'occuper de l'intention des propriétaires quant à la disposition de leurs propriétés, mais bien de la réparation des dommages selon leur valeur intrinsèque; le Tribunal croit donc qu'il faut appliquer le même principe dans le calcul de la perte des revenus; il importe peu de savoir ce que les propriétaires ont fait ou voulaient faire avec leurs choses; ce qui importe, c'est de replacer les propriétaires dans l'état où ils étaient, de façon à opérer le rétablissement de l'équilibre rompu par le fait dommageable.

Dans l'affaire *Rourke* que cite le juge Roberge, comme je l'ai déjà dit, la Cour d'appel avait à décider si un avenant ajouté subséquemment à la conclusion de la police devait entrer en ligne de compte au moment d'évaluer la «valeur réelle» de la perte, conformément aux termes de la police. La Cour avait aussi à déterminer l'importance à accorder au fait que les propriétaires avaient placé devant l'immeuble une affiche «à vendre pour démolition». Le juge Gagnon écrit (à la p. 1051):

Les velléités des intimés de vendre la maison à un démolisseur étaient restées à l'état de projet et ils ont droit à la valeur intrinsèque de leur propriété.

Le juge Rinfret, qui souscrit à l'opinion de ses collègues, écrit (à la p. 1048):

C'est la valeur physique au moment de l'incendie qu'il faut considérer et non celle qu'elle aurait pu avoir, dans un sens ou dans un autre, dans un avenir plus ou moins prochain.

Dans *Delarosbil c. Prévoyance, Cie d'assurance*, [1978] C.S. 363, il s'agissait aussi d'une réclamation fondée sur une police d'assurance, suite à l'incendie de l'immeuble assuré. Le juge Nadeau adopte comme l'un de ses considérants le dictum de l'affaire *Rourke* (à la p. 365):

Considérant que «lors d'un incendie c'est la valeur intrinsèque qu'il faut considérer et non pas l'intention des propriétaires, même l'intention de démolir»;

Ces deux arrêts illustrent, dans le contexte d'une action en indemnité d'assurance, il est vrai, la règle selon laquelle que les événements postérieurs à la

are generally not taken into account in setting the quantum of damages. This rule is no different in the case of an estimate of loss in a delictual or quasi-delictual matter. However, the rule is not absolute and is subject to exceptions, especially in the case of estimation of loss for future damages.

The judgment of this Court in *Findlay v. Howard* (1919), 58 S.C.R. 516, gives one illustration of the rule and of the exception. In that case, a partner had unlawfully terminated a partnership before the term stipulated in the contract. The other partner brought an action to recover the profit he would have made if the partnership had continued to the end of the term. The action was brought in 1913. The contract provided that the partnership would continue until 1915. War broke out in 1914, which had the effect of significantly reducing the level of business. The question that arose, therefore, was whether the subsequent event—the war—should be taken into account in estimating the lost profit, or whether on the contrary the Court could simply apply the average profit in the years preceding the breach to the term specified in the contract. A majority of the Court took the first alternative. In an opinion concurring with the majority, Mignault J. explained (at pp. 543-44):

> That is to say, Howard demands really future damages, and I cannot follow the learned trial judge when he estimates the value of the future profits of the partnership by considering only its past profits, as if they were sure to continue, and closes his eyes to events which had happened since the action, but before the trial, and which shewed that these future profits would in no wise have been comparable to those made before the date of the breach. Where future damages are claimed, future conditions must necessarily be considered, and what better evidence of conditions, which were in the future at the date of the breach, can be made than by shewing, at the date of the trial, what has actually occurred since the breach of contract? [Emphasis added.]

date du préjudice n'entrent généralement pas en ligne de compte dans l'évaluation du quantum des dommages. Cette règle n'est pas différente lorsqu'il s'agit de l'évaluation du préjudice en matière délictuelle ou quasi délictuelle. La règle n'est cependant pas absolue et elle souffre exception particulièrement dans le cas d'évaluation du préjudice pour dommages futurs.

L'arrêt de cette Cour dans *Findlay v. Howard* (1919), 58 R.C.S. 516, nous fournit une première illustration de la règle et de l'exception. Dans cette affaire, un associé avait illégalement mis fin à une société avant le terme stipulé au contrat. L'autre associé a intenté une action en recouvrement des profits qu'il aurait réalisés si la société avait continué d'exister jusqu'à la fin du terme. L'action a été intentée en 1913. Le contrat prévoyait que la société se continuerait jusqu'en 1915. Or, en 1914, la guerre a éclaté ce qui a eu pour effet de réduire considérablement le cours des affaires. La question qui se posait était donc de savoir s'il fallait tenir compte de l'événement postérieur—la guerre—dans l'évaluation de la perte de profits, ou si, au contraire, la Cour pouvait simplement appliquer, pour la durée prévue au contrat, la moyenne du rendement des années précédant la rupture. La Cour s'est majoritairement rangée du côté de la première branche de l'alternative. Souscrivant à l'opinion de la majorité, le juge Mignault explique (aux pp. 543 et 544):

> [TRADUCTION] C'est-à-dire que Howard demande réellement des dommages-intérêts futurs et je ne peux suivre le raisonnement du juge de première instance lorsqu'il évalue la valeur des profits futurs de la société en ne tenant compte que des profits qu'elle a réalisés, comme s'ils étaient assurés de continuer, et qu'il ne tient pas compte des événements qui se sont produits depuis que l'action a été intentée, mais avant le procès, et qui ont démontré que ses profits à venir n'auraient nullement été comparables à ceux qui ont été réalisés avant la date de la violation. Lorsque des dommages-intérêts futurs sont réclamés, on doit nécessairement tenir compte des événements postérieurs et existe-t-il une meilleure preuve des événements, qui étaient dans l'avenir au moment de la violation, que le récit, à la date du procès, de ce qui s'est réellement produit depuis la violation du contrat? [Je souligne.]

Davies C.J., concurring, approved the reasons of Lamothe J. in the Court of Revision, who stated (1917), 51 C.S. 385 (at p. 388):

[TRANSLATION] The action was brought in December 1913; and the Superior Court stated in principle that it was not required to take into account facts occurring after that date. This principle exists; it has to be applied in all cases where the claim is based purely on existing facts which have finally determined the liability of the parties. However, in cases where the claim is made for future damages, damages based on future and probable facts (namely the presumed continuance of a certain series of facts and circumstances), the Court must obtain guidance from facts that have occurred subsequently, and it will then have definite facts before it instead of mere probabilities. [Emphasis added.]

A second illustration is provided by *Pratt v. Beaman*, [1930] S.C.R. 284. That case again involved future damages, specifically damages for the loss of anticipated income. The trial judge had accepted a valuation setting the plaintiff's life expectancy at sixteen and a half years, despite the proven fact that the plaintiff had died from the sequelae of the accident before the trial ended, that is a year and nine months after the accident. This Court concluded that the victim's death had to be taken into account, even though it was an event subsequent to the bringing of the action.

The Quebec Court of Appeal has held to the same effect several times. In *Golden Eagle Canada Ltd. v. Ray Gas Bar Inc.*, [1973] C.A. 680, the Court was confronted with a claim for profits lost as the result of a breach of contract. The unexpired term of the contract was over eight years, but the evidence was that the plaintiff's business ceased to operate ten weeks after the breach. The Court awarded lost profits only for the shorter period of ten weeks.

The Court of Appeal's judgment in *Procureur général du Québec v. Dugal*, J.E. 82-1169, is to the same effect. The trial judge had awarded a certain amount in view of the plaintiff's impotence, which the evidence seemed to indicate resulted directly from the accident. Proof of the subsequent birth of

Le juge en chef Davies, qui est du même avis, a approuvé les motifs du juge Lamothe en Cour de révision qui avait posé (1917), 51 C.S. 385 (à la p. 388):

L'action a été intentée en décembre 1913; et la Cour supérieure a posé en principe qu'elle ne devait pas prendre connaissance des faits postérieurs à cette date. Ce principe existe; il doit recevoir son application dans toutes les causes où la réclamation est basée purement sur des faits arrivés ayant fixé d'une manière définitive la responsabilité des parties. Mais dans les cas où la réclamation est faite pour des dommages futurs, dommages basés sur des faits futurs et probables (savoir sur la continuation présumée d'une certaine série de faits et de circonstances), la Cour doit s'éclairer à la lumière des faits survenus subséquemment, et, alors, au lieu de simples probabilités, la Cour a devant elle des faits certains. [Je souligne.]

Une deuxième illustration nous est donnée dans l'arrêt *Pratt v. Beaman*, [1930] R.C.S. 284. Il s'agissait, là encore, de dommages futurs, en l'espèce de dommages à titre de perte de revenus anticipés. Le juge de première instance avait retenu une évaluation fixant l'expectative de vie du demandeur à seize ans et demi, malgré le fait prouvé que le demandeur était décédé des suites de l'accident avant la fin du procès, soit un an et neuf mois après l'accident. Notre Cour a estimé qu'il fallait tenir compte du décès de la victime, même s'il s'agissait d'une événement postérieur à la demande en justice.

La Cour d'appel du Québec s'est prononcée à quelques reprises dans le même sens. Dans l'affaire *Golden Eagle Canada Ltd. c. Ray Gas Bar Inc.*, [1973] C.A. 680, la Cour était confrontée à une réclamation pour perte de profits suite à la violation d'un contrat. Le terme non expiré du contrat était de plus de huit ans mais il était en preuve que, dix semaines après le bris, le commerce du demandeur avait cessé de fonctionner. La Cour n'a accordé de perte de profits que pour la durée plus courte de dix semaines.

L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Dugal*, J.E. 82-1169, est au même effet. Le premier juge avait accordé un certain montant vu l'impuissance du demandeur qui, selon la preuve, résultait directement de l'accident. La preuve de la naissance subséquente d'un

a child to the plaintiff and his wife was, when the case came up on appeal, held to be relevant in reducing the damages awarded at trial for non-pecuniary losses. These judgments qualify, as regards future damage compensation, the general rule that damages are determined at the date the loss or injury occurred. These precedents apply the principle stated in arts. 1073 *et seq.* *C.C.L.C.*, which is designed to compensate all, though nothing but, the loss sustained. It must be remembered that an estimate of future damage is made on the basis of predictions or extrapolations, methods which necessarily involve some uncertainty. If instead of such projections it is possible to establish the loss actually suffered, there can be no better evidence.

In the case at bar the lost profit and incidental expenses are future damages, since they had not fully taken place at the date of the fire. With respect to compensation for total loss of profits, this loss occurred from the day after the fire and extended for a period set by the trial judge at eighteen months. He awarded compensation for a partial loss of profits (50 per cent) for a further six-month period. Profits made by operating what remained after the fire for this period tend to confirm that profits corresponding to full-capacity operation of the hotel were lost. In my view, these proven facts take precedence over the inference which the respondent sought to draw from the report by the insurer's appraiser and the redemption resolution. The sale took place three years after the fire. The trial judge awarded compensation for lost profit only for a total period of two years. The 1975 sale does not seem to me to have the necessary nexus for it to be said that, had it not been for the fire, the appellants would have sold their flourishing business and that they intended to sell it in any case. The subsequent sale may be due to a number of quite unrelated factors such as market conditions. In my opinion, the trial judge was right to conclude as he did on this point. I do not think that the eighteen-month period, followed by six additional months, which he used is so unreasonable as to justify intervention by this Court. This period is based on the evidence that this would be the time necessary for rebuilding and

enfant au demandeur et à son épouse fut, lorsque l'affaire vint en appel, jugée pertinente aux fins de réduire les dommages accordés en première instance à titre de perte non pécuniaire. Ces arrêts apportent des nuances, dans le cas d'indemnités pour dommages futurs, au principe général que les dommages s'évaluent au jour de la perte ou du préjudice subi. Cette jurisprudence applique le principe énoncé aux art. 1073 et suiv. *C.c.B.-C.* dont le but est d'indemniser tout, mais rien que le préjudice subi. On doit se rappeler que l'évaluation de dommages futurs se fait sur la base de prédictions ou d'extrapolations, méthodes qui présentent nécessairement certains aléas. Si, au lieu de ces projections, il est possible d'établir la perte réellement subie, il ne saurait y avoir de meilleure preuve.

En l'espèce, la perte de profits et les frais incidents sont des dommages futurs, puisqu'ils ne s'étaient pas matérialisés à la date de l'incendie. En ce qui concerne l'indemnité pour perte totale de profits, cette perte s'est matérialisée dès le lendemain de l'incendie et s'est échelonnée sur une période que le premier juge a fixée à 18 mois. Il a accordé une indemnité pour perte partielle de profits (50 p. 100) pour une période additionnelle de six mois. Les profits réalisés par l'exploitation du résidu pendant cette période sont de nature à confirmer que les profits correspondant à une exploitation de l'hôtel à pleine capacité ont été perdus. Ces faits prouvés priment, à mon avis, sur l'inférence que cherche à tirer l'intimée du rapport de l'estimateur des assureurs et la résolution de rachat. Pour ce qui est de la vente, elle a lieu trois ans après l'incendie. Le premier juge n'alloue d'indemnité pour perte de profits que pour une période totale de deux ans. La vente de 1975 ne me paraît pas avoir ce rapport de connexité nécessaire pour qu'on puisse en déduire que, n'eût été de l'incendie, les appelants auraient vendu leur commerce florissant et qu'à tout événement ils aient eu l'intention de le vendre. La vente subséquente peut être attribuable par ailleurs à nombre de facteurs tout à fait indépendants, tels les conditions du marché, etc. Le juge de première instance a eu, à mon avis, raison de conclure comme il l'a fait sur ce point. La période de 18 mois suivie de six mois additionnels qu'il a retenue ne m'apparaît pas

restarting operations of a hotel of this kind. This assumption is far from unreasonable in the circumstances, since the hotel continued to operate in the months following the fire.

The respondent is asking this Court to consider what it sees as an additional ground of error relating to the compensation awarded for lost profit. It alleged that Roberge J. erred in awarding compensation for loss of revenue, rather than for lost profit, and in this connection refers to the following passage from the judgment (at p. 221):

[TRANSLATION] [T]he Court makes no distinction here between gross and net revenue;

The most superficial reading of the evidence and the judgment indicates that it is unquestionably a loss of net income, or loss of profit, that was awarded by the judgment (at p. 222):

[TRANSLATION] In the case of the Laurentide claim, these chartered accountants analysed the last three years of operation from the audited financial statements; they also had access to the ledger, which they studied and analysed; this analysis was done on a monthly basis; using this analysis, they did a projection to obtain the forecasted income for a twelve-month period commencing on February 25, 1972; to obtain the forecasted income for the next six months, they did an analysis of the corresponding prior six-month forecast, with an increase to reflect a normal anticipated rise;

. . .

However, during this period Laurentide continued to operate the rooms which still existed and certain other services; Laurentide therefore earned income; this income must accordingly be deducted; this is what the experts did, after identifying this real income by analysing the earned income, from the client's books, and excluding extraordinary income.

According to these experts, all expenses not incurred would then have to be deducted from the figure obtained, as otherwise it would be a gross, not a net loss; these expenses incurred were grouped under the headings of business expenses, administrative expenses and financial expenses.

déraisonnable au point de justifier notre intervention. Elle est d'ailleurs fondée sur la preuve selon laquelle cette période correspond à la durée de reconstruction et de reprise des affaires d'un hôtel de ce type. Ce postulat est loin d'être déraisonnable en l'espèce, vu que pendant les mois qui ont suivi l'incendie, l'hôtel était toujours exploité.

L'intimée nous demande de considérer ce qu'elle conçoit comme un motif d'erreur supplémentaire sur la question de l'indemnité accordée à titre de perte de profits. Elle allègue que le juge Roberge s'est trompé en accordant une indemnité pour perte de revenus plutôt que pour perte de profits et cite à ce propos cet extrait du jugement (à la p. 221):

[L]e Tribunal ne fait pas ici la distinction entre revenus bruts et revenus nets;

Une lecture le moindrement attentive de la preuve et du jugement révèle que c'est bel et bien une indemnité pour perte de revenus nets, ou perte de profits, qui a été octroyée par le jugement (à la p. 222):

Dans le cas de la réclamation de Laurentide, ces experts-comptables ont analysé les trois (3) dernières années d'opération selon les états financiers vérifiés; ils ont également eu accès au grand livre, qu'ils ont étudié et analysé; cette analyse a été faite mois par mois; à partir de cette analyse, ils ont fait une projection pour obtenir les revenus prévisionnels pour une période de douze (12) mois commençant le 25 février 1972; pour obtenir les revenus prévisionnels pour la période de six (6) mois qui suit, ils ont fait une analyse des six (6) mois prévisionnels antérieurs correspondant, avec une majoration selon une augmentation normale anticipée;

. . .

Cependant, Laurentide continuait, pendant cette période, à exploiter les unités de logement qui continuaient à exister et certains autres services; Laurentide a donc gagné des revenus; il faut en conséquence déduire ces revenus; c'est ce que les experts ont fait, après avoir trouvé ces revenus réels par l'analyse des revenus gagnés, selon les livres du client et en excluant les revenus extraordinaires.

Selon ces experts, il fallait encore déduire, du chiffre trouvé, toutes les dépenses non encourues, car autrement on aurait une perte brute et non une perte nette; ces dépenses encourues ont été groupées sous des vocables de dépenses commerciales, dépenses administratives et dépenses financières.

The result of these operations was the determining of a net loss of profit for this eighteen-month period amounting to $421,441.00. [Emphasis added.]

I would accordingly affirm the trial judgment on this point.

However, on the item of incidental expenses for the purpose of opening, I do not think the trial judge was right to award them. The same 1975 sale prospectively eliminated the assumption that the appellants would rebuild and reopen the motel. The items for pre-opening costs, publicity and renewal are expenses that were not, and never will be, incurred. Additionally, such expenses, had they been incurred following rebuilding of the complex, would necessarily have reduced net profits by that much and would have to be taken into account in determining the lost profit, which the trial judge does not appear to have taken into consideration. Accordingly, I would deduct the sum of $77,000 awarded by the trial judge for this item, that is $15,000 for Laurentide, $52,000 for La Bastogne and $10,000 for the appellant Lévesque.

3. Admission of Hearsay Evidence

As I have already noted in summarizing the evidence, the city of Beauport objected to the admission by Roberge J. of testimony from the expert witness Roy, on the ground that he did not have personal knowledge of the inventory of property destroyed by the fire, though he based his expert testimony on that inventory.

The judge wrote (at p. 211):

[TRANSLATION] Expert witnesses have some latitude in obtaining their information and determining the worth of the lost property which they are called on to value; if for example the requirement is to determine the value of 1,000 bricks on a particular day, they may obtain information from brick sellers; ... the Court certainly would not regard that as hearsay; an expert witness cannot be expected to be a walking catalogue; if this is hearsay evidence for an expert witness, this kind of hearsay can be allowed; the same rule must be applied when the expert witness, in order to arrive at his valuations, refers to invoices, accounts and inventories; he refers to such documents out of necessity, since the property has been

Le résultat de ces opérations est l'établissement de la perte nette de profits pour cette période de dix-huit (18) mois, au montant de $421,441.00. [Je souligne.]

Je confirmerais donc le dispositif du jugement de première instance sur cette question.

Au chapitre des frais incidents pour dépenses d'ouverture, toutefois, je suis d'avis que le premier juge n'a pas eu raison de les accorder. La même vente de 1975 élimine prospectivement l'hypothèse de la reconstruction et de la réouverture du motel par les appelants. Les postes de frais de pré-ouverture, de publicité et de renouvellement sont des frais qui n'ont jamais été, et ne seront jamais, encourus. Par ailleurs, ces frais, s'ils avaient été encourus par suite de la reconstruction du complexe, auraient nécessairement réduit les profits nets d'autant et devaient être pris en ligne de compte dans l'évaluation de la perte de profits, ce dont le premier juge ne semble pas avoir tenu compte. En conséquence, je retrancherais la somme de 77 000 $ accordée à ce chef par le premier juge, soit 15 000 $ pour Laurentide, 52 000 $ pour La Bastogne et 10 000 $ pour l'appelant Lévesque.

3. L'admission d'une preuve de ouï-dire

Comme je l'ai déjà noté dans le résumé de la preuve, la ville de Beauport fait reproche au juge Roberge d'avoir admis le témoignage de l'expert Roy au motif que celui-ci n'avait pas une connaissance personnelle de l'inventaire des biens détruits par le feu, inventaire sur lequel il s'est pourtant basé pour faire son expertise.

Le juge écrit (à la p. 211):

[L]es experts ont une certaine latitude pour puiser leurs informations et pour trouver la valeur des biens perdus qu'ils ont à évaluer; s'agissant, par exemple, de déterminer la valeur de 1 000 briques, un jour donné, ils peuvent obtenir des informations de vendeurs de briques; [...] le Tribunal ne saurait considérer qu'il s'agit là de ouï-dire; on ne peut demander à un expert qu'il soit un catalogue ambulant; si, pour un expert, il s'agit là d'une preuve de ouï-dire, ce genre de ouï-dire peut être permis; la même règle doit s'appliquer lorsqu'un expert doit, pour en arriver à ses évaluations, référer à des factures, à des comptes, à des inventaires; c'est par nécessité qu'il doit référer à ce genre de documents, puisqu'il ne peut pas

destroyed and he cannot examine it physically and visually.

The choice of language is perhaps not the very best, but the substance is consistent with positive law. Professor Ducharme explains (*L'Administration de la preuve* (1986), No. 318) that an expert's opinion may deal with facts proven by another witness, and with assumptions based on those facts. The expert may even base his opinion on hearsay, though the evidentiary weight of his testimony will be affected if the facts on which the opinion is based are not entered in evidence in accordance with the ordinary rules of evidence. In the case at bar, the appellants subsequently called the witness Bélanger on the contents of the buildings on the night of the disaster, and the trial judge properly considered that the expert opinion was based on proven facts.

4. Unjust Enrichment

Fourthly, the city of Beauport argued that the compensation awarded by the trial judge constituted unjust enrichment to Laurentide, as it had already received insurance compensation in 1972 amounting to $1,800,000, which had been invested by Laurentide and from which it received interest.

Perhaps realizing the weakness of its argument, the respondent observed in its factum (at p. 70):

[TRANSLATION] Our purpose is not to overturn the rule of the old art. 2468 *C.C.L.C.* . . . that "civil responsibility shall in no way be lessened or altered by the effect of insurance contracts".

It is well recognized that the fact that a victim protects himself against the vicissitudes of life at his own expense should not work to the advantage of a person causing damage. In any case, the evidence submitted by the city of Beauport on the insurance payments and subrogation is too incomplete to allow the Court to intervene, even assuming that it could do so.

5. Additional Indemnity

Finally, I note that the trial judge awarded the additional indemnity provided for in art. 1056c *C.C.L.C.*, specifying that it should be [TRANSLATION] "calculated at 5% per annum on this

considérer le bien physiquement et visuellement, celui-ci ayant été détruit.

Le choix des termes n'est peut-être pas le plus heureux, mais la substance est conforme au droit positif. Le professeur Ducharme (*L'administration de la preuve* (1986), nº 318) explique que l'opinion de l'expert peut porter sur des faits qui sont prouvés par un autre témoin, ainsi que sur des hypothèses fondées sur ces mêmes faits. L'expert peut même fonder son opinion sur du ouï-dire, quitte à affecter la valeur probante de son témoignage si les faits sur lesquels l'opinion est fondée ne sont pas mis en preuve par un procédé régulier de preuve. En l'espèce, les appelants ont fait entendre subséquemment le témoin Bélanger sur le contenu des bâtiments le soir du sinistre, et le juge de première instance a, avec raison, considéré que l'expertise était basée sur des faits prouvés.

4. L'enrichissement sans cause

En quatrième lieu, la ville de Beauport prétend que l'indemnité octroyée par le premier juge constitue un enrichissement sans cause pour Laurentide, car celle-ci aurait déjà reçu, en 1972, une indemnité d'assurance de l'ordre de 1 800 000 $ qui aurait été investie par Laurentide et dont elle retire les intérêts.

Consciente de la faiblesse de son argument, l'intimée remarque à son mémoire (à la p. 70):

Il ne s'agit pas pour nous de mettre de côté le principe de l'ancien article 2468 *C.c.B.-C.* [. . .] à l'effet que «la responsabilité civile n'est aucunement atténuée ou modifiée par l'effet des contrats d'assurance».

Il est reconnu que le fait par une victime de se prémunir contre les risques de la vie à ses frais ne saurait jouer au profit de l'auteur des dommages. De toute façon, la preuve soumise par la ville de Beauport relativement aux paiements d'assurance et à la subrogation est trop incomplète pour nous permettre d'intervenir, à supposer même qu'il soit permis de le faire.

5. L'indemnité additionnelle

En dernier lieu, je note que le juge de première instance a accordé l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.* en spécifiant qu'elle devrait être «calculée à 5% l'an sur ce montant [de

amount [of the order] from November 7, 1978". (Emphasis added). In their factum, the appellants sought to have the trial judgment upheld, [TRANSLATION] "including the additional indemnity of art. 1056c of the Civil Code to be determined". The respondent, for its part, replied briefly that [TRANSLATION] "the appellants clearly cannot ask that this indemnity be determined ... since they have not filed any cross-appeal in this regard". The question was not discussed at the hearing.

la condamnation] à compter du 7 novembre 1978». (Je souligne.) Les appelants concluent, dans leur mémoire, au maintien du jugement de première instance, «y inclus l'indemnité additionnelle de l'article 1056c du Code Civil à être actualisée». L'intimée, pour sa part, répond brièvement que «les appelants ne peuvent évidemment pas demander que cette indemnité soit actualisée [...] puisqu'ils n'ont pas formé de contre-appel à ce sujet». La question n'a pas été débattue à l'audience.

Article 1056c *C.C.L.C.* states:

1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 53 of the *Revenue Department Act* (Revised Statutes, 1964, chapter 66) over the legal interest rate.

L'article 1056c *C.c.B.-C.* énonce:

1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 53 de la *Loi du ministère du revenu* (Statuts refondus, 1964, chapitre 66) sur le taux légal d'intérêt.

The amount by which the interest rate fixed under s. 53 of the *Revenue Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 66 (now s. 28 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31) exceeds the legal interest rate, which was 5 per cent at the time the trial judgment was rendered, has subsequently fluctuated many times, being set successively at 10 per cent (from April 1, 1980, (1980) 112 *O.G.* II 1535), 14 per cent (from January 1, 1982, (1981) 113 *O.G.* II 4008), 11 per cent (from January 1, 1983, (1983) 115 *O.G.* II 85), 10 per cent (from May 1, 1983, (1983) 115 *O.G.* II 1629), 9 per cent (from January 1, 1984, (1984) 116 *O.G.* II 65), 7 per cent (from July 1, 1985, (1985) 117 *O.G.* II 2079) and 6 per cent (from April 1, 1987, (1987) 119 *O.G.* II 1149). Under section 250 of *An Act to amend the Taxation Act and other legislation and to make certain provisions respecting retail sales tax*, S.Q. 1989, c. 5, assented and having come into force on April 6, 1989, the excess retroactively becomes 7 per cent, from July 1, 1988, and 8 per cent, for the period from November 1, 1988 to December 31, 1988. In view of the large amounts at issue here, it makes a great deal of difference to calculate the additional indemnity awarded by the trial judge by applying

L'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 de la *Loi du ministère du revenu*, S.R.Q. 1964, chap. 66 (devenu l'art. 28 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., chap. M-31) sur le taux légal d'intérêt, qui était de 5 p. 100 au moment où le jugement de première instance a été rendu, a fluctué à de nombreuses reprises depuis lors, s'établissant successivement à 10 p. 100 (à compter du 1er avril 1980, (1980) 112 *G.O.* II 1937), 14 p. 100 (à compter du 1er janvier 1982, (1981) 113 *G.O.* II 5358), 11 p. 100 (à compter du 1er janvier 1983, (1983) 115 *G.O.* II 163), 10 p. 100 (à compter du 1er mai 1983, (1983) 115 *G.O.* II 1915), 9 p. 100 (à compter du 1er janvier 1984, (1984) 116 *G.O.* II 71), 7 p. 100 (à compter du 1er juillet 1985, (1985) 117 *G.O.* II 3308) et 6 p. 100 (à compter du 1er avril 1987, (1987) 119 *G.O.* II 1766). En vertu de l'art. 250 de la *Loi modifiant la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives et prévoyant certaines dispositions concernant l'impôt sur la vente en détail*, L.Q. 1989, chap. 5, entrée en vigueur et sanctionnée le 6 avril 1989, l'excédent est porté de façon rétroactive à 7 p. 100, à compter du 1er juillet 1988, et à 8 p. 100, pour la période du 1er novembre 1988 au 31 décembre 1988. Il n'est pas indifférent, vu l'importance des sommes en jeu

each of these rates for the periods during which they were in effect, rather than by using the 5 per cent rate referred to in the trial judgment.

As this Court is entitled to consider that the question of compensatory damages is duly before the Court, as previously held, it naturally follows that the Court also has jurisdiction to consider the question of additional moratory damages under art. 1056c *C.C.L.C.*

This Court has already had occasion to rule on the nature of the additional indemnity in *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866. Speaking for the majority, Chouinard J. wrote that the indemnity "[could not] be anything but damages due to delay" (p. 875). Chouinard J. adopted the following passage from the reasons of Mayrand J.A., speaking for the Court of Appeal:

[TRANSLATION] The additional indemnity authorized under art. 1056c of the *Civil Code* is, so to speak, an incidental and secondary indemnity. It clearly does not correspond to the material or bodily injury suffered by the victim as a direct consequence of the offence or quasi-offence; rather, its purpose is to compensate the victim for the delay in paying him the primary and principal indemnity. Like the legal interest to which it is added, its amount will vary depending on the length of that delay.

([1980] C.A. 4, at p. 6)

Mayrand J.A. added (at pp. 6-7):

[TRANSLATION] If at the time of service the perpetrator of the offence had paid the victim compensation for material or bodily injury, the additional indemnity would not have been due. The legislator simply considered that the lump sum indemnity determined in art. 1077 of the *Civil Code* no longer corresponded to reality and that without a more realistic assessment of "damages resulting from delay", it would be in the interest of persons owing a sum of money to delay performance of their obligation as long as possible.

As the indemnity is intended to compensate for loss due to delay in paying the amount ordered, it is logical to conclude that the excess interest

en l'espèce, que l'indemnité additionnelle accordée par le juge du procès soit calculée en appliquant chacun de ces taux pour les périodes pendant lesquelles ils ont été en vigueur, plutôt qu'en utilisant le taux de 5 p. 100 auquel réfère le jugement de première instance.

Comme cette Cour est autorisée à se considérer régulièrement saisie de la question des dommages compensatoires, dans les circonstances que l'on connaît, il découle naturellement que la Cour est aussi saisie de la question des dommages moratoires additionnels prévus à l'art. 1056c *C.c.B.-C.*

Cette Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la nature de l'indemnité additionnelle dans l'affaire *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866. Au nom de la majorité, le juge Chouinard a alors écrit que cette indemnité «ne [pouvait] être autre chose qu'un dommage dû au retard» (p. 875). Le juge Chouinard a fait sien l'extrait suivant des motifs du juge Mayrand, qui se prononçait au nom de la Cour d'appel:

L'indemnité supplémentaire autorisée à l'article 1056c du *Code civil* est pour ainsi dire une indemnité accessoire et secondaire. Elle ne correspond évidemment pas au préjudice matériel ou corporel subi par la victime comme conséquence directe du délit ou quasi-délit. Elle a plutôt pour but d'indemniser la victime pour le retard apporté à lui payer l'indemnité première et principale. Tout comme l'intérêt légal auquel elle s'ajoute, son montant variera selon la durée de ce retard.

([1980] C.A. 4, à la p. 6)

Le juge Mayrand avait ajouté (aux pp. 6 et 7):

Si, dès l'assignation, l'auteur du délit avait payé à la victime l'indemnité pour le préjudice matériel ou corporel, l'indemnité supplémentaire n'aurait pas été due. Le Législateur a simplement estimé que l'indemnité forfaitaire fixée à l'article 1077 du *Code civil* ne correspondait plus à la réalité et que, sans une évaluation plus réaliste des «dommages-intérêts résultant du retard», les débiteurs d'une somme d'argent auraient avantage à retarder le plus possible l'exécution de leur obligation.

Comme l'indemnité cherche à réparer un préjudice dû au retard dans le paiement de la condamnation, il est logique de conclure que l'excédent

authorized by art. 1056c *C.C.L.C.* should run until the date the damages are finally paid. The Court of Appeal has in fact held to this effect in *Girard v. Lavoie*, [1975] C.A. 904. Bernier J.A. considered the criteria for exercising the discretion conferred on the courts and concluded that the increasing interest rates apply in principle [TRANSLATION] "from the date "the action is brought" to the date the payment is made" (p. 908). As Bernier J.A. notes, this result is consistent with the general rule applicable to interest (art. 1077 *C.C.L.C.*), whereby [TRANSLATION] "the day *ad quem* . . . is that on which the obligation resulting from the court order is extinguished" (p. 908). As indicated by the wording of art. 1056c *C.C.L.C.*, although the trial judge has a discretion whether to award the indemnity, he has no discretion as regards the calculation of that indemnity, as this must necessarily be calculated "by applying to the amount [awarded by judgment from the date when the action at law was instituted] a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 53 of the *Revenue Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 66, over the legal interest rate".

By failing to pay the plaintiff the amount awarded, the defendant is depriving the latter of the proceeds that amount could yield if invested at the going rate. Though rates of interest vary from one period to another, the legislator has taken the interest rates on Crown claims as a guide. This guide, which is not necessarily the rate in financial markets, is nonetheless an estimate of the loss suffered by the plaintiff when the person owing damages "postpones as long as possible" the payment of the award against him. Limiting the additional indemnity to 5 per cent would be depriving the appellants of full compensation for the financial loss incurred by them as a consequence of being deprived of the amount owed from the time of the trial judgment. Applying the provisions of art. 1056c *C.C.L.C.* to the case at bar, in view of the trial judge's decision to exercise his discretion by awarding the indemnity, I would amend the judgment of first instance by replacing the words "and the additional indemnity specified in article 1056c of the Civil Code calculated at 5 % per

d'intérêt autorisé par l'art. 1056c *C.c.B.-C.* doit courir jusqu'à la date du paiement final des dommages-intérêts. La Cour d'appel avait déjà statué dans ce sens dans l'affaire *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904. Le juge Bernier y a considéré les critères d'exercice de la discrétion conférée aux tribunaux avant de conclure que la majoration des taux d'intérêts s'applique en principe «du jour de «l'institution de la demande en justice» au jour de l'acquittement de la condamnation» (p. 908). Ce résultat, comme le souligne le juge Bernier, est conforme à la règle générale applicable à l'intérêt (art. 1077 *C.c.B.-C.*), selon laquelle «le jour *ad quem* [. . .] est celui de l'extinction de l'obligation résultant de la condamnation» (p. 908). Comme l'indique le libellé de l'art. 1056c *C.c.B.-C.*, bien que le juge de première instance jouisse d'une discrétion d'accorder ou non l'indemnité, aucune discrétion ne lui est laissée quant au calcul de cette indemnité, celle-ci étant nécessairement calculée «en appliquant au montant accordé par jugement à compter de la date de l'institution de la demande en justice un pourcentage égal à l'excédant du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 de la *Loi du ministère du revenu*, S.R.Q. 1964, chap. 66, sur le taux légal d'intérêt».

En faisant défaut de verser au demandeur le montant de la condamnation, le défendeur prive celui-ci des fruits que pourrait porter la somme si elle était investie aux taux du marché. Bien que les taux d'intérêt varient d'une époque à l'autre, le législateur a établi comme mesure les taux d'intérêt que portent les créances de la Couronne. Cette mesure, qui n'est pas nécessairement la mesure des marchés monétaires, demeure quand même une estimation de la perte subie par un demandeur du fait que le débiteur de dommages-intérêts «retarde le plus possible» à acquitter sa condamnation. Limiter l'indemnité additionnelle à 5 p. 100 reviendrait à priver les appelants de la pleine compensation de la perte monétaire qu'ils ont encourue du fait d'être privés de la somme due depuis le jugement de première instance. Appliquant à l'espèce les dispositions de l'art. 1056c *C.c.B.-C.*, compte tenu de la décision du juge de première instance d'exercer sa discrétion d'accorder l'indemnité, je suis d'avis de corriger le dispositif du jugement de première instance en remplaçant les mots «et l'in-

annum on this amount from November 7, 1978" by "and the additional indemnity calculated in accordance with the provisions of article 1056c of the Civil Code, from November 7, 1978", which necessarily implies application of the rates set by regulation pursuant to s. 28 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*.

In conclusion, on the question of the quantum of damages, having regard to the principles that must govern an appellate court in this matter and to the evidence in the record, I consider that the respondent has not succeeded in establishing a basis for intervention by this Court, except as regards the items of incidental expenses totalling $77,000, which should not have been awarded. The judgment should also be varied as regards the calculation of the additional indemnity.

V. Conclusion

To summarize, my conclusions are as follows.

—Municipal corporations in Quebec are governed by public law, which has its origin in the common law.

—*Anns* and *City of Kamloops*, together with subsequent common law judgments, set out the principles of public law which apply in Canada and in Quebec.

—Applying these principles, the fact that a municipal corporation makes a policy decision or refuses to do so does not entail its civil liability. If, however, the municipal corporation exercises its powers, discretionary or otherwise, so as to make its decision operational, subject to public law, it can be held liable for any damage caused to another through its fault, or through that of its employees in the course of their duties, unless the enabling legislation expressly excludes such liability or authorizes the municipal corporation to exonerate itself from liability.

—The private law criteria set out by the common law as stated in *Anns* and *City of Kamloops* and subsequent judgments cannot be applied

demnité additionnelle prévue à l'art. 1056(c) du Code civil calculée à 5% l'an sur ce montant à compter du 7 novembre 1978» par «et l'indemnité additionnelle calculée conformément aux dispositions de l'article 1056c du Code civil à compter du 7 novembre 1978», ce qui implique nécessairement l'application des taux établis par règlement sous l'autorité de l'art. 28 de la *Loi sur le ministère du Revenu*.

En conclusion sur la question du quantum des dommages, au regard des principes qui doivent gouverner une cour d'appel en cette matière, et au regard de la preuve au dossier, je suis d'avis que l'intimée n'a pas réussi à démontrer qu'il y a lieu pour cette Cour d'intervenir, sauf en ce qui concerne les postes de frais incidents, pour un total de 77 000 $, qui n'auraient pas dû être accordés. Par ailleurs, il y a lieu de modifier le dispositif en ce qui concerne le calcul de l'indemnité additionnelle.

V. Conclusion

En résumé, mes conclusions sont les suivantes:

—Les corporations municipales au Québec sont régies par le droit public. Celui-ci trouve son origine dans la *common law*.

—Les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops*, ainsi que les arrêts de *common law* subséquents en la matière, énoncent les principes de droit public trouvant application au Canada comme au Québec.

—En vertu de ces principes, le fait qu'une corporation municipale prenne ou refuse de prendre une décision politique (*policy decision*) ne peut entraîner sa responsabilité civile. Si, toutefois, la corporation municipale exerce ses pouvoirs, discrétionnaires ou non, de façon à rendre sa décision exécutoire (*operational decision*), elle engagera sa responsabilité pour tout préjudice causé à autrui par sa faute, ou celle de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions, à moins que la loi habilitante n'écarte expressément cette responsabilité ou n'autorise la corporation municipale à s'en dégager.

—Les critères de droit privé de *common law* énoncés dans les arrêts *Anns* et *Ville de Kamloops* et les arrêts subséquents ne sauraient trouver

in Quebec. Since the *Quebec Act* and in keeping with the Canadian Constitution, jurisdiction over property and civil rights has been a matter for the provinces.

—Pursuant to art. 356 *C.C.L.C.*, subject to public law, in the absence of provisions to the contrary in their charters or enabling legislation, municipal corporations are governed, "in certain respects", by the *Civil Code of Lower Canada* in private law matters.

—The *Cities and Towns Act* does not expressly or by implication exclude the civil liability of municipal corporations in the implementation of their policy decisions or authorize them to exonerate themselves from liability.

—In the case at bar the city of Beauport exercised its discretionary power to create a firefighting service (a policy decision) and, in light of the by-laws adopted in this regard and the other facts presented in evidence, the municipality undertook, at the very least by implication, to maintain this service and ensure that it was in good working order (an operational decision).

—In accordance with the principles stated in arts. 1053 and 1054 *C.C.L.C.*, the city of Beauport must be held liable for the additional damage caused by the fire, as this was due to its fault in maintaining its water and firefighting systems and to the fault of its employees in carrying out their duties. This fault had a causal link with the damage sustained by the appellants and was the direct and immediate consequence of it.

—As the trial judge committed no error in his determination of the facts or in the conclusions which he drew from them regarding liability, the Court of Appeal was not justified in intervening.

—The quantum of damages set by the trial judge in the amount of $2,542,732.83 must be varied slightly by deducting $77,000, making a total of $2,465,732.83. The additional indemnity should be calculated in accordance with the provisions of art. 1056c *C.C.L.C.*

application au Québec. En effet, depuis l'*Acte de Québec* et conformément à la constitution canadienne, la compétence en matière de propriété et droits civils relève des provinces.

—Conformément à l'art. 356 *C.c.B.-C.*, en l'absence de dispositions à l'effet contraire dans leur charte ou loi habilitante, et sujet au droit public, les corporations municipales sont régies, «à certains égards», en matière de droit privé, par le *Code civil du Bas-Canada*.

—La *Loi sur les cités et villes* n'écarte ni expressément ni implicitement la responsabilité civile des corporations municipales dans l'exécution de leurs décisions politiques ni ne les autorise à s'en dégager.

—En l'espèce, la ville de Beauport a exercé son pouvoir discrétionnaire d'établir un service de lutte contre les incendies (*policy decision*) et, à la lumière des règlements adoptés à cet égard et des autres faits mis en preuve, la municipalité a entrepris, à tout le moins de façon implicite, d'entretenir ce service et de le maintenir en bon état de fonctionnement (*operational decision*).

—En vertu des critères énoncés aux art. 1053 et 1054 *C.c.B.-C.*, la ville de Beauport doit être tenue responsable pour l'excédent des dommages causés par l'incendie, ceux-ci étant dus à sa faute dans l'entretien de son réseau d'aqueduc et de lutte contre les incendies et à celle de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions, ces fautes ayant un lien de causalité avec le préjudice subi par les appelants et en étant la suite directe et immédiate.

—Le premier juge n'ayant pas commis d'erreur dans la détermination des faits ni dans les conclusions qu'il en a tirées relativement à la responsabilité, la Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir.

—Le quantum des dommages et intérêts fixé par le premier juge à la somme de 2 542 732,83 $ doit être légèrement modifié en en soustrayant le montant de 77 000 $ pour un total de 2 465 732,83 $. L'indemnité additionnelle doit être calculée conformément aux dispositions de l'art. 1056c *C.c.B.-C.*

I would accordingly allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the Superior Court judgment, except for deducting from the amount of the order made against the city of Beauport in favour of the appellants the sum of $77,000 as already indicated, so that the judgment would now read:

[TRANSLATION] Orders the defendant city of Beauport to pay the plaintiff Laurentide Motels Ltd. the sum of $1,972,334.51 with interest at the legal rate from the date of service and the additional indemnity calculated in accordance with the provisions of article 1056c of the Civil Code from November 7, 1978.

Orders the defendant city of Beauport to pay the plaintiff Restaurant La Bastogne Inc. the sum of $464,982.15 with interest at the legal rate from the date of service and the additional indemnity calculated in accordance with the provisions of article 1056c of the Civil Code from November 7, 1978.

Orders the defendant city of Beauport to pay the plaintiff Thomas R. Lévesque the sum of $28,416.17 with interest at the legal rate from the date of service and the additional indemnity calculated in accordance with the provisions of article 1056c of the Civil Code from November 7, 1978.

Orders the defendant city of Beauport to pay the costs of an action for $2,465,732.83, the cost of taking and translating stenographic and stenotyping notes being forty-nine fiftieths (49/50).

the whole with costs throughout, the respondent being entitled to its costs in this Court on an appeal for $77,000.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Gagné, Letarte, Sirois, Beaudet & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent: Jean-Charles Lord, Beauport; Raymond Bélanger, Lévis; Gagnon, De Billy & Associés, Québec.

En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'infirmerais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, sauf à retrancher du montant de la condamnation de la ville de Beauport envers les appelants la somme de 77 000 $ de la façon déjà indiquée, de sorte que le dispositif se lise maintenant:

Condamne la défenderesse Ville de Beauport à payer à la demanderesse Laurentide Motels Ltd. la somme de $1,972,334.51 avec intérêts au taux légal depuis l'assignation et l'indemnité additionnelle calculée conformément aux dispositions de l'article 1056c du Code civil à compter du 7 novembre 1978.

Condamne la défenderesse Ville de Beauport à payer à la demanderesse Restaurant La Bastogne Inc. la somme de $464,982.15 avec intérêts au taux légal depuis l'assignation et l'indemnité additionnelle calculée conformément aux dispositions de l'article 1056c du Code civil à compter du 7 novembre 1978.

Condamne la défenderesse Ville de Beauport à payer au demandeur Thomas R. Lévesque la somme de $28,416.17 avec intérêts au taux légal depuis l'assignation et l'indemnité additionnelle calculée conformément aux dispositions de l'article 1056c du Code civil à compter du 7 novembre 1978.

Condamne la défenderesse Ville de Beauport aux dépens d'une action de $2,465,732.83, les frais de prise et de traduction des notes sténographiques et sténotypiques étant de quarante-neuf cinquantièmes (49/50).

le tout avec dépens dans toutes les cours, l'intimée ayant droit à ses frais devant notre Cour d'un appel de 77 000 $.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Gagné, Letarte, Sirois, Beaudet & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimée: Jean-Charles Lord, Beauport; Raymond Bélanger, Lévis; Gagnon, De Billy & Associés, Québec.

Réal Veilleux and Rémi Veilleux *Appellants*

v.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Respondent*

and

Corporation municipale de Barnston-Ouest *Mis en cause*

INDEXED AS: VEILLEUX *v.* QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

File No.: 19961.

1987: May 13; 1989: April 20.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Environmental law — Preservation of agricultural land — Acquired rights — Foundations and flooring existing on lot at time of decree bringing lot under Act to preserve agricultural land — Foundations and flooring forming part of ruins of house demolished five years previously — Ruins not "uncropped" — Whether existence of foundations and flooring constituting use of lot for purpose other than agriculture — Whether appellants have acquired rights — Utility of rules developed by the courts with respect to zoning and acquired rights — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(1), 101, 102.

The appellants alleged that they had acquired rights under s. 101 of the *Act to preserve agricultural land* to use a lot for a purpose other than agriculture and in particular to alienate and subdivide the lot and build a house on it without authorization from the Commission de protection du territoire agricole. The lot in question had been subject to the provisions of the Act since June 13, 1980. On that date the stone foundations and wood flooring of a residence built in 1945 and demolished in 1976 still existed and were not "uncropped". On July 24, 1980, part of the lot, including the site of the old foundations, was sold, with the vendor retaining ownership of the other part. The purchaser thereupon sent the Commission a statement to the effect that he held acquired rights to build a house on this lot. Construction of the new residence began as soon as the municipality issued the building permit. On July 28, 1983, the Com-

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Réal Veilleux et Rémi Veilleux *Appelants*

c.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Intimée*

et

Corporation municipale de Barnston-Ouest *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: VEILLEUX *c.* QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

N° du greffe: 19961.

1987: 13 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Droits acquis — Fondations recouvertes d'un plancher sur le lot au moment du décret assujettissant le lot à la Loi sur la protection du territoire agricole — Fondations et plancher partie des ruines d'une maison démolie cinq ans auparavant — Absence de couverture végétale — La présence des fondations et du plancher constitue-t-elle une utilisation du lot à une fin autre que l'agriculture? — Les appelants ont-ils des droits acquis? — Utilité des normes fixées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.1°, 101, 102.

Les appelants allèguent qu'ils ont, en vertu de l'art. 101 de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, des droits acquis d'utiliser un lot à une fin autre que l'agriculture et, particulièrement, d'aliéner et de lotir ce lot et d'y construire une résidence sans l'autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec. Le lot en litige est assujetti aux dispositions de la Loi depuis le 13 juin 1980. À cette date, les fondations de pierre et le plancher en bois d'une résidence, construite en 1945 et démolie en 1976, subsistaient et n'étaient pas sous couverture végétale. Le 24 juillet 1980, la partie du lot incluant l'emplacement des anciennes fondations a été vendue, le vendeur conservant la propriété de l'autre partie. L'acheteur a alors fait parvenir à la Commission une déclaration à l'effet qu'il bénéficie de droits acquis pour construire une résidence sur ce lot. La construction de la nouvelle résidence a

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

mission issued an order directing the appellants to vacate the sale and to cease using the lot for any purpose other than agriculture. Faced with the Commission's refusal to revoke its order, the appellants filed a motion in the Superior Court seeking a ruling that they had acquired rights under s. 101 of the Act. The motion was granted but this judgment was reversed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the stone foundation of a house covered by wood flooring which was not "uncropped" on June 13, 1980 is a non-conforming use giving rise to an acquired right within the meaning of ss. 101 *et seq.* of the Act.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellants relied on art. 406 *C.C.L.C.* and s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. Both of these, while recognizing the fundamental nature of the right of ownership, make it subject to the limitations and prohibitions contained in statutes or regulations. The *Act to preserve agricultural land* contains a prohibition of a public nature. As the appellants' lot is located in an agricultural region, they must prove that it is in an exceptional situation covered by the Act. Since the Act itself specifies the circumstances giving rise to acquired rights, the other rules developed by the courts with respect to zoning and acquired rights cannot have the effect of conferring acquired rights other than those specified by the Act or of conferring them in a way not contemplated by the Act. These other rules are useful, however, in the interpretation of terms not defined by the Act.

The appellants do not have acquired rights under s. 101. This provision protects the rights of those who were actually using their land for other than agricultural purposes at the time the Act became applicable to it. The owner of unused and deserted land does not have a non-conforming right of use to protect that would justify the exclusion of that land from the ambit of the Act. At the time of the decree, all he has is a right of ownership stripped of any right of use other than that allowed by the Act. In the case at bar, there is no question that in the past this lot was used for residential purposes; but this use was abandoned when the house the ruins of which remain was demolished in 1976. At the time of the decree, June 13, 1980, no effective use was made of the lot or of the old foundations located on it. The appellants therefore cannot rely on s. 101. Unused land is not used for purposes other than agriculture, as required by this provision.

débuté immédiatement après la délivrance du permis de construction par la municipalité. Le 28 juillet 1983, la Commission a émis une ordonnance enjoignant les appelants d'annuler la vente et de cesser l'utilisation à une fin autre que l'agriculture de ce lot. Devant le refus de la Commission de révoquer son ordonnance, les appelants ont présenté en Cour supérieure une requête visant à faire déclarer qu'ils ont des droits acquis en vertu de l'art. 101 de la Loi. La requête a été accueillie mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si un solage de maison en pierre recouvert d'un plancher de bois qui n'était pas sous couverture végétale en date du 13 juin 1980, constitue un usage dérogatoire générant un droit acquis, au sens des art. 101 et suiv. de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les appelants invoquent à l'appui de leur prétention l'art. 406 *C.c.B.-C.* et l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'un et l'autre, tout en reconnaissant le caractère fondamental du droit de propriété, le soumettent aux limitations et interdictions prévues par les lois ou règlements. La *Loi sur la protection du territoire agricole* comporte une interdiction d'ordre public. Le lot des appelants étant situé dans une région agricole, ils leur incombent donc de prouver qu'il est dans une situation exceptionnelle prévue par la Loi. Puisque la Loi prévoit elle-même les circonstances qui donnent naissance à des droits acquis, les autres normes d'origine jurisprudentielle en matière de zonage et de droits acquis ne sauraient avoir pour effet de conférer d'autres droits acquis que ceux qui sont prévus par la Loi ou de les conférer autrement que la Loi ne le prévoit. Ces autres normes sont toutefois utiles pour interpréter des termes que la Loi n'a pas définis.

Les appelants n'ont pas de droits acquis en vertu de l'art. 101. Cet article protège les droits de ceux qui au moment où la Loi est devenue applicable à leurs terres en usent effectivement à des fins autres qu'agricoles. Le propriétaire d'un terrain inutilisé et laissé à l'abandon n'a pas de droit d'usage dérogatoire à protéger qui justifierait que ce terrain soit exclu de l'application de la Loi. Il ne lui reste, au moment du décret, qu'un droit de propriété dénudé de tout droit d'usage autre que ceux que la Loi permet. En l'espèce, il n'y a pas de doute que dans le passé, ce lot a été utilisé à des fins résidentielles. Mais, il y a eu abandon de cette utilisation lorsque la maison dont il subsiste des ruines fut démolie en 1976. À la date du décret, le 13 juin 1980, aucune utilisation effective n'était faite de ce lot ou des anciennes fondations qui y étaient situées. Les appelants ne peuvent donc invoquer l'art. 101. Un terrain inutilisé n'est pas utilisé à des fins autres que l'agriculture comme l'exige cet article.

The appellants' argument that the absence of vegetation indicates and preserves the acquired right to use of the lot for purposes other than agriculture cannot be accepted. Section 102, on which they rely, does not apply to an interruption or abandonment of use which occurred before the date on which the Act became applicable to a lot. Moreover, s. 102 refers to the "right recognized by section 101". This provision makes s. 102 inapplicable, and accordingly makes the presence or absence of vegetation irrelevant, unless acquired rights pursuant to s. 101 are first found to exist. The appellants have not established the existence of acquired rights pursuant to s. 101.

Quant à l'argument des appelants selon lequel l'absence de couverture végétale indiquerait et sauvegarderait des droits acquis à un usage du lot pour des fins autres que l'agriculture, il ne peut être retenu. L'article 102 sur lequel ils se fondent ne s'applique pas à une interruption ou à un abandon d'utilisation qui s'est produit avant la date à laquelle la Loi est devenue applicable sur un lot. De plus, l'art. 102 réfère au «droit reconnu par l'article 101». Ce texte rend l'art. 102 inapplicable, et rend par conséquent non pertinente la présence ou l'absence de la couverture végétale, à moins que l'on ait déterminé au préalable l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101. Or, les appelants n'ont pas démontré l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101.

Cases Cited

Referred to: *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, [1984] C.A. 542.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542.

Statutes and Regulations Cited

Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10 [now R.S.Q., c. P-41.1], ss. 1(1), 22, 26, 28, 29, 30, 31, 34-42, 98, 101, 102, 103, 116.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 6.
Civil Code of Lower Canada, art. 406.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 6.
Code civil du Bas-Canada, art. 406.
Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10 [maintenant L.R.Q., chap. P-41.1], art. 1.1°, 22, 26, 28, 29, 30, 31, 34 à 42, 98, 101, 102, 103, 116.

Authors Cited

Codère, Danielle. "La Loi sur la protection du territoire agricole et le droit privé". Dans Michel Poirier éd., *Droit québécois de l'aménagement du territoire*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1983.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi annotée sur la protection du territoire agricole*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1980.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1984.

Doctrine citée

Codère, Danielle. «La Loi sur la protection du territoire agricole et le droit privé». Dans Michel Poirier éd., *Droit québécois de l'aménagement du territoire*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1983.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi annotée sur la protection du territoire agricole*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1980.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1984.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 1402, [1986] R.D.I. 205, reversing a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 174. Appeal dismissed.

Pierre G. Geoffroy, for the appellants.

Serge Cardinal, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 1402, [1986] R.D.I. 205, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 174. Pourvoi rejeté.

Pierre G. Geoffroy, pour les appelants.

Serge Cardinal, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.

I—Introduction

The *Act to preserve agricultural land*, S.Q. 1978, c. 10, now R.S.Q., c. P-41.1 (the Act), was adopted in 1978 to preserve agricultural land in Quebec, as its title indicates. Section 22 empowers the government to identify any part of the territory of Quebec by decree as a designated agricultural region. In a designated agricultural region or, under ss. 34 to 42, in reserved areas therein, ss. 26, 28 and 29 prohibit any person, except with the authorization of the Commission de protection du territoire agricole du Québec (the Commission), from using a lot for any purpose other than agriculture, a term defined by the Act in s. 1(1), from effecting a subdivision or from alienating a lot while retaining a right of alienation on a contiguous lot.

The Act makes certain exceptions to these prohibitions. One such exception is designed to safeguard, *inter alia*, the rights of persons already using a lot for a purpose other than agriculture at the time a decree was adopted. This exception is contained in s. 101 of Division IX of the Act, titled "Acquired Rights", which has led to considerable litigation. It is primarily this section which the Court must interpret, in accordance with the definition given to "agriculture" by the Act, which includes in particular "leaving land uncropped" ("*le fait de laisser le sol sous couverture végétale*"). In the case at bar, at the time the applicable decree was adopted, the lot which is at issue still had on it the stone foundations and wood flooring of a house built in 1945 and demolished in 1976. These foundations and flooring were not "uncropped" ("*sous couverture végétale*").

The Court must decide whether, when the decree was adopted, the existence of these foundations and flooring was a use of the lot for a purpose other than agriculture within the meaning of s. 101.

II—Facts and Proceedings

The facts are not in dispute. They were admitted at the hearing. They are summarized by the appellants in their factum as follows, and this summary was accepted by the respondent in its factum:

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

La *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1978, chap. 10, maintenant L.R.Q., chap. P-41.1 (la Loi), a été adoptée en 1978 afin, comme l'indique son titre, de protéger le territoire agricole du Québec. L'article 22 habilite le gouvernement à identifier par décret comme région agricole désignée, toute partie du territoire du Québec. Dans une région agricole désignée ou, suivant les art. 34 à 42, dans les aires retenues pour fins de contrôle qui s'y trouvent situées, il devient interdit par les art. 26, 28 et 29, sauf sur autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec (la Commission), d'utiliser un lot à une fin autre que l'agriculture, terme que la Loi définit au par. 1.1°, d'effectuer un lotissement, ou d'aliéner un lot tout en conservant un droit d'aliénation sur un lot contigu.

La Loi prévoit certaines exceptions à ces prohibitions. L'une de ces exceptions est destinée à sauvegarder, entre autres, les droits de ceux qui utilisaient déjà un lot à une fin autre que l'agriculture au moment de l'adoption d'un décret. Cette exception se trouve dans la section IX de la Loi, intitulée «Droits acquis», à l'art. 101, qui a donné lieu à nombre de litiges. C'est cet article qu'il s'agit principalement d'interpréter, compte tenu de la définition que la Loi donne de l'agriculture et qui comprend particulièrement «le fait de laisser le sol sous couverture végétale». En l'espèce, au moment de l'adoption du décret pertinent, subsistaient sur le lot qui fait l'objet du litige, les fondations de pierre et le plancher en bois d'une résidence construite en 1945 et démolie en 1976. Ces fondations et ce plancher n'étaient pas sous couverture végétale.

Il faut décider si, lors de l'adoption du décret, la présence de ces fondations et de ce plancher constituait une utilisation du lot à une fin autre que l'agriculture, au sens de l'art. 101.

II—Les faits et les procédures

Les faits ne sont pas contestés. Ils ont été admis à l'enquête. Voici le résumé que les appelants en donnent dans leur mémoire et que l'intimée accepte dans le sien:

[TRANSLATION] Lot 6C of range I of the cadastre of the township of Barnston has been subject to the provisions of the Act to preserve agricultural land ... since June 13, 1980, the effective date of the third designated agricultural region decree, which covered the territory of the municipal corporation of Barsnton Ouest.

On that date the stone foundations and wood flooring of a residence built in 1945 and demolished in 1976 still existed and were not "uncropped".

On June 13, 1980, the residence and its remains had never been built on or used for agricultural purposes within the meaning of the Act to preserve agricultural land.

By a deed of alienation dated July 24, 1980 Réal Veilleux sold part of this lot to Rémi Veilleux, including the site of the old foundations.

At the time of this alienation Réal Veilleux, the vendor, retained ownership of part of the lot.

The deed of sale of July 24, 1980 contains the following clause on page 5:

"This sale is not subject to any authorization by the Commission since there is at present a foundation on the land sold hereby, the said foundation existed before June 13, 1980 and the said foundation has not been left uncropped; the seller accordingly has acquired rights as defined in ss. 101, 102 and 103 of the said Act."

On August 5, 1980, Rémi Veilleux sent the Commission de protection du territoire agricole a statement that he held acquired rights to build a residence on this lot within the meaning of s. 101 of the Act.

On August 7, 1980, Rémi Veilleux applied for and obtained a permit from the municipal corporation of Barnston Ouest to build a residence.

The construction of the new residence began as soon as the mis en cause issued the building permit (on August 7, 1980), and the old foundations were removed after the new residence was built.

On July 28, 1983, the Commission de protection du territoire agricole du Québec, without a hearing, issued an order directing the applicants to vacate the sale of July 24, 1980 and to cease using this lot for any purpose other than agriculture.

On August 18, 1983, Rémi Veilleux filed with the Commission an application to revoke this order.

Le lot 6C, du rang I, du cadastre du canton de Barnston, est assujetti aux dispositions de la Loi sur la protection du territoire agricole [...] depuis le 13 juin 1980, date de l'entrée en vigueur du troisième décret de région agricole désignée qui comprenait le territoire de la corporation municipale de Barnston Ouest.

À cette date, les fondations de pierres et le plancher en bois d'une résidence construite en 1945, et démolie en 1976, subsistaient et n'étaient pas sous couverture végétale.

La résidence ainsi que ses résidus au 13 juin 1980 n'ont jamais été construits ou utilisés à des fins d'agriculture au sens de la Loi sur la protection du territoire agricole.

En vertu d'un acte d'aliénation du 24 juillet 1980, Réal Veilleux vend à Rémi Veilleux une partie de ce lot incluant l'emplacement des anciennes fondations.

Lors de cette aliénation, Réal Veilleux, le vendeur, conserve la propriété d'une partie de ce lot.

L'acte de vente du 24 juillet 1980 contient, à sa page 5, la clause suivante:

«La présente vente n'est sujette à aucune autorisation de la part de la Commission considérant qu'il existe présentement un solage sur le terrain présentement vendu, et que ledit solage existait avant le 13 juin 1980, et que ledit solage n'a pas été laissé sous couverture végétale; le présent vendeur bénéficiant ainsi des droits acquis tels que définis aux articles 101, 102, 103 de ladite loi.»

Le 5 août 1980, Rémi Veilleux fait parvenir à la Commission de protection du territoire agricole une déclaration à l'effet qu'il bénéficie de droits acquis au sens de l'article 101 de la loi pour construire une résidence sur ce lot.

Le 7 août 1980, Rémi Veilleux demande et obtient de la corporation municipale de Barnston Ouest un permis pour la construction d'une résidence.

La construction de la nouvelle résidence a débuté immédiatement après l'émission du permis de construction par la mise-en-cause (7 août 1980) tandis que l'enlèvement des anciennes fondations a été réalisé après la construction de la nouvelle résidence.

Le 28 juillet 1983, la Commission de protection du territoire agricole du Québec, sans aucune audition, émet une ordonnance enjoignant aux requérants d'annuler la vente du 24 juillet 1980 et de cesser l'utilisation à une fin autre que l'agriculture de ce lot.

Le 18 août 1983, Rémi Veilleux dépose à la Commission une demande de révocation de cette ordonnance.

In a decision dated December 21, 1983, the Commission refused to revoke its order.

In January 1984, the appellants filed a motion in the Superior Court asking it for a ruling that they had acquired rights under s. 101 of the Act to use lot 6C for a purpose other than agriculture, and in particular to alienate and subdivide the lot and build a house on it without authorization from the Commission.

The Superior Court allowed this motion on January 4, 1985, [1985] C.S. 174.

On an appeal by the Commission the Court of Appeal reversed the Superior Court judgment in a unanimous judgment dated April 21, 1986 and, accepting the Commission's contentions, ruled that the appellants do not have the acquired rights they are claiming and could not alienate and subdivide the land in question without authorization from the Commission: [1986] R.J.Q. 1402.

Hence the appeal.

III—Legislation

The relevant provisions of the Act are as follows:

1. In this act, unless the context requires otherwise,

(1) "agriculture" means the cultivation of the soil and plants, leaving land uncropped or using it for forestry purposes, or the raising of livestock, and, for these purposes, the making, construction or utilization of works, structures or buildings, except residences;

26. In a designated agricultural region, no person may use a lot for any purpose other than agriculture without the authorization of the commission.

28. No person may, except with the authorization of the commission, effect a subdivision in a designated agricultural region.

29. No person may, in a designated agricultural region, except with the authorization of the commission, effect the alienation of a lot while retaining a right of alienation on a contiguous lot or on a lot that would otherwise be contiguous if it were not separated from the first by a public road.

The alienation of one or several contiguous lots or of lots which would be contiguous if they were not separated by a public road shall not be made in favour of more

Dans une décision du 21 décembre 1983, la Commission refuse de révoquer son ordonnance.

En janvier 1984, les appelants adressent à la Cour supérieure une requête visant à faire déclarer qu'ils ont, en vertu de l'art. 101 de la Loi, des droits acquis d'utiliser le lot 6C à une fin autre que l'agriculture et, particulièrement, d'aliéner et de lotir ce lot et d'y construire une résidence sans l'autorisation de la Commission.

La Cour supérieure accueille cette requête le 4 janvier 1985, [1985] C.S. 174.

Sur appel interjeté par la Commission, la Cour d'appel, par un arrêt unanime daté du 21 avril 1986, infirme le jugement de la Cour supérieure et, faisant droit à la contestation de la Commission, déclare que les appelants n'ont pas les droits acquis qu'ils revendiquent et ne pouvaient aliéner et lotir le terrain en question sans l'autorisation de la Commission: [1986] R.J.Q. 1402.

D'où le pourvoi.

III—Les dispositions législatives

Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi:

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

1° «agriculture»: la culture du sol et des végétaux, le fait de laisser le sol sous couverture végétale ou de l'utiliser à des fins sylvicoles, l'élevage des animaux et, à ces fins, la confection, la construction ou l'utilisation de travaux, ouvrages ou bâtiments, à l'exception des résidences;

26. Dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, utiliser un lot à une fin autre que l'agriculture.

28. Une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, effectuer un lotissement dans une région agricole désignée.

29. Dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, procéder à l'aliénation d'un lot si elle conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu ou qui serait par ailleurs contigu, s'il n'était pas séparé du premier lot par un chemin public.

L'aliénation d'un ou plusieurs lots contigus ou qui le seraient s'ils n'étaient pas séparés par un chemin public

than one person, except with the authorization of the commission.

The surface of a lot in respect of which a right is recognized in virtue of Division IX is not deemed contiguous.

30. Subdivision or alienation made in contravention to section 28 or 29 may be annulled.

Any interested person, including the Procureur général, the commission or the municipal corporation where the lot is situated may apply to the Superior Court to have such nullity declared.

31. In a designated agricultural region, the owner of a vacant lot under a title registered on or before 9 November 1978 may erect thereon, within five years of that date or, as the case may be, the date of the coming into force of a decree contemplated in section 22, without the authorization of the commission, a single residence and use, for that purpose, an area not exceeding a half-hectare.

Where, on 9 November 1978, a person is the owner of several vacant lots, contiguous or not, situated in the same municipality, he may erect, on the same conditions, a single residence on one of such lots.

101. A person may, without the authorization of the commission, alienate, subdivide and use for a purpose other than agriculture a lot situated in a designated agricultural region, in a reserved area or in an agricultural zone, to the extent that that lot was being used or was already under a permit authorizing its use for a purpose other than agriculture when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

This right exists only in respect of that part of the surface of the lot which was being used for a purpose other than agriculture or for which a permit authorizing use for a purpose other than agriculture had already been issued, when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

102. The right recognized by section 101 subsists notwithstanding the interruption or abandonment of the use other than agriculture. It is extinguished, however, by the fact that that part of the surface in respect of which the right exists is left uncropped for over one year from the time when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

ne peut être faite à plus d'une personne sans l'autorisation de la commission.

La superficie d'un lot à l'égard de laquelle un droit est reconnu en vertu de la section IX n'est pas réputée contiguë.

30. Un lotissement ou une aliénation fait en contravention des articles 28 ou 29 est annulable.

Tout intéressé, dont le procureur général, la commission ou la corporation municipale où le lot est situé, peut s'adresser à la Cour supérieure pour faire prononcer cette nullité.

31. Dans une région agricole désignée, le propriétaire d'un lot vacant en vertu d'un titre enregistré le 9 novembre 1978 peut y construire, dans les cinq ans de cette date ou, le cas échéant, de la date d'entrée en vigueur d'un décret visé à l'article 22, sans l'autorisation de la commission, une seule résidence et utiliser à cette fin une superficie n'excédant pas un demi-hectare.

Lorsqu'au 9 novembre 1978 une personne est propriétaire de plusieurs lots vacants, contigus ou non contigus et situés dans une même municipalité, elle peut, aux mêmes conditions, construire une seule résidence sur l'un de ces lots.

101. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot situé dans une région agricole désignée, une aire retenue pour fins de contrôle ou une zone agricole, dans la mesure où ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Ce droit n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à une fin autre que l'agriculture ou pour laquelle un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture avait déjà été délivré lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ce lot.

102. Le droit reconnu par l'article 101 subsiste malgré l'interruption ou l'abandon de l'utilisation autre que l'agriculture. Il est toutefois éteint par le fait de laisser sous couverture végétale la superficie sur laquelle il porte pendant plus d'un an à compter du moment où les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables sur un lot.

103. A person may, without the authorization of the commission, enlarge the surface area of a lot in respect of which there exists a right recognized by section 101.

This area may be increased to a half-hectare if, at the time when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to it, this lot was being used or was already under a permit authorizing its use for residential purposes. It may be increased to one hectare if its use or authorized use under the permit was for commercial, industrial or institutional purposes.

IV—Decisions of the Courts Below

Fortin J. rendered the judgment of the Superior Court.

He commenced with the definition of "agriculture" in s. 1(1) and concluded from this that if the land was "uncropped" it was subject to the prohibitions of ss. 26 to 29. When the ground surface indicates human intervention, however, the nature or purpose of this intervention has to be determined by reference to this definition. Is the purpose of the human intervention "agriculture" as defined in the Act? If it is, the lot is being used for agricultural purposes. If on the other hand the purpose of the human intervention is not agriculture, as so defined, the land is being used for a purpose other than agriculture. It was admitted that the foundations and flooring in question were not "uncropped" on June 13, 1980, the date the applicable decree came into effect. Such foundations are not included in the definition of "agriculture". Residences are even expressly excluded from that definition. In Fortin J.'s opinion, therefore, the presence of these foundations and flooring was a use of the lot for purposes other than agriculture and protected the appellants' acquired rights.

The Commission argued that it is inadmissible for a lot abandoned for residential use purposes thirty or forty years ago not to resume its agricultural function, and that such an interpretation was contrary to the very purpose of the Act. Fortin J. replied he would subscribe to this argument but for s. 102. He said the following on this point (at p. 178):

[TRANSLATION] The Court would subscribe to this proposition if the legislator had not limited its power of

103. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, étendre la superficie d'un lot sur laquelle porte un droit reconnu par l'article 101.

Cette superficie peut être portée à un demi-hectare si, au moment où les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission y ont été rendues applicables, ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à des fins résidentielles. Elle peut être portée à un hectare s'il s'agissait d'une utilisation ou d'un permis d'utilisation à des fins commerciales, industrielles ou institutionnelles.

IV—Les jugements d'instance inférieure

Le juge Fortin a rendu le jugement de la Cour supérieure.

Il part de la définition de l'agriculture au par. 1.1° et en conclut que si le sol se trouve sous couverture végétale, il est assujetti aux prohibitions des art. 26 à 29. Lorsque toutefois la surface du sol laisse voir l'intervention de l'homme, il faut alors s'interroger sur la nature ou l'objet de cette intervention en se référant à cette définition. L'objet de l'intervention humaine est-il l'agriculture telle que définie dans la Loi? Dans ce cas, le lot est utilisé pour fins d'agriculture. Si, au contraire, l'objet de l'intervention humaine n'est pas l'agriculture, telle qu'ainsi définie, alors le terrain est utilisé pour une fin autre que l'agriculture. Il est admis que les fondations et le plancher en question n'étaient pas sous couverture végétale le 13 juin 1980, date de l'entrée en vigueur du décret pertinent. De telles fondations ne sont pas inclues dans la définition de l'agriculture. Les résidences sont même expressément exclues de cette définition. La présence de ces fondations et de ce plancher constitue donc, selon le juge Fortin, une utilisation du lot à des fins autres que l'agriculture et cette présence a sauvegardé les droits acquis des appelants.

La Commission plaidait qu'il est inadmissible qu'un lot dont l'utilisation pour fin résidentielle a été abandonnée depuis trente ou quarante ans ne reprenne pas sa fonction agricole et qu'une telle interprétation allait à l'encontre de l'objet même de la Loi. Le juge Fortin répond qu'il souscrirait à cet argument n'était l'art. 102. Voici ce qu'il écrit à ce sujet (à la p. 178):

Le Tribunal souscrirait à cette proposition si le législateur n'avait pas limité son pouvoir d'interprétation et

interpreting and understanding the Act by s. 102. The rule is straightforward: acquired rights are not lost by not being used unless the ground in question is left "uncropped" for more than a year; there is no time limit to this passivity.

It can be assumed that the legislator knew that, like any zoning by-law, the new Act would create considerable disruptions in the law of immoveable property. He sought to protect agriculture and at the same time to give effect to certain acquired rights. Doubtless in order to avoid costly trials and lengthy hearings, he chose a radical method of proof, a witness which cannot lie: vegetation. If none exists, there must be a readily identifiable work, building or activity. If there is vegetation, nothing can be done even if excavations establish the old acquired right beyond all doubt . . . .

The simplicity of this rule leaves little scope in its implementation for varied interpretations and still less for judicial discretion.

Whether we are dealing with disused factories or commercial buildings, an unoccupied residence or ruins or simply the foundation of any such building, it does not really matter how much stronger the evidence is, provided the existence of the acquired right is satisfactorily established, namely that there is no vegetation.

The parties also debated a more general question: is it necessary to consider the rules developed by the courts to protect acquired rights in matters such as municipal zoning?

Fortin J. replied (at p. 176):

[TRANSLATION] . . . in the case of this Act the legislator himself defined and circumscribed the acquired rights and determined the requirements for their existence and extension. Rules developed by the courts can only supplement the silence of the legislation.

Fortin J. nonetheless cited with approval the following passage from "La Loi sur la protection du territoire agricole et le droit privé", by Danielle Codère, in Michel Poirier ed., *Droit québécois de l'aménagement du territoire* (1983), at p. 183:

[TRANSLATION] As the *Act to preserve agricultural land* is zoning legislation, the legislator could have relied on the judicially developed rules of the general theory of acquired rights in zoning matters. Sections 101 to 103 of the Act suggest that there were two reasons why he did not do so. First, the concept of an acquired right was

d'appréciation de la Loi par l'article 102. La règle est simple: le droit acquis ne se perd pas par l'abandon de l'usage sauf si le sol qui en fait l'objet est laissé sous couverture végétale pendant plus d'un an; aucun délai ne limite cette passivité.

Il nous est permis de penser que le législateur savait que cette loi nouvelle, comme toute réglementation de zonage, créerait des perturbations profondes en droit immobilier. Tout en protégeant l'agriculture, il a voulu respecter certains droits acquis. Pour éviter sans doute de coûteux procès et des enquêtes laborieuses il a choisi un moyen de preuve radical, un témoin qui ne peut mentir: la couverture végétale. S'il n'y en a pas, c'est qu'il existe un ouvrage, un bâtiment ou une activité facilement identifiable. S'il y a couverture végétale, rien à faire, même si des excavations établissaient hors de tout doute le droit acquis ancien . . .

La simplicité de cette règle donne peu d'ouverture à des interprétations diverses et encore moins à la discrétion judiciaire dans son application.

Que nous soyons en présence d'une usine ou d'un édifice commercial désaffectés, d'une résidence inhabitée ou des ruines ou du simple solage d'un de ces édifices, une plus grande évidence de la preuve importe peu pourvu que l'existence du droit acquis soit établie avec satisfaction, savoir qu'il n'y a pas couverture végétale.

Les parties discutaient en outre d'une question plus générale: y a-t-il lieu de considérer les normes arrêtées par la jurisprudence pour protéger les droits acquis dans des matières comme le zonage municipal?

Le juge Fortin répond (à la p. 176):

. . . en ce qui concerne la présente Loi, le législateur a lui-même défini et circonscrit les droits acquis et en a fixé les normes d'existence et d'extension. Les normes jurisprudentielles ne peuvent que suppléer au silence de la Loi.

Le juge Fortin cite néanmoins avec approbation le passage suivant de «La Loi sur la protection du territoire agricole et le droit privé» par Danielle Codère, dans Michel Poirier éd., *Droit québécois de l'aménagement du territoire* (1983), à la p. 183:

La *Loi sur la protection du territoire agricole* étant une loi de zonage, le législateur aurait pu s'en remettre aux principes jurisprudentiels de la théorie générale de droit acquis en matière de zonage. On peut déduire des articles 101 à 103 de la Loi que deux motifs l'ont amené à ne pas le faire. D'une part, la notion de droit acquis a

limited to allow for the recovery of land for agricultural purposes when that is possible, and it was extended to preserve the free exercise of the right of ownership over land which no longer had agricultural potential. Second, this provision codifies the rules of precedent recognized under the theory of acquired rights in zoning matters by defining their scope in the context of the Act. The judicially developed rules established on the matter are still useful, as they can be used to supplement the silence of the legislator.

The judgment of the Court of Appeal was rendered by Owen, Beauregard and LeBel JJ.A. Beauregard and LeBel JJ.A. both wrote reasons for judgment agreeing with each other in part. Owen J.A. concurred with his two brother judges.

On the more general question of whether rules developed by the courts to deal with questions of zoning and acquired rights should be considered, LeBel J.A. wrote that [TRANSLATION] "[a]s the legislator has not defined the concept of acquired rights ... reference must be made to the general rules on the matter" (p. 1045). In his opinion, these assume some effective use of the ground, and the cessation of such use will result in the loss of rights exercised before the new regulations came into effect.

LeBel J.A. considered that (at p. 1045):

[TRANSLATION] The requirement of being covered by vegetation, as a condition for the loss of acquired rights, applied only after the Act came into effect. It is a departure from the general rules regarding acquired rights which it preserves, despite an interruption in their use, because of the absence of vegetation.

He concluded from this that vegetation could not be used as a criterion for determining whether an acquired right exists.

LeBel J.A. was also of the view that the purpose of the Act is both to provide protection for zones actually used for agricultural purposes and for those which have agricultural potential. In his opinion, s. 101 only applies and only protects acquired rights for lots used for purposes other than agriculture at the time a decree comes into effect. Furthermore, he wrote at p. 1045:

été restreinte pour permettre la récupération des terres à des fins d'agriculture quand celle-ci est possible et elle a été élargie pour préserver le libre exercice du droit de propriété à l'égard de terres ne présentant plus d'intérêt pour l'agriculture. D'autre part, cette disposition codifie les principes jurisprudentiels reconnus sous la théorie des droits acquis en matière de zonage pour en préciser la portée dans le cadre de la Loi. Les principes jurisprudentiels établis en la matière n'en demeurent pas moins utiles car ils permettent de suppléer au silence du législateur.

L'arrêt de la Cour d'appel a été rendu par les juges Owen, Beauregard et LeBel. Les juges Beauregard et LeBel ont tout deux écrit des motifs de jugement qui se rejoignent cependant en partie. Quant au juge Owen, il est d'accord avec ses deux collègues.

Sur la question d'ordre plus général de savoir s'il y a lieu de considérer les normes fixées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis, le juge LeBel écrit que «le législateur n'a pas défini la notion de droits acquis [... et qu'il] faut alors s'en rapporter aux règles générales en la matière» (p. 1045). Or, selon lui, celles-ci supposent un caractère d'effectivité de l'usage du sol, et la cessation d'un tel usage entraîne la perte des droits exercés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

Le juge LeBel opine que (à la p. 1045):

L'exigence de la mise sous couverture végétale, comme condition de perte des droits acquis, n'intervenait que postérieurement à la mise en application de la loi. Elle constitue une dérogation aux règles générales en matière de droits acquis qu'elle préserve, malgré l'interruption de leur usage, en raison de l'absence de couverture végétale.

Il en conclut que la couverture végétale ne peut servir de critère pour déterminer s'il y a droit acquis.

Le juge LeBel est également d'avis que l'objet de la Loi est à la fois d'assurer la protection des zones utilisées réellement à des fins agricoles comme de celles qui possèdent un potentiel agricole. L'article 101 ne reçoit application à son avis et ne sauvegarde les droits acquis que pour les lots utilisés à des fins autres que l'agriculture au moment de l'entrée en vigueur d'un décret. Au surplus, écrit-il, à la p. 1045:

[TRANSLATION] ... it is also for the applicant[s] to show the nature of the exceptional use and its effectiveness. The admissions of the parties indicated that a residential use had definitely once existed. However, the previous owners had abandoned it. All that remained were unused ruins.... This parcel was not used for agricultural work. As it was not allocated to any other use it ... fell, when the *Act to preserve agricultural land* came into effect, within the control provisions contained in that Act as part of the reserved agricultural territory. The [respondents] therefore could not benefit from acquired rights under s. 101 A.P.A.L.

Beauregard J.A. came to the same conclusions as LeBel J.A. In his opinion, the trial judge had erred in relying on s. 102. This section, he wrote, only applies when acquired rights have been shown to exist under s. 101. When the decree came into effect in the case at bar the land was not being used for a purpose other than agriculture and there were therefore no rights recognized by s. 101, which expressly excluded the application of s. 102.

V—Issue and Submissions of the Parties

While the parties agreed on the facts, they did not completely agree on the definition of the issue.

In my opinion, as LeBel J.A. pointed out in the Court of Appeal, the appellants themselves defined the issue in the conclusions of their application for declaratory relief:

[TRANSLATION] DECLARE that the stone foundation of a house covered by wood flooring which was not "uncropped" on June 13, 1980 is a non-conforming use giving rise to an acquired right within the meaning of ss. 101 *et seq.* of the Act to preserve agricultural land.

The arguments made by the parties adopted in essence either the reasons of the Superior Court or those of the Court of Appeal.

The appellants argued that the stone foundations and wood flooring constituted use for a purpose other than agriculture for two reasons. First, they said, the provisions contained in s. 101 for the protection of acquired rights should, as the trial

... il appartenait également au[x] requérant[s] de démontrer la nature de l'usage dérogatoire et son effectivité. Or, les admissions des parties démontrent qu'il y eut certes un usage à fin résidentielle autrefois. Les propriétaires antérieurs l'avaient cependant abandonné. Ne subsistaient que des ruines inutilisées. [...] Cette parcelle n'était pas utilisée pour des travaux d'agriculture. Faute d'affectation à une autre utilisation, elle était [...] retombée au moment de la mise en application de la *Loi sur la protection du territoire agricole* sous les mécanismes de contrôle prévus par celle-ci comme partie du territoire agricole contrôlé. En conséquence, les [intimés] ne pouvaient pas bénéficier de droits acquis en vertu de l'article 101 L.P.T.A.

Le juge Beauregard arrive aux mêmes conclusions que le juge LeBel. Selon lui, le premier juge a erré en s'appuyant sur l'art. 102. Cet article, écrit-il, ne peut jouer qu'une fois démontrée l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101. En l'espèce, lorsque le décret est entré en vigueur, le terrain n'était pas utilisé à une fin autre que l'agriculture et il n'y avait donc pas de droits reconnus par l'art. 101 ce qui excluait explicitement l'application de l'art. 102.

V—La question en litige et les moyens invoqués par les parties

Si les parties s'accordent sur les faits, elles ne s'entendent pas complètement sur la définition de la question en litige.

À mon avis, et comme le souligne le juge LeBel en Cour d'appel, les appelants ont eux-mêmes défini l'objet du litige dans les conclusions de leur requête pour jugement déclaratoire:

DÉCLARER qu'un solage de maison en pierres recouvert d'un plancher de bois qui n'était pas sous couverture végétale en date du 13 juin 1980, constitue un usage dérogatoire générant un droit acquis, au sens des articles 101 et suivants de la Loi sur la protection du territoire agricole.

Quant aux moyens invoqués par les parties, ils reprennent substantiellement soit les motifs de la Cour supérieure, soit ceux de la Cour d'appel.

Les appelants soutiennent que pour deux raisons les fondations de pierre et le plancher de bois constituent une utilisation à une fin autre que l'agriculture. D'abord, disent-ils, les dispositions que l'on trouve à l'art. 101 pour la protection des

judge pointed out, be read in light of those dealing with the extinction of those rights contained in s. 102. In making vegetation a means of extinguishing acquired rights, the legislator by implication recognized that the absence of such vegetation was a basis for the recognition of acquired rights.

The second reason was based on the definition of "agriculture" given in s. 1(1): foundations and flooring which are not covered by vegetation are not "agriculture". They are therefore a use of the lot for a purpose other than agriculture within the meaning of s. 101. Relying on the authors Louis A. Cormier and Louis-V. Sylvestre, *Loi annotée sur la protection du territoire agricole* (1980), at pp. 315-16, they argue that the test to be applied must meet two criteria: human intervention for purposes other than agriculture. The stone foundations and the flooring meet these two criteria.

The appellants further submitted that the Act is a complete and independent code governing acquired rights and there is no need to refer to other rules, such as those developed by the courts in zoning matters. Finally, they argued that where the Act is ambiguous, it should be given a strict interpretation favorable to ownership, in accordance with art. 406 of the *Civil Code of Lower Canada* and s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12:

406. Ownership is the right of enjoying and of disposing of things in the most absolute manner, provided that no use be made of them which is prohibited by law or by regulations.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

On the method of interpretation, the respondent, for its part, argued that the Act should be given a broad and liberal construction, in view of the public interest it seeks to promote; the respondent noted in this connection that the Act came into effect retroactive to the date it was tabled for first reading (s. 116), and that it prevails over general or special Acts applicable to municipalities, as well

droits acquis doivent, comme l'a fait remarquer le premier juge, être lues à la lumière de celles qui sont relatives à l'extinction de ces droits et que l'on trouve à l'art. 102. En faisant de la couverture végétale un moyen d'extinction des droits acquis, le législateur reconnaît implicitement que l'absence d'une telle couverture constitue un critère de reconnaissance des droits acquis.

La deuxième raison se fonde sur la définition de l'agriculture que donne le par. 1.1°: des fondations et un plancher qui ne se trouvent pas sous couverture végétale ne constituent pas de l'agriculture. Elles constituent donc une utilisation du lot à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101. S'appuyant sur les auteurs Louis A. Cormier et Louis-V. Sylvestre, *Loi annotée sur la protection du territoire agricole* (1980), aux pp. 315 et 316, ils soutiennent que le test qu'il faut appliquer doit satisfaire deux critères: une intervention humaine à des fins autres que l'agriculture. Les fondations de pierre et le plancher satisfont ces deux critères.

Les appelants soumettent également que la Loi constitue un code complet et autonome en matière de droits acquis et qu'il n'y a pas lieu de recourir à d'autres règles, telles les normes arrêtées par la jurisprudence en matière de zonage. Ils plaident enfin qu'en cas d'ambiguïté de la Loi, une interprétation stricte de celle-ci favorable à la propriété doit lui être donnée, conformément à l'art. 406 du *Code civil du Bas-Canada* et à l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12:

406. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

L'intimée, pour sa part, soutient à propos de la méthode d'interprétation que la Loi doit être interprétée de façon large et libérale, compte tenu de l'intérêt public qu'elle veut promouvoir; l'intimée souligne à ce propos que la Loi est entrée en vigueur rétroactivement dès le jour de son dépôt en première lecture (art. 116), et qu'elle prévaut sur les lois générales ou spéciales applicables aux

as any other provision of a development plan, or of a zoning, subdivision or construction plan or by-law (s. 98).

The respondent admitted and argued that, since the Act specifies the situations in which acquired rights can be invoked, these situations are the only ones that can confer acquired rights which derogate from the provisions of the Act. However, it maintained that beyond this, recourse may be had to the general rules established by the courts in matters of zoning and acquired rights.

On the substantive issue, the respondent maintained that the existence of acquired rights depends solely on s. 101: s. 102 refers expressly to the right recognized by s. 101 and so clearly cannot be applied until the existence of an acquired right pursuant to s. 101 has first been recognized.

The respondent further argued that for an acquired right to be recognized pursuant to s. 101, the use of a lot for a purpose other than agriculture must, as the section expressly states, exist when the provisions of the Act were made applicable to that lot; and, the respondent added, there must be effective use of the lot at that time. Prior uses or proposed uses of the lot do not confer acquired rights.

VI—Method of Interpretation

The appellants relied on art. 406 of the *Civil Code of Lower Canada* and s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. I believe that the response to this argument must be that of Mayrand J.A., writing the majority reasons of the Court of Appeal in *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, [1984] C.A. 542, at p. 547:

[TRANSLATION] The respondent is seeking to rely on art. 406 of the *Civil Code* and on s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. Both of these, while recognizing the fundamental nature of the right of ownership, make it subject to the limitations and prohibitions contained in statutes or regulations. The *Act to preserve agricultural land* contains a prohibition of a public nature. As the respondent's lot is located in an

municipalités, de même que sur toute autre disposition d'un schéma d'aménagement, ou d'un plan ou d'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction (art. 98).

L'intimée reconnaît et plaide que, puisque la Loi prévoit les situations qui permettent d'invoquer des droits acquis, ces situations sont les seules à pouvoir conférer des droits acquis dérogatoires à la Loi. Mais elle soutient que pour le reste, il y a lieu de s'en rapporter aux règles générales établies par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis.

Sur le fond du litige, l'intimée soutient que l'existence de droits acquis dépend du seul art. 101; l'art. 102 réfère explicitement au droit reconnu par l'art. 101 et ne saurait par conséquent s'appliquer sans que l'on ait d'abord reconnu l'existence d'un droit acquis en vertu de l'art. 101.

L'intimée soutient en outre que pour qu'un droit acquis soit reconnu en vertu de l'art. 101, l'utilisation d'un lot à une fin autre que l'agriculture doit, comme cet article le stipule expressément, exister lorsque les dispositions de la Loi ont été rendues applicables sur ce lot. Et, ajoute l'intimée, il doit s'agir d'une utilisation effective du lot à ce moment. Les utilisations antérieures ou les utilisations projetées du lot ne confèrent pas de droits acquis.

VI—La méthode d'interprétation

Les appelants invoquent l'art. 406 du *Code civil du Bas-Canada* et l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. À ce moyen, il faut je pense répondre comme l'a fait le juge Mayrand qui écrit les motifs majoritaires de la Cour d'appel dans *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542, à la p. 547:

L'intimé cherche appui sur l'article 406 du *Code civil* et sur l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'un et l'autre, tout en reconnaissant le caractère fondamental du droit de propriété, le soumettent aux limitations et interdictions prévues par les lois ou règlements. La *Loi sur la protection du territoire agricole* comporte une interdiction d'ordre public. Le lot de l'intimé étant situé dans une région agricole, il lui

agricultural region, he has a duty to prove that he is in an exceptional situation covered by the Act.

On the question of the use of rules developed by the courts in cases involving zoning and acquired rights, the respondent seems to me to be correct. The Act itself specifies the circumstances giving rise to acquired rights and other rules developed by the courts accordingly cannot have the effect of conferring acquired rights other than those specified by the Act or of conferring them in a way not contemplated by the Act. The fact remains, as the Court of Appeal held and as the authors cited with approval by the trial judge have concluded, that these other rules can still be useful in cases, for example, where it is necessary to interpret terms not defined by the Act, such as the word "use" in s. 101.

VII—The Substance of the Issue

In my opinion, the trial judge did not err in approaching the interpretation of the words "for a purpose other than agriculture" found in s. 101 by starting with the definition in s. 1(1) and reasoning *a contrario*. The ruins of a residence, namely stone foundations and wood flooring, are not included in the definition of "agriculture". The surface of the lot in question covered by these ruins was therefore not used for agricultural purposes.

With the greatest respect, where the trial judge erred was in concluding that because the lot was not used for agricultural purposes it was used for a purpose other than agriculture. Section 101 does not recognize acquired rights when a lot is not used for agricultural purposes, but rather when it is used for a purpose other than agriculture. Unused land is not used for agricultural purposes; however, precisely because it is unused, it is also not used for a purpose other than agriculture, as required by s. 101.

There is no question that in the past this lot was used for residential purposes, and so for a purpose other than agriculture; but as the trial judge held, and his finding on this point is not disputed, this use for residential purposes was abandoned when

incombe de prouver qu'il est dans une situation exceptionnelle prévue par la loi.

Sur la question de l'utilisation des normes arrêtées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis, l'intimée me paraît avoir raison. La Loi prévoit elle-même les circonstances qui donnent naissance à des droits acquis et d'autres normes d'origine jurisprudentielle ne sauraient par conséquent avoir pour effet de conférer d'autres droits acquis que ceux qui sont prévus par la Loi ou de les conférer autrement que la Loi ne le prévoit. Il n'en reste pas moins, comme le décide la Cour d'appel et comme le pensent les auteurs que le premier juge cite en les approuvant, que ces autres normes demeurent utiles quand il s'agit par exemple d'interpréter des termes que la Loi n'a pas définis, tels le mot «utiliser» dans l'art. 101.

VII—Le fond du litige

Le premier juge n'a pas eu tort, à mon avis, d'aborder l'interprétation des mots «à une fin autre que l'agriculture» que l'on trouve à l'art. 101 en partant de la définition du par. 1.1° et en raisonnant *a contrario*. Les ruines d'une résidence, soit des fondations de pierre et un plancher de bois, ne sont pas comprises dans la définition de l'agriculture. La surface du lot en question couverte par ces ruines n'était donc pas utilisée à des fins d'agriculture.

Là où le premier juge a erré, soit dit avec les plus grands égards, c'est en concluant que parce que ce lot n'était pas utilisé à des fins d'agriculture, il était utilisé à une fin autre que l'agriculture. Or, l'article 101 ne reconnaît pas de droits acquis lorsqu'un lot n'est pas utilisé à des fins d'agriculture mais bien lorsqu'il est utilisé à une fin autre que l'agriculture. Un terrain inutilisé n'est pas utilisé à des fins d'agriculture. Mais, précisément parce qu'il est inutilisé, il n'est pas non plus utilisé à une fin autre que l'agriculture, comme l'exige l'art. 101.

Il n'y a pas de doute que dans le passé, ce lot a été utilisé à des fins résidentielles, donc, à une fin autre que l'agriculture. Mais, ainsi que le décide le premier juge, et sa conclusion est admise sur ce point, il y a eu abandon de cette utilisation à des

the house the ruins of which remain was demolished in 1976.

As s. 101 provides, recognition of an acquired right results solely from use of the lot "when the provisions of this act ... were made applicable to that lot", that is, in the case at bar, on the date of the decree, June 13, 1980. Abandoned uses and uses which commenced after that date confer no acquired right.

However, the appellants argued that active use is not necessary to preserve acquired rights, and they rely on Cormier and Sylvestre, op. cit., at pp. 315-16:

[TRANSLATION] To classify a use as a use for purposes other than agriculture, one has to reason back from the definition given in s. 1(1) of the word "agriculture". As this definition is extremely broad, we are of the view that two criteria must be present for an acquired right to arise: human intervention and a purpose other than agriculture.

. . .

We feel that such intervention can be passive or active; however, there must be no doubt as to its ultimate purpose. The building of a house may be characterized as active intervention. Leaving foundations of a residential nature may constitute passive intervention. In both cases, the purpose definitely is not agriculture.

With respect, these passages contain both a deficiency and an error.

There is a deficiency because the date on which there must be use for a purpose other than agriculture is not taken into account.

As to the error, it lies in the concept of passive intervention and the example given of it, namely "[l]eaving foundations of a residential nature".

In any case, the same authors seem to have modified their position and their example in their text of 1984, *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*, at pp. 801-2:

[TRANSLATION] Only activities, improvements, facilities or disruptions resulting from human action for a particular objective which is immediately apparent can

fins résidentielles lorsque la maison dont il subsiste des ruines fut démolie en 1976.

Comme le prescrit l'art. 101, la reconnaissance d'un droit acquis découle uniquement de l'utilisation du lot «lorsque les dispositions de la présente loi [...] ont été rendues applicables à ce lot», soit, en l'espèce, à la date du décret, le 13 juin 1980. Les anciennes utilisations abandonnées de même que celles qui ont débuté après cette date ne confèrent aucun droit acquis.

Les appelants soutiennent cependant qu'une utilisation active n'est pas nécessaire à la sauvegarde des droits acquis, et ils s'appuient sur Cormier et Sylvestre, *op. cit.*, aux pp. 315 et 316:

Pour qualifier une utilisation à des fins autres que l'agriculture, il est obligatoire de raisonner à l'inverse de la définition donnée au paragraphe 1 de l'article 1 du mot «agriculture». Cette définition étant extrêmement large, nous sommes d'opinion que deux critères doivent se retrouver pour créer un droit acquis: l'intervention de la main de l'homme et une finalité autre qu'agricole.

. . .

Nous croyons que cette intervention peut être passive ou active; elle ne doit cependant laisser aucun doute quant à sa finalité. La construction d'une maison pourra être qualifiée d'intervention active. Le fait de laisser des fondations de nature résidentielle pourra constituer une intervention passive. Dans les deux cas, l'objectif n'est certes pas l'agriculture.

Soit dit avec égard, ces citations comportent et une lacune et une erreur.

Il y a lacune parce que l'on y fait abstraction de la date lors de laquelle il doit y avoir utilisation à une fin autre que l'agriculture.

Quant à l'erreur, elle se trouve dans la notion d'intervention passive et dans l'exemple que l'on en donne, soit «[l]e fait de laisser des fondations de nature résidentielle».

D'ailleurs les mêmes auteurs paraissent avoir modifié leur position et leur exemple dans leur ouvrage de 1984, *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*, aux pp. 801 et 802:

Les activités, aménagements, installations, bouleversements issus d'agissements humains, joints à un objectif qui paraît à sa face même, peuvent seuls donner un état

create a situation that may be characterized as use for purposes other than agriculture.

. . .

In short, for an acquired right to exist one must characterize the intervention. It may be active (operation of a gravel pit) or passive (foundations constructed for a delayed building project). What is important is that it should be effective so that there is no doubt as to the use intended either initially or ultimately.

It can be seen that the example of passive use has been qualified: the reference is to foundations for a delayed building project. In my opinion, this is not a passive use but an active use temporarily suspended, which does not thereby become passive. If this use is delayed for very long or indefinitely, at some point the active use is abandoned, and this is a question of fact.

I think that the expression "passive use" contains a contradiction in terms. In my opinion, the respondent was correct to write the following in its factum:

[TRANSLATION] ... as the Act contains no definition of the word "use" (*utiliser*), one must look at the ordinary and accepted meaning of the term.

Petit Robert defines *utiliser* as follows:

"render useful, employ for a specific purpose".

The term *utilisé* ("used") is, again according to *Petit Robert*, the adjective describing a thing

"the use or employment of which may be beneficial (to someone, to society), or meets a need".

This definition implies both the idea of activity and the idea of an ultimate purpose.

A thing is used if a person makes use of that thing, as opposed to a thing which is unused, of which no use is made or which is abandoned. Use therefore implies effective activity, that is activity which results in a real, concrete and tangible consequence.

A thing is used if use is made of it for a certain purpose, as opposed to an unused thing which is not employed for any purpose. Use therefore involves an ultimate purpose, that is the fact that the activity leads to the achievement of an object.

. . .

de fait qualifiable d'utilisation à des fins autres que l'agriculture.

. . .

En somme, pour qu'un droit acquis existe, il faut qualifier l'intervention. Elle peut être active (exploitation d'une sablière) ou passive (fondations érigées pour un projet de construction retardé). L'important c'est qu'elle soit effective et qu'en ce sens, il n'y ait pas de doute sur l'utilisation projetée tant initialement qu'à terme.

On se rend compte que l'exemple d'utilisation passive a été qualifié: il s'agit de fondations pour un projet de construction retardé. Selon moi, il s'agit là non pas d'une utilisation passive, mais d'une utilisation active temporairement suspendue mais qui n'en devient pas passive pour autant. Si cette utilisation devait retarder très longtemps ou indéfiniment, à un certain moment, il y aurait abandon de cette utilisation active, ce qui est une question de fait.

Je pense que l'expression «utilisation passive» comporte une contradiction dans les termes. C'est à bon droit, selon moi, que l'intimée écrit dans son mémoire les passages suivants:

... la Loi ne comprenant pas de définition du mot «utilisé», il faut donc chercher le sens commun et habituel de cette expression («use»).

Le *Petit Robert* définit «utilisé» de la manière suivante:

«rendre utile, faire servir à une fin précise».

L'expression «utilisé» étant, toujours selon le *Petit Robert*, le qualificatif d'une chose

«dont l'usage, l'emploi est ou peut être avantageux (à quelqu'un, à la société), satisfait un besoin.»

Cette définition implique une notion d'activité ainsi qu'une notion de finalité.

Une chose est utilisée si on se sert de cette chose, par opposition à une chose qui est inutilisée, qui ne sert pas ou qui est abandonnée. L'utilisation implique donc une activité effective, c'est-à-dire une activité qui se traduit par un effet réel, concret et tangible.

Une chose est utilisée si on s'en sert à une certaine fin, par opposition à une chose inutilisée puisqu'on [ne] s'en sert pour rien. L'utilisation implique donc une finalité, c'est-à-dire le fait que l'activité tende vers un but.

. . .

We therefore submit, following the Quebec Court of Appeal, that lot 6C of the cadastre of the township of Barnston was unused despite the presence of old foundations. No effective use was made of this lot or of the old foundations located on it.

... the right protected by s. 101 is not the right the appellants had up to that date [June 13, 1980] to (re) commence residential use of their property.

It is the right to continue residential use, which they did not do.

In these passages the respondent is in any case only illustrating and amplifying on the following opinion of LeBel J.A. (at p. 1045):

[TRANSLATION] As the legislator has not defined the concept of acquired rights either in s. 101 or elsewhere in the Act, reference must be made to the general rules on the matter. These assume effective use. It is accepted, for example, that the fact of a building being under construction at the time a zoning by-law comes into effect will be a basis for a non-conforming use. Conversely, the abandonment of the building or cessation of effective use, especially if it is prolonged, suggests the intent to abandon use of it.

I agree with this opinion.

The abandoned foundations of a house cannot be said to be a non-conforming use without contradicting the purpose or object of the Act, as inferred from several of its provisions. The purpose of the Act is not only to protect cultivated land but to reclaim land which has agricultural potential. This can be seen, for example, in s. 102, which extinguishes acquired rights in the circumstances mentioned, or in provisions such as s. 31.

Under that section, if the appellant Rémi Veilleux had acquired his lot before the decree was adopted, he would have had a five year period in which to build a single residence and use for that purpose an area not exceeding half a hectare. After that, his lot would fall under the Commission's control.

It is true that s. 101 protects the rights of those who were actually using their land for other than agricultural purposes at the time the Act became

Nous soumettons donc, après la Cour d'appel du Québec, que le lot 6C du cadastre du canton de Barnston était inutilisé malgré la présence des anciennes fondations. Aucune utilisation effective n'était faite de ce lot ou des anciennes fondations qui y étaient situées.

... le droit protégé par l'article 101, ce n'est pas le droit qu'avaient les appelants jusqu'à cette date [le 13 juin 1980], de (re) commencer un usage résidentiel de leur propriété.

C'est le droit de continuer un usage résidentiel, ce qu'ils ne faisaient pas.

Dans ces passages, l'intimée ne fait d'ailleurs qu'illustrer et amplifier l'opinion suivante du juge LeBel (à la p. 1045):

Comme le législateur n'a pas défini la notion de droits acquis ni dans l'article 101 ni ailleurs dans la loi, il faut alors s'en rapporter aux règles générales en la matière. Or, celles-ci supposent un caractère d'effectivité de l'usage. Il est certes admis par exemple que le fait qu'un bâtiment soit en construction au moment de l'entrée en vigueur d'un règlement de zonage permette de fonder un usage dérogatoire. À l'inverse, l'abandon de l'édifice ou l'arrêt de l'utilisation effective particulièrement si elle est prolongée, fait présumer l'intention de renoncer à l'usage.

Je suis d'accord avec cette opinion.

On ne peut tenir que les fondations abandonnées d'une résidence puissent constituer un usage dérogatoire sans contredire le but ou l'objet de la Loi tels qu'ils s'infèrent de plusieurs de ses dispositions. Non seulement en effet la Loi a-t-elle pour but de protéger les terres en culture mais elle vise également à récupérer des terres ayant un potentiel agricole. On le constate par exemple à l'art. 102 qui éteint des droits acquis dans les circonstances qu'il prévoit, ou dans des dispositions comme l'art. 31.

Selon cet article, si l'appelant Rémi Veilleux avait acquis son lot avant l'adoption du décret, il aurait disposé d'un délai de cinq ans pour y construire une seule résidence et utiliser à cette fin une superficie n'excédant pas un demi-hectare. Passé ce délai, son lot retombait sous le contrôle de la Commission.

L'article 101 protège, il est vrai, les droits de ceux qui au moment où la Loi est devenue applicable à leurs terres en usent effectivement à des fins

applicable to it; but the owner of unused and deserted land does not have a non-conforming right of use to protect that would justify the exclusion of that land from the ambit of the Act. At the time of the decree, all he has is a right of ownership stripped of any right of use other than that allowed by the Act.

The appellants' argument that the absence of vegetation indicates and preserves the acquired right to use of the lot for purposes other than agriculture cannot be accepted.

First, s. 102, on which they rely, does not apply to an interruption or abandonment of use which occurred before the date on which the Act became applicable to a lot.

Moreover, s. 102 refers to the "right recognized by section 101". As Owen and Beauregard JJ.A. held, this provision makes s. 102 inapplicable, and accordingly makes the presence or absence of vegetation irrelevant, unless acquired rights pursuant to s. 101 are first found to exist. As we saw above, the appellants have not established the existence of acquired rights pursuant to s. 101.

It does not follow that the absence of vegetation is never relevant in the application of s. 101: in view of the definition of "agriculture", such an absence can indicate that a lot is not used for an agricultural purpose; however, as I have tried to demonstrate, the absence of use for an agricultural purpose does not necessarily establish the existence of use for a purpose other than agriculture.

Before leaving the question of vegetation and arriving at my conclusions, which of course are that the appeal should be dismissed, I should like to mention a peculiarity of translation in the Act. I do not think it affects the outcome of the case. Nevertheless, I feel I should say a few words about it, though no one has so far mentioned it.

The equivalent of the expression "*laisser le sol sous couverture végétale*" in s. 1(1) and in s. 102 in the English version of the Act is the phrases

autres qu'agricoles. Mais le propriétaire d'un terrain inutilisé et laissé à l'abandon n'a pas de droit d'usage dérogatoire à protéger qui justifierait que ce terrain soit exclu de l'application de la Loi. Il ne lui reste, au moment du décret, qu'un droit de propriété dénudé de tout droit d'usage autre que ceux que la Loi permet.

Quant à l'argument des appelants selon lequel l'absence de couverture végétale indiquerait et sauvegarderait des droits acquis à un usage du lot pour des fins autres que l'agriculture, il ne peut être retenu.

D'abord, l'art. 102 sur lequel ils se fondent ne s'applique pas à une interruption ou à un abandon d'utilisation qui s'est produit avant la date lors de laquelle la Loi est devenue applicable sur un lot.

Au surplus, l'art. 102 réfère au «droit reconnu par l'article 101». Comme le décident les juges Owen et Beauregard, ce texte rend l'art. 102 inapplicable, et rend par conséquent non pertinente la présence ou l'absence de la couverture végétale, à moins que l'on ait déterminé au préalable l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101. Or, comme on l'a vu plus haut, les appelants n'ont pas démontré l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101.

Il ne s'ensuit pas que l'absence de couverture végétale ne soit jamais pertinente quand il s'agit d'appliquer l'art. 101; vu la définition de l'agriculture, une telle absence est susceptible d'indiquer qu'un lot n'est pas utilisé à une fin d'agriculture. Mais, comme j'ai tenté de le démontrer, l'absence d'utilisation à une fin d'agriculture ne démontre pas nécessairement l'existence d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture.

Avant de quitter ce sujet de la couverture végétale et d'arriver à mes conclusions, qui sont évidemment de rejeter le pourvoi, je veux souligner une singularité de traduction dans la Loi. Je ne crois pas qu'elle affecte le sort du litige. Il me paraît néanmoins opportun d'en dire quelques mots quoique personne n'en ait parlé jusqu'ici.

L'expression «laisser le sol sous couverture végétale» du par. 1.1° et de l'art. 102 a été rendue dans la version anglaise de la Loi par l'expression «*leav-*

"leaving land uncropped" in s. 1(1) and "left uncropped" in s. 102. "To leave land uncropped" means "not to cultivate land for the purpose of obtaining a crop from it". This is what happens, for example, when land is left fallow so that it can rest and regenerate, although it may cease to be cultivated for other reasons. Eventually, land that is no longer cultivated will be covered with vegetation.

The presence of the English expression in s. 102 may lead to incongruities. To say that the acquired right recognized by s. 101 terminates because the ground is not cultivated for a year has no meaning in the case of a parking lot covered with asphalt and actually used as a parking lot. It may cease being used and it will gradually revert to vegetation, but it would be inaccurate to describe it as "uncropped", that is, as not being cultivated for the purpose of obtaining a crop from it. If the English expression in s. 102 is taken literally, continued use of the parking lot as such would not preserve the acquired right to continue such exceptional use because the land would not be cultivated for over a year. It is inconceivable that the legislator could have intended such a result.

However, I think this difficulty can be resolved in light of the ordinary meaning of the words and the purpose of the Act.

The English expression "to leave land uncropped" suggests essentially that the land not being cultivated is nevertheless suitable for agriculture.

Uncultivated land will be covered with vegetation more effectively and more quickly to the extent it is suitable for agriculture.

The purpose or object of the Act is to protect and reclaim such land. It must be assumed that, by s. 102, the legislator intended to extend the Commission's jurisdiction to land suitable for agriculture, a property which becomes apparent by the growth of vegetation, as indicated in the French expression.

ing land uncropped» au par. 1.1° et par «*left uncropped*» dans l'art. 102. «*To leave land uncropped*» signifie «ne pas cultiver la terre dans le but d'en obtenir une récolte.» C'est ce qui se produit par exemple lorsque l'on met une terre en jachère afin qu'elle se repose et se regénère, quoique l'on puisse cesser de la cultiver pour d'autres raisons. Éventuellement, la terre que l'on ne cultive plus se couvrira de végétation.

La présence de l'expression anglaise dans l'art. 102 pourrait mener à des incongruités. Dire que le droit acquis reconnu par l'art. 101 s'éteint parce que l'on ne cultive pas le sol pendant un an n'a aucun sens s'il s'agit par exemple d'un terrain de stationnement couvert d'asphalte et effectivement utilisé comme terrain de stationnement. Que l'on renonce à son usage et il reviendra graduellement sous couverture végétale mais il serait inexact de le décrire comme «*uncropped*», c'est-à-dire comme n'étant pas cultivé dans le but d'en obtenir une récolte. Si l'expression anglaise est prise au pied de la lettre dans l'art. 102, l'usage continu du terrain de stationnement en tant que tel ne préserverait pas le droit acquis de continuer cet usage dérogatoire parce que ce terrain ne serait pas cultivé pendant plus d'un an. Il est impensable que le législateur ait voulu un pareil résultat.

Je crois cependant que l'on peut résoudre cette difficulté, compte tenu du sens ordinaire des mots et de l'objet de la Loi.

L'expression anglaise «*to leave land uncropped*» postule essentiellement que la terre que l'on ne cultive pas est néanmoins propre à l'agriculture.

Une terre non cultivée va se couvrir de végétation d'autant mieux et plus vite qu'elle est propre à l'agriculture.

Or le but ou l'objet de la Loi est de protéger et de récupérer de telles terres. On doit présumer que, par l'art. 102, le législateur a voulu étendre la compétence de la Commission aux terres propres à l'agriculture, propriété qui se démontre par la croissance de la végétation, comme l'expression française l'indique.

Accordingly, I believe that "uncropped" and "*sous couverture végétale*" are expressions which both mean "covered by vegetation".

VIII—Conclusions

For the foregoing reasons I would dismiss the appeal.

In its factum the respondent claimed costs.

The Superior Court allowed the appellants' motion without costs, in view of the inconsistent decisions of the Commission on the point at issue, which was submitted to the ordinary courts of law for the first time; and the Court of Appeal allowed the appeal without costs in view of the administrative delays of the Commission which left the appellants with a false sense of security for years.

I would follow the example of the Court of Appeal and the Superior Court and would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: Pierre G. Geoffroy, Sherbrooke.

Solicitor for the respondent: Serge Cardinal, Longueuil.

Je crois donc que «*uncropped*» et «sous couverture végétale» sont des expressions qui signifient toutes les deux «recouvert par la végétation».

VIII—Conclusions

Pour les raisons qui précèdent, je rejetterais le pourvoi.

Dans son mémoire, l'intimée réclame les dépens.

La Cour supérieure a accueilli sans frais la requête des appelants, compte tenu des revirements jurisprudentiels de la Commission à propos de la question en litige qui était soumise pour la première fois aux tribunaux de droit commun; et la Cour d'appel a accueilli l'appel sans frais vu les lenteurs administratives de la Commission qui a laissé les appelants pendant des années dans un sentiment de fausse sécurité.

Je suivrais l'exemple de la Cour d'appel et de la Cour supérieure et c'est sans frais que je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants: Pierre G. Geoffroy, Sherbrooke.

Procureur de l'intimée: Serge Cardinal, Longueuil.

Marcel Gauthier *Appellant*

v.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Respondent*

INDEXED AS: GAUTHIER *v.* QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

File No.: 19620.

1987: May 11; 1989: April 20.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Environmental law — Protection of agricultural land — Acquired rights — Permits authorizing use — Land bought and developed for residential purposes — Subdivision plan for location of street approved by municipal council — Subdivision plan for development filed with Department of Lands and Forests — Part of land located in agricultural zone after adoption of Act to preserve agricultural land — Development work done in part located outside agricultural zone — Whether appellant had acquired rights over lots in his residential development located within agricultural zone — Whether approval of municipal council or filing of subdivision plan, or both, constitutes a permit authorizing use for purpose other than agriculture within meaning of s. 101 of Act — Act to preserve agricultural land, R.S.Q., c. P-41.1, s. 101.

In 1975 the appellant bought a piece of land intending to turn it into a residential development and began the construction of a street and ditches. Two years later the municipal council approved by resolution the plan for subdivision of the land used in constructing a street, and the appellant filed the subdivision plan for the entire development with the Department of Lands and Forests in accordance with art. 2175 *C.C.L.C.* This subdivision plan was accepted by the Department. The appellant proceeded with the development work. He built an electricity and telephone line and a model house. He also sold several lots. When the *Act to preserve agricultural land* came into effect, part of the appellant's land was included in an agricultural zone. This part, which is the subject of the litigation, though subdivided, had not been developed and had not been the subject of any

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Marcel Gauthier *Appelant*

c.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Intimée*

RÉPERTORIÉ: GAUTHIER *c.* QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

N° du greffe: 19620.

1987: 11 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Droits acquis — Permis d'utilisation — Terrain acheté et aménagé pour en faire un développement domiciliaire — Plan de lotissement pour l'emplacement d'une rue approuvé par le conseil municipal — Plan de lotissement du développement déposé au ministère des Terres et Forêts — Partie du terrain située en zone agricole après l'adoption de la Loi sur la protection du territoire agricole — Travaux d'aménagement exécutés dans la partie située à l'extérieur de la zone agricole — L'appelant bénéficie-t-il de droits acquis sur les lots de son développement domiciliaire situés dans la zone agricole? — L'approbation du conseil municipal ou le dépôt du plan de lotissement ou les deux constituent-ils un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101 de la Loi? — Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., chap. 41.1, art. 101.

En 1975, l'appelant achète une terre avec l'intention d'en faire un développement domiciliaire et commence la construction d'une rue et de fossés. Deux ans plus tard, le Conseil municipal approuve par résolution le plan de lotissement du terrain consacré à la construction d'une rue et l'appelant dépose le plan de lotissement du développement entier auprès du ministère des Terres et Forêts conformément à l'art. 2175 *C.c.B.-C.* Ce plan de lotissement est accepté par le Ministère. L'appelant continue les travaux d'aménagement. Il construit une ligne d'électricité et de téléphone de même qu'une maison modèle. Il vend également quelques lots. Au moment où la *Loi sur la protection du territoire agricole* prend effet, une partie de la terre de l'appelant est incluse dans une zone agricole. Cette partie, qui donne lieu au présent litige, bien que lotie, n'a pas été aména-

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

building permit, sale or promise of sale. It was fallow land apart from an earth and gravel street extending the street located in the non-agricultural part of the land.

In order to proceed with his residential development project, the appellant made several requests to the respondent for permission to use his land located in the agricultural zone for purposes other than agriculture and to alienate it. His requests were denied. The appellant then applied to the Superior Court asking it to declare that he had acquired rights over the lots located in the agricultural zone. The Superior Court dismissed the application and the Court of Appeal affirmed the judgment, except as regards the roadbed. The appeal at bar seeks to determine whether the appellant holds acquired rights pursuant to s. 101 of the Act.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellant does not have acquired rights to proceed with his entire residential project, by virtue of either the use made by him of his land or the permit authorizing use which he says he holds.

Section 101 of the *Act to preserve agricultural land* requires not only use for non-agricultural purposes but also that such use must be effective and in progress at the time the Act became applicable to the lot in question. Effective and current use can only be demonstrated by verifiable human intervention that would indicate that the lots are currently being used for a purpose other than agriculture. However, such effective and current use of a lot does not guarantee the existence of acquired rights to non-conforming use of the lot as a whole. The second paragraph of s. 101 limits the acquired rights resulting from use for purposes other than agriculture exclusively to the area of the lot actually used. The concept of the "vocation" of land regarded as a whole is foreign to the Act and cannot be a source of acquired rights. In the case at bar, looking at the appellant's lots as they were at the time the Act came into effect, it can be seen that they were unoccupied land, which, except for the street, was not being used for any apparent purpose and on which no activity was taking place. In fact, the use of the appellant's land appears to be use for agricultural purposes, since the word "agriculture" is defined in s. 1(1) of the Act as being, *inter alia*, "leaving land uncropped".

The approval of his subdivision plan by the municipal council or the filing of this plan with the Department of Lands and Forests, or both, does not constitute a permit authorizing use within the meaning of s. 101. A permit authorizing use within the meaning of that section must

gée et n'a été l'objet d'aucun permis de construction, d'aucune vente ou promesse de vente. Elle est en friche, exception faite d'une rue en terre et gravelle qui prolonge la rue située dans la partie non agricole de la terre.

Pour compléter son projet de développement domiciliaire, l'appelant demande à plusieurs reprises à l'intimée la permission d'utiliser à des fins autres que l'agriculture et d'aliéner ses terrains situés dans la zone agricole. Ses demandes sont rejetées. L'appelant s'adresse alors à la Cour supérieure afin de faire déclarer qu'il bénéficie de droits acquis sur les lots situés dans la zone agricole. La Cour supérieure rejette la requête et la Cour d'appel confirme le jugement, sauf en ce qui concerne l'assiette de la rue. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'appelant est titulaire de droits acquis en vertu de l'art. 101 de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appelant ne possède pas de droits acquis de poursuivre la totalité de son projet domiciliaire en raison de l'utilisation qu'il a faite de sa terre ou en raison d'un permis d'utilisation qu'il prétend détenir.

L'article 101 de la *Loi sur la protection du territoire agricole* exige non seulement une utilisation à des fins non agricoles mais également que cette utilisation soit effective et actualisée au moment où la Loi est devenue applicable au lot en question. Une utilisation effective et actualisée ne peut se manifester que par une intervention humaine vérifiable qui indiquerait que les lots servent actuellement à une fin autre que l'agriculture. Cette utilisation effective et actualisée d'un lot ne garantit toutefois pas l'existence de droits acquis à l'utilisation dérogatoire de l'ensemble du lot. Le second alinéa de l'art. 101 limite les droits acquis découlant d'une utilisation à des fins autres qu'agricoles exclusivement à la superficie du lot effectivement utilisée. Le concept de la «vocation» d'un terrain considéré dans son ensemble est étranger à la Loi et ne peut servir de source de droits acquis. En l'espèce, un examen des lots de l'appelant tels qu'ils étaient à l'époque où la Loi est entrée en vigueur, fait voir des terrains inoccupés, qui, à l'exception de la rue, ne servaient à aucune fin apparente et sur lesquels aucune activité se déroulait. En fait, l'utilisation du terrain de l'appelant paraît être une utilisation à des fins agricoles puisque le mot «agriculture» est défini au par. 1.1° de la Loi comme étant, entre autres choses, «le fait de laisser le sol sous couverture végétale».

L'approbation de son plan de lotissement par le Conseil municipal ou le dépôt de ce plan auprès du ministère des Terres et Forêts ou les deux ne constituent pas un permis d'utilisation au sens de l'art. 101. Un permis d'utilisation au sens de cet article doit (1) être émis par

(1) be issued by a body having public powers; (2) be in effect at the time the provisions of the Act became applicable to the lot; (3) mention a specific use for a purpose other than agriculture; and (4) apply to a given lot or surface area. The approval of the subdivision plan by the council and its filing with the Department do not meet these criteria. Moreover, whereas a permit authorizing use allows the use requested, a "subdivision permit" is only intended to allow the marking out of a new property or identification of a new lot. It does not authorize use.

The respondent did not act in a discriminatory manner contrary to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by denying the appellant's requests to use his land for a purpose other than agriculture. Under s. 12 of the Act, the respondent must take a number of factors into consideration before rendering a decision. It is the diversity of the facts and circumstances it must consider in arriving at each decision which leads the Commission to authorize some applications and deny others.

Cases Cited

Applied: *Veilleux v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839; **disapproved:** *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Lefebvre*, J.E. 84-720 (C.A.), aff'g J.E. 82-1153 (Sup. Ct.); **referred to:** *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, [1984] C.A. 542; *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Meunier*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003428-79, September 18, 1979; *Armand Rémillard Ltée*, C.P.T.A.Q., No. 001743, September 13, 1979; *Sénécal*, C.P.T.A.Q., No. 002464, September 13, 1979; *Déland*, C.P.T.A.Q., No. 000920, July 20, 1979; *Aménagement H.B.M.C. Inc.*, C.P.T.A.Q., No. 002743, October 20, 1979; *Entreprises Village Canadien Inc.*, C.P.T.A.Q., No. 000714, March 26, 1979; *Tremblay*, C.P.T.A.Q., No. 010611, April 24, 1980.

Statutes and Regulations Cited

Act to preserve agricultural land, R.S.Q., c. P-41.1 [formerly S.Q. 1978, c. 10], ss. 1(1), (8) [repl. 1982, c. 40, s. 1(2)], 12, 26, 28, 29 [repl. 1982, c. 40, s. 7], 43, 101.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 6.
Civil Code of Lower Canada, arts. 406, 2175.

une instance qui possède des pouvoirs publics; (2) être en vigueur au moment où les dispositions de la Loi deviennent applicables au lot; (3) mentionner une utilisation spécifique à une fin autre que l'agriculture; et (4) porter sur un lot ou une superficie donnée. L'approbation du plan de lotissement par le Conseil et son dépôt au Ministère ne rencontrent pas ces critères. De plus, alors qu'un permis d'utilisation permet l'usage recherché, le «permis de lotissement» n'a pour objet que de permettre la délimitation d'une nouvelle propriété, ou l'identification d'un nouveau lot. Il ne permet pas d'usage.

L'intimée n'a pas agi d'une façon discriminatoire et contraire à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en refusant les demandes de l'appelant d'utiliser ses terrains à une fin autre que l'agriculture. En vertu de l'art. 12 de la Loi, l'intimée doit prendre de nombreux facteurs en considération avant de rendre une décision. C'est la diversité des faits et des circonstances qu'elle doit considérer en rendant chaque décision qui amène l'intimée à autoriser certaines demandes et à en refuser d'autres.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839; **arrêt critiqué:** *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Lefebvre*, J.E. 84-720 (C.A.), conf. J.E. 82-1153 (C.S.); **arrêts mentionnés:** *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542; *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Meunier*, C.S. Québec, nº 200-05-003428-79, le 18 septembre 1979; *Armand Rémillard Ltée*, C.P.T.A.Q., nº 001743, le 13 septembre 1979; *Sénécal*, C.P.T.A.Q., nº 002464, le 13 septembre 1979; *Déland*, C.P.T.A.Q., nº 000920, le 20 juillet 1979; *Aménagement H.B.M.C. Inc.*, C.P.T.A.Q., nº 002743, 20 octobre 1979; *Entreprises Village Canadien Inc.*, C.P.T.A.Q., nº 000714, 26 mars 1979; *Tremblay*, C.P.T.A.Q., nº 010611, 24 avril 1980.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 6.
Code civil du Bas-Canada, art. 406, 2175.
Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., chap. P-41.1 [auparavant L.Q. 1978, chap. 10], art. 1.1º, 1.8º [rempl. 1982, chap. 40, art. 1.2º], 12, 26, 28, 29 [rempl. 1982, chap. 40, art. 7], 43, 101.

Authors Cited

Audet, Jean-Marc. "Considérations sur la Loi sur la protection du territoire agricole", [1987] R.D.I. 165.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1984.
Glenn, Jane Matthews. "La protection du territoire agricole au Québec" (1980), 11 *R.D.G.* 209.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1985] C.A. 676, affirming in part a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Marcel Gauthier, on his own behalf.

Serge Cardinal, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

Like *Veilleux*, this case raises the question of acquired rights within the meaning of s. 101 of the *Act to preserve agricultural land*, R.S.Q., c. P-41.1 (the Act). The Act prohibits the use for any purpose other than agriculture, the alienation in certain cases and the subdivision of any lot located in a designated agricultural region or an agricultural zone, without the authorization of the Commission de protection du territoire agricole du Québec (the Commission). Section 101 creates an exception to this prohibition. It recognizes acquired rights if a lot was used for a purpose other than agriculture or was under a permit authorizing its use for a purpose other than agriculture when the provisions of the Act were made applicable to that lot.

In the case at bar, a part of the appellant's residential development project is located in an agricultural zone. The appellant argues that he has an acquired right to proceed with his entire project, by virtue of both the use made by him of his land and the permit authorizing use which he says he holds.

II—Facts

In 1975 the appellant bought a piece of land measuring approximately 5,730 by 570 feet,

Doctrine citée

Audet, Jean-Marc. «Considérations sur la Loi sur la protection du territoire agricole», [1987] R.D.I. 165.
Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1984.
Glenn, Jane Matthews. «La protection du territoire agricole au Québec» (1980), 11 *R.D.G.* 209.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 676, qui a confirmé en partie un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Marcel Gauthier, en personne.

Serge Cardinal, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

Cette affaire soulève, tout comme l'affaire *Veilleux*, la question des droits acquis au sens de l'art. 101 de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.R.Q., chap. P-41.1 (la Loi). La Loi prohibe l'utilisation à une fin autre que l'agriculture, l'aliénation dans certains cas et le lotissement de tout lot situé dans une région agricole désignée ou une zone agricole, sans l'autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec (la Commission). L'article 101 apporte une exception à cette prohibition. Il reconnaît les droits acquis si un lot était utilisé à une fin autre que l'agriculture ou faisait l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la Loi sont devenues applicables à ce lot.

En l'espèce, une partie du projet de développement domiciliaire de l'appelant est située en zone agricole. L'appelant soutient qu'il possède le droit acquis de poursuivre la totalité de son projet, tant en raison de l'utilisation qu'il a faite de sa terre qu'en raison du permis d'utilisation qu'il prétend détenir.

II—Les faits

En 1975, l'appelant achète une terre mesurant approximativement 5 730 pieds par 570 pieds, avec

intending to turn it into a residential development. The first 2,170 feet are located in the village of Mont St-Grégoire, while the other 3,560 feet are located in the parish of St-Grégoire-le-Grand, outside the village limits.

The Act took effect on November 9, 1978. Under s. 26, the part of the appellant's land located in the parish of St-Grégoire-le-Grand, that is 3,560 feet by 570 feet, was included in a designated agricultural region. However, as a consequence of Order-in-Council 2597-80 of August 20, 1980, in effect on September 13, 1980, a permanent agricultural zone was created which leaves out 1,000 feet of the appellant's land that was formerly within the designated agricultural region. Accordingly, the first 3,170 feet of the appellant's land are located in a non-agricultural zone and the remaining 2,560 feet in an agricultural zone.

The appellant began the construction of a street and ditches in 1975. In 1977 the municipal council of the parish of St-Grégoire-le-Grand approved by resolution the plan for subdivision of the land used in constructing a street, and the appellant filed the subdivision plan for the entire development with the Department of Lands and Forests in accordance with art. 2175 *C.C.L.C.* This subdivision plan was accepted by the Department. The appellant proceeded with the work of developing his land and built an electricity and telephone line 2,000 feet long. Shortly before November 9, 1978, the date on which the Act came into effect, the appellant built a model house and sold several lots. The model house, the lots sold and the electricity and telephone line are all located in the part of the appellant's land that was to be in a non-agricultural zone.

The remainder of the appellant's land, located in an agricultural zone and the subject of the litigation, though subdivided, had no houses or sewer, water, electricity or telephone service on it, and had not been the subject of any building permit, sale or promise of sale. It was fallow land on November 9, 1978, apart from an earth and gravel street 1,900 feet long extending the street located in the non-agricultural part of the land.

l'intention d'en faire un développement domiciliaire. Les premiers 2 170 pieds sont situés dans le village de Mont St-Grégoire, tandis que les autres 3 560 pieds sont situés dans la paroisse de St-Grégoire-le-Grand, à l'extérieur des limites du village.

La Loi a pris effet le 9 novembre 1978. En vertu de l'art. 26, la partie de la terre de l'appelant qui se trouve dans la paroisse de St-Grégoire-le-Grand, soit 3 560 pieds par 570 pieds, est incluse dans une région agricole désignée. Cependant, par l'effet du décret 2597-80 du 20 août 1980, entré en vigueur le 13 septembre 1980, une zone agricole permanente est créée qui exclut 1 000 pieds de la terre de l'appelant auparavant inclus dans la région agricole désignée. Ainsi donc, les premiers 3 170 pieds de la terre de l'appelant sont situés en zone non agricole tandis que les 2 560 pieds qui restent se trouvent en zone agricole.

Dès 1975, l'appelant a commencé la construction d'une rue et de fossés. En 1977, le Conseil municipal de la paroisse de St-Grégoire-le-Grand approuve par résolution le plan de lotissement du terrain consacré à la construction d'une rue et l'appelant dépose le plan de lotissement du développement entier auprès du ministère des Terres et Forêts conformément à l'art. 2175 *C.c.B.-C.* Ce plan de lotissement est accepté par le Ministère. L'appelant continue le travail d'aménagement de son terrain et construit une ligne d'électricité et de téléphone d'une longueur de 2 000 pieds. Peu de temps avant le 9 novembre 1978, date lors de laquelle la Loi a pris effet, l'appelant construit une maison modèle et vend quelques lots. La maison modèle, les lots vendus et la ligne d'électricité et de téléphone sont tous situés dans la partie de la terre de l'appelant qui allait se trouver en zone non agricole.

Quant au reste de la terre de l'appelant, qui se trouve situé en zone agricole et qui donne lieu au litige, bien que loti, il ne comporte ni maison, ni service d'égouts, d'aqueduc, d'électricité ou de téléphone, il n'a été l'objet d'aucun permis de construction, d'aucune vente ou promesse de vente. Il est en friche le 9 novembre 1978, exception faite d'une rue en terre et gravelle de 1 900 pieds de longueur qui prolonge la rue située dans la partie non agricole de la terre.

III—Procedural History

Between 1979 and 1983, the appellant made several requests to the respondent for permission to use his land for purposes other than agriculture, and to subdivide and alienate it, in order to proceed with his project on the part of the development designated successively as an agricultural region and an agricultural zone. Each of these requests was denied.

The appellant then applied to the Superior Court. His application for declaratory relief on October 21, 1983 contained two conclusions: first, that the Court declare that the appellant had acquired rights over the lots located in the agricultural zone, and second, that the municipality of the parish of St-Grégoire-le-Grand incorporate the location of the street in its town plan and issue building permits for the houses.

The Superior Court dismissed the application on February 21, 1984; this judgment was affirmed by the Court of Appeal on October 22, 1985, except as regards the roadbed.

Hence the appeal.

IV—Relevant Legislation

The relevant provisions of the Act read as follows:

101. A person may, without the authorization of the commission, alienate, subdivide and use for a purpose other than agriculture a lot situated in a designated agricultural region, in a reserved area or in an agricultural zone, to the extent that lot was being used or was already under a permit authorizing its use for a purpose other than agriculture when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

This right exists only in respect of that part of the surface of the lot which was being used for a purpose other than agriculture or for which a permit authorizing use for a purpose other than agriculture had already been issued, when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

26. In a designated agricultural region, no person may use a lot for any purpose other than agriculture without the authorization of the commission.

III—Historique procédural

Entre 1979 et 1983, l'appelant adresse plusieurs demandes à l'intimée pour obtenir la permission d'utiliser à des fins autres que l'agriculture, de lotir et d'aliéner ses terrains dans le but de poursuivre son projet sur la partie du développement désignée successivement région agricole et zone agricole. Chacune de ces demandes est refusée.

L'appelant s'adresse ensuite à la Cour supérieure. Sa requête pour jugement déclaratoire du 21 octobre 1983 comporte deux conclusions: premièrement, qu'il soit déclaré que l'appelant bénéficie de droits acquis sur les lots situés dans la zone agricole et deuxièmement, que la municipalité de la paroisse de St-Grégoire-le-Grand incorpore dans son plan d'urbanisme l'emplacement de la rue et délivre des permis de construction de maisons.

La Cour supérieure rejette la requête le 21 février 1984; ce jugement est confirmé par la Cour d'appel le 22 octobre 1985, sauf en ce qui concerne l'assiette de la rue.

D'où le pourvoi.

IV—Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes de la Loi se lisent comme suit:

101. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot situé dans une région agricole désignée, une aire retenue pour fins de contrôle ou une zone agricole, dans la mesure où ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Ce droit n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à une fin autre que l'agriculture ou pour laquelle un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture avait déjà été délivré lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ce lot.

26. Dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, utiliser un lot à une fin autre que l'agriculture.

28. No person may, except with the authorization of the commission, effect a subdivision in a designated agricultural region.

29. No person may, in a designated agricultural region, except with the authorization of the commission, effect the alienation of a lot while retaining a right of alienation on a contiguous lot or on a lot that would otherwise be contiguous if it were not separated from the first by a public road, a railway, a public utility right of way, or the surface of the lot in respect of which there exists a right recognized in virtue of Division IX.

The surface of a lot in respect of which a right is recognized in virtue of Division IX is not deemed contiguous.

V—Issue

The question is whether, in light of the foregoing facts, the appellant holds acquired rights pursuant to s. 101 of the Act which permit him to use for purposes other than agriculture, alienate and subdivide without the authorization of the Commission the lots located in the agricultural zone.

VI—Decisions of the Courts Below

1. *Decision of the Superior Court*

Forest J. of the Superior Court found that the appellant's application was clearly without foundation in so far as the conclusions sought against the municipality were concerned. These conclusions, which would require the municipality to incorporate the location of the street in its town plan and issue building permits, are inconsistent with an application for declaratory relief. The appellant in any case withdrew these conclusions in the Court of Appeal, where the Commission was the only respondent.

Though the appellant's application was appropriate as regards the existence of acquired rights pursuant to s. 101 of the Act, Forest J. considered that the facts put forward by the appellant could not justify the conclusions sought. To have acquired rights pursuant to s. 101, the appellant must show either the existence of a permit authorizing use or a use for a purpose other than agriculture.

In Forest J.'s opinion, approval of a subdivision plan does not constitute a permit authorizing use

28. Une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, effectuer un lotissement dans une région agricole désignée.

29. Dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, procéder à l'aliénation d'un lot si elle conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu ou qui serait par ailleurs contigu, s'il n'était pas séparé du premier lot par un chemin public, un chemin de fer, une emprise d'utilité publique, ou la superficie d'un lot sur laquelle porte un droit reconnu en vertu de la section IX.

La superficie d'un lot à l'égard de laquelle un droit est reconnu en vertu de la section IX n'est pas réputée contiguë.

V—La question en litige

Il s'agit de décider si, compte tenu des faits exposés plus haut, l'appelant est titulaire de droits acquis en vertu de l'art. 101 de la Loi, droits acquis qui lui permettraient d'utiliser à des fins autres que l'agriculture, d'aliéner et de lotir sans l'autorisation de la Commission les lots situés en zone agricole.

VI—Les décisions des cours d'instance inférieure

1. *Le jugement de la Cour supérieure*

Le juge Forest de la Cour supérieure opine que la requête de l'appelant est manifestement mal fondée en ce qui a trait aux conclusions demandées contre la municipalité. Ces conclusions, qui ordonneraient à la municipalité d'incorporer à son plan d'urbanisme l'emplacement de la rue et de délivrer des permis de construction, sont incompatibles avec une requête pour jugement déclaratoire. Ce sont d'ailleurs des conclusions que l'appelant abandonnera en Cour d'appel où seule la Commission est intimée.

Bien que la requête de l'appelant soit recevable relativement à l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101 de la Loi, le juge Forest est d'avis que les faits établis par l'appelant ne peuvent justifier les conclusions demandées. Pour bénéficier de droits acquis en vertu de l'art. 101, l'appelant doit montrer soit la détention d'un permis d'utilisation soit une utilisation à une fin autre que l'agriculture.

Selon le juge Forest, l'approbation d'un plan de lotissement ne constitue pas un permis d'utilisation

within s. 101 of the Act: [TRANSLATION] "a permit authorizing use allows the use requested but a subdivision permit serves to delimit the property and does not permit use".

Forest J. also did not find any use for a purpose other than agriculture on which the appellant's application could be based. The premises in question were vacant: there had been neither construction nor any sale of land in this part of the development. Ownership and intent do not suffice to establish an acquired right. As to the roadbed, the evidence disclosed that it was never used for the purpose for which it was intended. It was actually a farm road which had never been used for any purposes other than agriculture.

2. *Decision of the Court of Appeal*

The Court of Appeal affirmed the Superior Court judgment, except as regards the roadbed: [1985] C.A. 676.

In the view of Montgomery J.A., the existence of acquired rights is largely a question of fact which is primarily for the trial court. He felt he could not intervene. However, he agreed with Beauregard J.A. as to the roadbed.

Beauregard J.A. shared the view taken by the Superior Court judge. The facts in evidence did not establish either that a permit had been issued to use the lots in question for a specific purpose other than agriculture or that actual use for a purpose other than agriculture had commenced. As to the roadbed, he felt that the appellant had an acquired right to use it as a street (at p. 679):

> [TRANSLATION] The fact remains, however, that the appellant has acquired rights to use the lots making up the roadbed as a street if he wishes to do so, and that the trial judgment should have recognized that he had these acquired rights.

L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, dissenting, held that the facts established by the appellant met the criteria of s. 101 of the Act both with respect to use for a purpose other than agriculture and with respect to a permit authorizing use. She cited at length and adopted the reasoning of

au sens de l'art. 101 de la Loi: «[u]n permis d'utilisation permet l'usage recherché mais le permis de lotissement sert à délimiter la propriété et ne permet pas l'usage».

Le juge Forest ne constate pas non plus d'utilisation à une fin autre que l'agriculture qui puisse fonder la requête de l'appelant. Les lieux en question sont en friche; il n'y a eu ni construction ni vente de terrain dans cette partie du développement. La propriété et l'intention ne suffisent pas pour consacrer un droit acquis. Quant au chemin, la preuve révèle qu'il n'a jamais servi à l'usage auquel il était destiné. Il s'agirait plutôt d'un chemin de ferme qui n'aurait pas servi à des fins autres que l'agriculture.

2. *L'arrêt de la Cour d'appel*

La Cour d'appel confirme la décision de la Cour supérieure, sauf en ce qui concerne l'assiette de la rue: [1985] C.A. 676.

Selon le juge Montgomery, l'existence de droits acquis est en grande partie une question de faits qui relève principalement de la cour de première instance. Il estime ne pas pouvoir intervenir. Toutefois, il donne son accord au juge Beauregard en ce qui a trait à l'assiette de la rue.

Le juge Beauregard partage l'opinion du juge de la Cour supérieure. Les faits en preuve ne démontrent ni l'émission d'un permis d'utiliser les lots en question pour une fin spécifique autre que l'agriculture, ni le commencement réel d'une utilisation à une fin autre qu'agricole. En ce qui concerne l'assiette de la rue, il est d'avis que l'appelant a le droit acquis de l'utiliser en tant que rue (à la p. 679):

> Il reste cependant que l'appelant a des droits acquis à utiliser comme rue, s'il le désire, les lots qui constituent l'assiette de la rue et que le jugement de première instance aurait dû lui reconnaître ces droits acquis.

Le juge L'Heureux-Dubé, alors membre de la Cour d'appel, dissidente, décide que les faits établis par l'appelant rencontrent les critères de l'art. 101 de la Loi tant sur le plan d'une utilisation à une fin autre que l'agriculture que sur celui d'un permis d'utilisation. Elle cite au long et adopte le

Nichols J.A., dissenting, in *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, [1984] C.A. 542. In her view, s. 101 should be broadly interpreted so as to protect the right to peaceful enjoyment and free disposition of property. From this viewpoint, the municipal council's approval of the subdivision plan amounted to a permit for use since that approval gave the appellant's project the "green light".

On the question of use of the land, L'Heureux-Dubé J.A. considered that the work done by the appellant extended to the entire residential development and that, even though there was no physical evidence of such work on the lots located in the agricultural zone, in view of the appellant's objective there was use of the lots as a whole for a purpose other than agriculture within the meaning of the Act. On this point L'Heureux-Dubé J.A. relied on another judgment of Nichols J., then a member of the Superior Court, in *Lefebvre v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, Sup. Ct. Drummond, No. 405-05-000120-824, November 10, 1982 (summarized at J.E. 82-1153), later upheld by the Court of Appeal, C.A. Mtl., No. 500-09-00021-832, August 21, 1984 (summarized at J.E. 84-720).

L'Heureux-Dubé J.A. would have allowed the appeal and would have declared that the appellant had acquired rights over all the lots in his residential development located within the agricultural zone.

VII—Submissions of the Parties

The appellant's argument is in two parts, corresponding to the two possibilities whereby acquired rights may be enjoyed under s. 101. The first relates to use of the land. The appellant argued that, for the purposes of s. 101, the use of his land must be considered in its entirety. The appellant maintained that from this global point of view the facts, and in particular the work done on the part of the development located outside the agricultural zone, establish that the lots in question were used for residential development purposes, and hence for a purpose other than agriculture.

raisonnement du juge Nichols, dissident dans l'affaire *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542. Elle est d'avis que l'on doit interpréter l'art. 101 d'une façon libérale qui protégerait le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens. De ce point de vue, l'approbation par le Conseil municipal du plan de lotissement équivaut à un permis d'utilisation, puisque cette approbation donne le «feu vert» au projet de l'appelant.

Quant à l'utilisation de la terre, le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que les travaux exécutés par l'appelant s'étendent à la totalité du développement domiciliaire et que, même s'il n'y a aucune preuve matérielle de ces travaux sur les lots situés en zone agricole, il y a, compte tenu de la fin poursuivie par l'appelant, une utilisation de l'ensemble des lots à une fin autre que l'agriculture au sens de la Loi. Sur ce point, le juge L'Heureux-Dubé s'inspire d'un autre jugement du juge Nichols, alors membre de la Cour supérieure, rendu dans l'affaire *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, C.S. Drummond, nº 405-05-000120-824, le 10 novembre 1982 (résumé à J.E. 82-1153), plus tard confirmé par la Cour d'appel, C.A. Mtl., nº 500-09-00021-832, le 21 août 1984 (résumé à J.E. 84-720).

Le juge L'Heureux-Dubé aurait accueilli l'appel et aurait déclaré que l'appelant bénéficie de droits acquis sur tous les lots de son développement domiciliaire situés dans la zone agricole.

VII—Moyens invoqués par les parties

L'argumentation de l'appelant comporte deux volets qui correspondent d'ailleurs aux deux possibilités de droits acquis prévues à l'art. 101. Le premier volet a trait à l'utilisation du terrain. L'appelant plaide que, pour les fins de l'art. 101, l'utilisation de son terrain doit être considérée dans son ensemble. L'appelant soutient que de ce point de vue global, il ressort des faits, et plus particulièrement des travaux accomplis sur la partie du développement située à l'extérieur de la zone agricole, que les lots en question étaient utilisés à des fins de développement domiciliaire et donc à une fin autre que l'agriculture.

The second part of the appellant's argument concerns the permit authorizing use he claims to have had before the Act came into effect. At that time a subdivision plan was prepared and the proposed subdivisions for the street location had been approved by the municipal council of the parish of St-Grégoire-le-Grand. The plan was filed with the Department of Lands and Forests pursuant to art. 2175 *C.C.L.C.* and was accepted. No other permit was required at the time in order to undertake a residential development. The appellant maintained that the municipal council's approval or the filing of the subdivision plan, or both, constituted a permit authorizing use for a purpose other than agriculture within the meaning of s. 101.

The appellant also made alternative arguments, which I will say a word about below.

As to the existence of a permit authorizing use, the respondent maintained that the approval of a subdivision plan and its filing with the Department of Lands and Forests do not constitute a permit authorizing use within the meaning of s. 101. The respondent submitted that if approval of the subdivision plan is to be regarded as a permit, then it is a subdivision permit. The respondent adopted the reasoning of Forest J. at first instance: subdivision is simply a cadastral operation which has nothing to do with the eventual use of the subdivided land. The subdivision permit thus cannot be the equivalent of a permit authorizing use required by the Act.

As to the use made by the appellant of his land, the respondent maintained that this use confers acquired rights only over the roadbed built by the appellant. At the time the Act came into effect, the appellant was not using the lots in question for a specific purpose other than agriculture. In the respondent's view, the fact that these lots bordered on a street does not suffice to create acquired rights: the second paragraph of s. 101 of the Act clearly provides that the acquired rights resulting from s. 101 exist only in respect of the surface actually being used, not the property as a whole.

Le deuxième volet de l'argumentation de l'appelant a trait au permis d'utilisation qu'il soutient avoir possédé avant l'entrée en vigueur de la Loi. À cette époque, un plan de lotissement a été préparé et les subdivisions projetées pour l'emplacement de la rue ont été approuvées par le Conseil municipal de la paroisse de St-Grégoire-le-Grand. Le plan a été déposé auprès du ministère des Terres et Forêts conformément à l'art. 2175 *C.c.B.-C.* et il a été accepté. Aucun autre permis n'était alors requis pour la poursuite d'un développement domiciliaire. L'appelant prétend que l'approbation du Conseil municipal ou le dépôt du plan de lotissement, ou les deux, constituent un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101.

L'appelant invoque également des moyens subsidiaires dont je dirai un mot plus loin.

L'intimée soutient, quant à l'existence d'un permis d'utilisation, que l'approbation d'un plan de lotissement et le dépôt de celui-ci au ministère des Terres et Forêts ne constituent pas un permis d'utilisation au sens de l'art. 101. L'intimée qualifie plutôt de permis de lotissement l'approbation du plan de lotissement, si tant est que cette approbation constitue un permis. L'intimée adopte le raisonnement du juge Forest, juge en première instance: le lotissement est simplement une opération cadastrale qui n'a rien à voir avec l'usage éventuel du terrain loti. Le permis de lotissement ne peut donc être l'équivalent d'un permis d'utilisation exigé par la Loi.

Pour ce qui est de l'utilisation que l'appelant a faite de son terrain, l'intimée plaide que cette utilisation ne confère de droits acquis que relativement à l'assiette de la rue construite par l'appelant. À l'époque où la Loi est entrée en vigueur, l'appelant n'utilisait pas les lots en question à une fin spécifique autre que l'agriculture. D'après l'intimée, le fait que ces lots bordent une rue ne suffit pas à créer des droits acquis: le deuxième alinéa de l'art. 101 de la Loi prescrit clairement que les droits acquis découlant de l'art. 101 ne portent que sur la superficie effectivement utilisée et non pas sur l'ensemble de la propriété.

VIII—Analysis

1. *Introduction*

The purpose of a residential development is to prepare land for residential use by other people. In general the intention of the promoter of such a development is to sell his land gradually, lot by lot, instead of using it himself. The developed land is often located on the outskirts of a town or village and was part of the agricultural land in the area before the development project was launched. This situation necessarily gives rise to conflict with the Act, the purpose of which, as its title indicates, is to preserve agricultural land in the province. In her article "La protection du territoire agricole au Québec" (1980), 11 *R.D.G.* 209, at p. 211, Professor Jane Matthews Glenn identifies four problems which led to the adoption of the Act. Among these causes is precisely this process of urbanization and real estate speculation that diverts the development of agricultural land to residential purposes.

As can be seen in three of the cases in the tetralogy to which the case at bar belongs, the conflict between application of the Act and the economic interests of the promoters of residential developments has come before the courts on several occasions in the form of applications for declaratory relief alleging the existence of acquired rights enjoyed by the promoters under s. 101 of the Act.

Unfortunately, these conflicts have given rise to contradictory rulings by the courts. One line of authority, which includes the judgment of the Court of Appeal in *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Lefebvre*, *supra*, [TRANSLATION] "... adopts a broad and liberal position focusing on the use of the land as a whole and treating the right of ownership as paramount ..." (J.-M. Audet, "Considérations sur la Loi sur la protection du territoire agricole", [1987] R.D.I. 165, at p. 177). The other line of authority [TRANSLATION] "... adopts a restrictive interpretation that allows acquired rights to apply only to the part used for purposes other than agriculture". The second viewpoint is that taken by the Court of

VIII—Analyse

1. *Introduction*

L'objet d'un développement domiciliaire est de préparer un terrain pour fins d'utilisation résidentielle par d'autres personnes. En général, l'intention du promoteur d'un tel développement est de vendre son terrain graduellement, lot par lot, au lieu de l'utiliser lui-même. Souvent le terrain développé se situe aux abords d'une ville ou d'un village et faisait partie des terres agricoles de la région avant la mise sur pied du projet de développement. Cette situation engendre nécessairement des conflits avec la Loi qui a pour objectif, comme son titre l'indique, de conserver les territoires agricoles de la province. Dans son article, «La protection du territoire agricole au Québec» (1980), 11 *R.D.G.* 209, à la p. 211, le professeur Jane Matthews Glenn identifie quatre problèmes qui sont à l'origine de l'adoption de la Loi. Parmi ces causes, l'on retrouve précisément l'urbanisation et la spéculation foncière qui détournent le développement des terres agricoles à des fins résidentielles.

Comme en témoignent trois des litiges de la tétralogie dont fait partie la présente affaire, le conflit entre l'application de la Loi et les intérêts économiques des promoteurs de développements domiciliaires s'est manifesté devant les tribunaux à plusieurs reprises sous forme de requêtes pour jugement déclaratoire concluant à l'existence de droits acquis au profit des promoteurs selon les termes de l'art. 101 de la Loi.

Malheureusement, ces conflits ont donné naissance à une jurisprudence contradictoire. Un courant de jurisprudence, dont fait partie l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Lefebvre*, précitée, «... adopte une position libérale et large qui met l'accent sur la vocation de l'ensemble et qui consacre la primauté du droit de propriété ...» (J.-M. Audet, «Considérations sur la Loi sur la protection du territoire agricole», [1987] R.D.I. 165, à la p. 177). L'autre courant de jurisprudence «... adopte une interprétation restrictive qui fait porter les droits acquis uniquement sur la partie utilisée à des fins autres que l'agriculture». Cet autre courant comprend l'arrêt de la Cour d'appel

Appeal in *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, *supra*.

The facts in the case at bar are similar to those in both *Lefebvre* and *Rhéaume*. As in *Lefebvre*, the appellant did a significant amount of work in developing his land before the Act came into effect. As in *Rhéaume*, the appellant had part of his subdivision plan approved by the municipal council. He even filed the plan with the Department of Lands and Forests, a fact not found in *Rhéaume*. The case is thus at the heart of a conflict in the precedents.

2. *Use for a Purpose Other than Agriculture*

The solution to any question of the existence of acquired rights necessarily begins with s. 101, which I cite again:

101. A person may, without the authorization of the commission, alienate, subdivide and use for a purpose other than agriculture a lot situated in a designated agricultural region, in a reserved area or in an agricultural zone, to the extent that lot was being used or was already under a permit authorizing its use for a purpose other than agriculture when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

This right exists only in respect of that part of the surface of the lot which was being used for a purpose other than agriculture or for which a permit authorizing use for a purpose other than agriculture had already been issued, when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

To begin, I shall deal with the first possibility of acquired rights, namely use for a purpose other than agriculture. In *Veilleux v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839, this Court noted that s. 101 requires not only use for non-agricultural purposes but also that such use must be effective and in progress at the time the Act became applicable to the lot in question. However, effective and current use of a lot does not guarantee the existence of acquired rights to non-conforming use of the lot as a whole. Moisan J. succinctly describes the effect of the second paragraph of s. 101 in *Commission de*

dans l'affaire *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, précitée.

Les faits de l'espèce ressemblent à la fois à ceux de l'affaire *Lefebvre* et à ceux de l'affaire *Rhéaume*. Comme dans l'affaire *Lefebvre*, l'appelant a exécuté des travaux importants pour l'aménagement de son terrain avant l'entrée en vigueur de la Loi. Comme dans l'affaire *Rhéaume*, l'appelant a fait approuver une partie de son plan de lotissement par le Conseil municipal. Il a même déposé le plan auprès du ministère des Terres et Forêts, circonstance que l'on ne retrouve pas dans l'affaire *Rhéaume*. Le litige se situe donc au cœur d'un conflit jurisprudentiel.

2. *L'utilisation à une fin autre que l'agriculture*

La solution de toute question d'existence de droits acquis part nécessairement de l'art. 101 que je trouve utile de citer de nouveau:

101. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot situé dans une région agricole désignée, une aire retenue pour fins de contrôle ou une zone agricole, dans la mesure où ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Ce droit n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à une fin autre que l'agriculture ou pour laquelle un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture avait déjà été délivré lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ce lot.

Je traiterai d'abord de la première possibilité de droits acquis, soit l'utilisation à une fin autre que l'agriculture. Dans l'affaire *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839, cette Cour précise que l'art. 101 exige non seulement une utilisation à des fins non agricoles mais également que cette utilisation soit effective et actualisée au moment où la Loi est devenue applicable au lot en question. Toutefois, l'utilisation effective et actualisée d'un lot ne garantit pas l'existence de droits acquis à l'utilisation dérogatoire de l'ensemble du lot. Le juge Moisan décrit succinctement l'effet du deuxième

protection du territoire agricole du Québec v. Meunier, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003428-79, September 18, 1979: [TRANSLATION] "... the right to exploit for other than agricultural purposes is limited strictly to the area already used for a purpose unrelated to agriculture".

Section 101 requires that acquired rights be limited to the part of the surface of the lot allegedly used for purposes other than agriculture or over which a "permit authorizing use" is allegedly held at the time the provisions of the Act became applicable to the lot. This limitation, enacted by the second paragraph of s. 101, is also consistent with the purpose of the Act. In practice, a "lot", defined by the Act in part as "a parcel of land designated by a separate number on the official plan of the cadastre" (s. 1(8)), can be of a considerable area, especially when it is located in the countryside, while the area used for purposes other than agriculture may represent only a small fraction of its total size. As the objective sought by the Act is to protect agricultural land, it is hardly surprising that in choosing between the individual interest in the free disposition of property and the public interest in the preservation of agricultural land, the legislator reserved as large a proportion as possible of the area of land protected by the Act for agriculture.

If these criteria are applied to the facts of the case at bar it can be seen, as was found by the Superior Court and affirmed by the Court of Appeal, that the appellant has not succeeded in showing any use of the lots at issue that might support his claim. Effective and current use can only be demonstrated by verifiable human intervention that would indicate that the lots are currently being used for a purpose other than agriculture. Looking at the appellant's lots as they were at the time the Act came into effect, it can be seen that they were unoccupied land, which, except for the street, was not being used for any apparent purpose and on which no activity was taking place. In fact, as the trial judge observed, the use of the appellant's land appears to be use for agricultural purposes, since the word "agriculture" is defined

alinéa de l'art. 101 dans l'affaire *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Meunier*, C.S. Québec, nº 200-05-003428-79, le 18 septembre 1979: «... le droit d'exploiter à des fins autres qu'agricoles se limite strictement à la superficie qui était déjà utilisée à une fin étrangère à l'agriculture.»

L'article 101 exige que les droits acquis soient limités à la superficie du lot que l'on prétend avoir utilisée à des fins autres que l'agriculture ou sur laquelle on prétend avoir un «permis d'utilisation» à l'époque où les dispositions de la Loi sont devenues applicables au lot. Cette limite, dictée par le second alinéa de l'art. 101, est d'ailleurs conforme à l'objet de la Loi. En pratique, un «lot», que la Loi définit en partie comme «un fonds de terre décrit par un numéro distinct sur le plan officiel du cadastre» (par. 1.8°), peut être d'une superficie considérable, particulièrement s'il est situé en pleine campagne, tandis que la superficie utilisée à des fins autres que l'agriculture ne représente qu'une fraction minime de sa superficie totale. Comme l'objectif visé par la Loi est de protéger les terres agricoles, il n'est guère surprenant qu'en choisissant entre l'intérêt des particuliers à la libre disposition de leur propriété et l'intérêt du public à la préservation du territoire agricole, le législateur ait réservé à l'agriculture la plus grande proportion possible de la superficie des terres protégées par la Loi.

Si l'on applique ces critères aux faits de la présente affaire, on se rend compte, comme l'a décidé la Cour supérieure confirmée par la Cour d'appel, que l'appelant n'a réussi à démontrer aucune utilisation des lots en litige qui puisse justifier sa prétention. Une utilisation effective et actualisée ne peut se manifester que par une intervention humaine vérifiable qui indiquerait que les lots servent actuellement à une fin autre que l'agriculture. Quand on examine les lots de l'appelant tels qu'ils étaient à l'époque où la Loi est entrée en vigueur, on y voit des terrains inoccupés, qui, à l'exception de la rue, ne servaient à aucune fin apparente et sur lesquels aucune activité se déroulait. En fait, comme l'observe le premier juge, l'utilisation du terrain de l'appelant paraît être une utilisation à des fins agricoles puisque le mot

in s. 1(1) of the Act as being, *inter alia*, "leaving land uncropped".

In his factum the appellant emphasized the importance of regarding his development as a whole so as to include the use of the lots located in the agricultural zone. It is true that from this global point of view the appellant clearly intended to turn all of his land into a residential development; but as I indicated above, the appellant's development project, like the majority of residential developments, consists of preparing land to sell it to people who will build houses on it. The appellant never intended to use, and never personally used, his land in a way that was both real and perceptible. I do not think that the intent to sell can be a "use for a purpose other than agriculture".

A brief comment must be made regarding *Lefebvre v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, *supra*. With respect, I feel that the Superior Court judgment in that case, upheld by the Court of Appeal, is in error. In *Lefebvre*, the promoter carried out more or less the same development work as the appellant in the instant case at the time the Act became applicable. The only difference between the two cases is that Mr. Lefebvre had not subdivided his land, as he preferred to sell the lots by metes and bounds. The essence of the reasoning of Nichols J., as he then was, appears from the following passages from his opinion (at pp. 12-13):

[TRANSLATION] Acquired rights must be assessed not only in terms of the extent and significance of the work done by an owner but also in terms of the purpose contemplated.

. . .

The significance of the work taken together with its extent had the effect of changing the vocation of these two lots before the Act to preserve agricultural land came into effect. The fact that some proposed sites or lots were left fallow does not prevent the change of vocation.

«agriculture» est défini au par. 1.1° de la Loi comme étant, entre autres choses, «le fait de laisser le sol sous couverture végétale».

L'appelant insiste dans son mémoire sur l'importance de considérer son développement comme un tout afin de bien comprendre l'utilisation des lots situés dans la zone agricole. Il est vrai que, de ce point de vue global, l'appelant avait manifestement l'intention de faire de tout son terrain un développement domiciliaire. Mais comme je l'ai indiqué plus haut, le projet de développement de l'appelant, comme la majorité des développements domiciliaires, consiste à préparer le terrain afin de le vendre à des personnes qui y construiront une résidence. L'appelant n'a jamais eu l'intention d'utiliser et n'a jamais utilisé personnellement son terrain d'une manière qui soit à la fois réelle et perceptible. Je ne crois pas que l'intention de vendre puisse être une «utilisation à une fin autre que l'agriculture».

Il est nécessaire de commenter brièvement l'arrêt *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, précité. Avec égards, je crois que le jugement de la Cour supérieure dans cette affaire, confirmé par la Cour d'appel, est erroné. Dans l'affaire *Lefebvre*, le promoteur a accompli plus ou moins les mêmes travaux d'aménagement que l'appelant en l'espèce au moment où la Loi est devenue applicable. La seule différence entre les deux affaires est que M. Lefebvre n'a pas loti son terrain, ayant préféré de vendre les lots par tenants et aboutissants. L'essentiel du raisonnement du juge Nichols, alors juge en première instance, ressort des extraits suivants de son opinion (aux pp. 12 et 13):

Les droits acquis s'apprécient non seulement en fonction de l'étendue et de l'importance des travaux qu'un propriétaire exécute mais en fonction aussi de la fin envisagée.

. . .

L'importance des travaux jointe à leur étendue a eu pour effet de changer la vocation de ces deux lots avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la protection du territoire agricole. Le fait que certains emplacements ou lots projetés aient été laissés en friche n'empêche pas le changement de vocation.

It is true that the purpose contemplated by an owner when he has work done is important in applying s. 101 of the Act. However, this importance is linked to the "agricultural or non-agricultural" characterization of the use of the lot. Without use for a purpose other than agriculture, there can be no acquired right under the Act; but even if there were such an effective and current use at the time the Act came into effect, I repeat that the second paragraph of s. 101 limits the acquired rights resulting from this use exclusively to the area of the lot actually used. The wording of s. 101 is clear: only use for a purpose other than agriculture confers acquired rights. The concept of the "vocation" of land regarded as a whole is foreign to the Act and cannot be a source of acquired rights.

The respondent made the following arguments on these points in its factum:

[TRANSLATION] If there is such a thing as residential (or commercial, industrial, institutional and so on) use, there is no such thing as "residential development" use. A residential development is only the sum total of areas of land individually used for residential purposes (and incidental purposes such as roads providing access to those residences) and constitutes a whole only in the promoter's mind. For acquired rights to residential use to exist, it must be shown, under the second paragraph of s. 101, that each of the subdivided lots or the unsubdivided residual part of the lot was individually used for residential purposes.

. . .

. . . in the instant case, to find that acquired rights exist not only would the Court have to find that the intent to build suffices to create such a right, but it would also have to consider the intent of unknown third parties whose interest is not yet manifest, as the appellant's intent here is to sell to a third party who will presumably have the intent, formed after the Act, to build.

In my view, these arguments are correct.

3. *Permit Authorizing Use for a Purpose Other than Agriculture*

The second argument raised by the appellant to justify the existence of acquired rights under the Act is the "permit authorizing use for a purpose other than agriculture". Here again, the criteria

La fin envisagée par un propriétaire lorsqu'il fait exécuter des travaux a son importance, il est vrai, pour l'application de l'art. 101 de la Loi. Cependant, cette importance est reliée à la qualification «agricole ou non agricole» de l'utilisation du lot. Sans une utilisation à une fin autre que l'agriculture, il ne peut exister aucun droit acquis en vertu de la Loi. Mais même s'il existait une telle utilisation effective et actualisée lors de l'entrée en vigueur de la Loi, le second alinéa de l'art. 101, je le répète, limite les droits acquis découlant de cette utilisation exclusivement à la superficie du lot effectivement utilisée. Le libellé de l'art. 101 est clair: seule une utilisation à une fin autre que l'agriculture confère des droits acquis. Le concept de la «vocation» d'un terrain considéré dans son ensemble est étranger à la Loi et ne peut servir de source de droits acquis.

Sur ces questions, l'intimée invoque les arguments suivants dans son mémoire:

S'il existe telle chose qu'un usage résidentiel (ou commercial, industriel, institutionnel, etc.), il n'existe pas telle chose qu'un usage «développement domiciliaire». Un développement domiciliaire n'est que l'addition de superficies individuellement utilisées à des fins résidentielles (et accessoires comme les chemins donnant accès à ces résidences) et ne constitue un tout que dans l'intention du promoteur. Pour la détermination des droits acquis à un usage résidentiel, il faut, à la lumière du second paragraphe de l'article 101, voir si chacun des lots subdivisés ou la partie résiduelle du lot non subdivisé était individuellement utilisée à des fins résidentielles.

. . .

. . . dans notre cas, pour conclure à droits acquis, non seulement faudrait-il reconnaître que l'intention de construire suffit à créer ce droit mais il faudrait considérer l'intention de tiers inconnus et dont l'intérêt n'est pas encore formé car l'intention de l'appelant est ici de vendre à un tiers qui aurait présumément l'intention, formée après la Loi, de se bâtir.

À mon avis, ces arguments sont bien fondés.

3. *Permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture*

Le second moyen soulevé par l'appelant pour justifier l'existence de droits acquis sous la Loi est le «permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture». Là encore, les critères auxquels on doit

that must be met are derived from s. 101. Louis A. Cormier and Louis-V. Sylvestre find that there are four: (1) the permit must be issued by a body having public powers; (2) the permit must be in effect at the time the provisions of the Act became applicable to the lot; (3) the permit must mention a specific use for a purpose other than agriculture; (4) the permit must apply to a given lot or surface area (Cormier and Sylvestre, *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements* (1984), at p. 802). Cormier and Sylvestre's analysis seems correct to me: from the standpoint of the existence of acquired rights under s. 101, the permit authorizing use is equivalent to actual use; a permit for use which is specific as to the use and the area to which it applies is the equivalent of effective and current use for a purpose other than agriculture.

The appellant maintained that the approval of his subdivision plan by the municipal council or the filing of this plan with the Department of Lands and Forests, or both, constituted a permit authorizing use within the meaning of s. 101.

The resolution of the municipal council on February 7, 1977 approving the appellant's subdivision plan reads as follows:

[TRANSLATION] It is unanimously resolved that the municipal council of the parish of St-Grégoire-le-Grand approves the subdivision plan for part of lots 184, 185 and 186 in the cadastre of the parish of St-Grégoire-le-Grand, subdivisions having Nos. 184-3, 185-1, 186-1 and 186-2, on plan No. 3205-3 prepared by Messrs. Madore & Madore, surveyors.

Adopted.

The subdivisions mentioned in the text of the resolution are for the street alone. However, even if the resolution referred to all the lots in question, such approval would not meet the requirements of the Act: there is no mention of specific use for a purpose other than agriculture.

The same is true of the filing of a subdivision plan with the Department of Lands and Forests (now the ministère de l'Énergie et des Ressources). Article 2175 *C.C.L.C.* read as follows at the time the appellant filed his subdivision plan:

satisfaire ressortent de l'art. 101. Louis A. Cormier et Louis-V. Sylvestre en voient quatre: (1) le permis doit être émis par une instance qui possède des pouvoirs publics; (2) le permis doit être en vigueur au moment où les dispositions de la Loi deviennent applicables au lot; (3) le permis doit mentionner une utilisation spécifique à une fin autre que l'agriculture; (4) le permis doit porter sur un lot ou une superficie donnée (Cormier et Sylvestre, *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements* (1984), à la p. 802). L'analyse de Cormier et Sylvestre me semble juste: du point de vue de l'existence de droits acquis en vertu de l'art. 101, en effet, le permis d'utilisation équivaut à l'utilisation de fait; un permis d'utilisation spécifique quant à l'utilisation et la superficie sur laquelle il porte est l'équivalent d'une utilisation effective et actualisée à une fin autre que l'agriculture.

L'appelant soutient que l'approbation de son plan de lotissement par le Conseil municipal ou le dépôt de ce plan auprès du ministère des Terres et Forêts ou les deux constituent un permis d'utilisation au sens de l'art. 101.

La résolution du Conseil municipal du 7 février 1977 qui approuve le plan de lotissement de l'appelant se lit comme suit:

Il est unanimement résolu, que le Conseil municipal de la Paroisse de St-Grégoire-le-Grand approuve le plan de subdivision d'une partie des lots 184, 185 et 186, du cadastre de la Paroisse de St-Grégoire-le-Grand, subdivisions portant les numéros 184-3, 185-1, 186-1, 186-2, selon le plan No. 3205-3 préparé par MM. Madore & Madore, arpenteurs-géomètres.

Adoptée.

Les subdivisions mentionnées dans le texte de la résolution ne représentent que la rue. Cependant, même si la résolution référait à tous les lots en question, cette approbation ne rencontrerait pas les exigences de la Loi: il n'y a aucune mention d'utilisation spécifique à une fin autre que l'agriculture.

Il en va de même pour le dépôt du plan de lotissement auprès du ministère des Terres et Forêts (maintenant le ministère de l'Énergie et des Ressources). L'article 2175 *C.c.B.-C.* se lisait comme suit à l'époque où l'appelant a déposé son plan de lotissement:

2175. Whenever the owner of a property designated upon the plan or book of reference subdivides the same into town or village lots, he must deposit in the office of the Minister of Lands and Forests a plan and book of reference certified by himself, with particular numbers and designations, so as to distinguish them from the original lots; and if the Minister of Lands and Forests finds that such particular plan and book of reference are correct, he transmits a copy certified by himself to the registrar of the division, and to the clerk or the secretary-treasurer of the municipality within the limits of which is situated the subdivided property.

This provision indicates that the filing of a subdivision plan does not constitute a permit authorizing use. It is only a formal procedure serving to certify the description of a piece of land. If the Minister finds that the plan is correct, he must certify it; he has no power to authorize or prohibit the use of this land for any purpose.

As did L'Heureux-Dubé J.A., the appellant suggested that the absence of a definition of the term "permit authorizing use" in the Act creates an ambiguity. As there is no definition of the term "permit authorizing use", it falls to the court to determine the meaning of the term. In the appellant's submission, the Act affects the rights of individuals and the court should give the expression a broad interpretation which would respect the property rights enunciated and protected by art. 406 *C.C.L.C.* and s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The appellant referred to the dissenting opinion of Nichols J.A. in *Rhéaume*, *supra*, followed by L'Heureux-Dubé J.A. in the instant case. Nichols J.A., seeking to resolve the ambiguity of the term "permit authorizing use" so as to respect individual rights, held that the approval of a "proposed plan" for a subdivision was the equivalent of a "permit authorizing use" for purposes of a residential development:

[TRANSLATION] In this regard approval of the proposed subdivision plan by the town council ... gave the green light to the respondent to proceed with his residential development project. In this sense it can be said that the approval was for him a permit authorizing use. In the ordinary sense of the word, a "permit" ("*permis*") is a written official authorization (*Petit Robert*, 1981 edition). Approval by resolution corresponds to this definition.

(*Rhéaume*, *supra*, at p. 545.)

2175. Lorsqu'un propriétaire subdivise en lots de ville ou de village un terrain marqué aux plan et livre de renvoi, il est tenu d'en déposer, au bureau du ministre des terres et forêts, un plan et livre de renvoi, par lui certifiés, avec des numéros et désignations particulières de manière à les distinguer des lots primitifs; et si ces plan et livre de renvoi particuliers sont trouvés corrects par le ministre des terres et forêts il en transmet copie par lui certifiée au registrateur de la division et au greffier ou au secrétaire-trésorier de la municipalité dans les limites de laquelle est situé le terrain subdivisé.

Il ressort de ce texte que le dépôt d'un plan de lotissement ne constitue pas un permis d'utilisation. Ce n'est qu'une procédure formelle qui sert à certifier la description d'une terre. Si le ministre trouve que le plan est correct, il doit le certifier; il n'a aucun pouvoir d'autoriser ou de prohiber l'utilisation de cette terre pour quelque fin que ce soit.

À l'instar du juge L'Heureux-Dubé, l'appelant suggère que l'absence de définition du terme «permis d'utilisation» dans la Loi crée une ambiguïté. Comme il n'existe aucune définition de l'expression «permis d'utilisation», il revient au tribunal de découvrir la signification de ce terme. Selon l'appelant, la Loi affecte les droits des individus et le tribunal doit interpréter cette expression d'une façon libérale, susceptible de respecter les droits de propriété édictés et protégés par l'art. 406 *C.c.B.-C.* et l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12. L'appelant réfère à l'opinion dissidente du juge Nichols dans l'affaire *Rhéaume*, précitée, opinion que le juge L'Heureux-Dubé adopte dans la présente affaire. Le juge Nichols, qui cherchait à résoudre l'ambiguïté du terme «permis d'utilisation» de façon à respecter les droits des individus, décide que l'approbation d'un «plan projet» de lotissement est l'équivalent d'un «permis d'utilisation» à des fins d'un développement domiciliaire:

Dans cette optique l'approbation du plan projet de lotissement par le conseil de ville [...] donnait le feu vert à l'intimé de poursuivre son projet de développement domiciliaire. Dans ce sens, on peut dire que cette approbation constituait pour lui un permis d'utilisation. Un «permis», selon le sens ordinaire des mots, est une autorisation officielle écrite (*Petit Robert*, édition 1981). L'approbation par voie de résolution répond à cette définition.

(*Rhéaume*, précité, à la p. 545.)

However, the nature of a permit is such that it authorizes what is otherwise prohibited by law. The development of land for residential purposes was not prohibited before the Act came into effect. Accordingly, there could be no permits authorizing use for residential development purposes.

In using the term "permit authorizing use", the legislator did not intend to create a hitherto unknown type of permit. In *Rhéaume*, Mayrand J.A. explained the use of the term "permit authorizing use" (at p. 547):

> [TRANSLATION] Whether the permit authorizing use is issued under a provincial or federal statute or under a regulation adopted pursuant to a statute, s. 101 of the *Act to preserve agricultural land* had to use a general expression covering the various permits required to use land for a specific purpose. [Emphasis added.]

I concur in the opinion of Mayrand J.A. I see nothing in the wording of s. 101 of the Act that can justify an interpretation of the phrase "permit authorizing use" according to which the approval of a subdivision plan by a municipal council would constitute a permit authorizing use. It is true that at the time the Act came into effect, no "permit authorizing use" existed which could be issued by the municipality. There was nothing at that time prohibiting the appellant's residential development and so he needed no permit. It is also true that at that time approval of the subdvision plan for the laying of the street by the municipal council gave the appellant's project the "green light". However, this "green light" does not meet the criteria of a permit authorizing use within the meaning of s. 101 of the Act, and cannot confer any acquired right to non-conforming use by the appellant. It is well-settled law that the mere absence of a prohibition in the past creates no acquired rights in respect of legislation subsequently enacted.

Further, on the question of the permit authorizing use, the following arguments of the respondent seem to me to be relevant and valid:

Cependant, il est de la nature d'un permis d'autoriser ce qui est autrement prohibé par la loi. Avant l'entrée en vigueur de la Loi, le développement de la terre pour des fins domiciliaires n'était pas prohibé. Par conséquent, il ne pouvait exister de permis d'utilisation à des fins de développement domiciliaire.

Le législateur ne voulait pas, en employant le terme «permis d'utilisation», créer une espèce de permis jusque-là inconnue. Dans l'affaire *Rhéaume*, le juge Mayrand explique l'emploi du terme «permis d'utilisation» (à la p. 547):

> Peu importe que le permis d'utilisation soit accordé en vertu d'une loi provinciale ou fédérale, ou en vertu d'un règlement adopté conformément à une loi, l'article 101 de la *Loi sur la protection du territoire agricole* devait employer une expression générale couvrant les différents permis requis pour utiliser un terrain à une fin précise. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec l'opinion du juge Mayrand. Je ne vois rien dans le libellé de l'art. 101 de la Loi qui puisse justifier une interprétation de l'expression «permis d'utilisation» selon laquelle l'approbation par un Conseil municipal d'un plan de lotissement constituerait un permis d'utilisation. Il est vrai qu'à l'époque où la Loi est entrée en vigueur, il n'existait aucun «permis d'utilisation» susceptible d'être accordé par la municipalité. En effet, rien ne prohibait le développement domiciliaire de l'appelant à cette époque-là et il n'avait donc pas besoin de permis. Il est également vrai qu'à cette époque, l'approbation du plan de lotissement en ce qui a trait à l'emplacement de la rue par le Conseil municipal donnait le «feu vert» au projet de l'appelant. Cependant, ce «feu vert» ne rencontre pas les critères d'un permis d'utilisation au sens de l'art. 101 de la Loi, et ne peut conférer aucun droit acquis à une utilisation dérogatoire par l'appelant. Il est unanimement reconnu que la seule absence de prohibition dans le passé ne crée pas de droits acquis à l'encontre d'une loi promulguée par la suite.

Au surplus, sur la question de permis d'utilisation, les arguments suivants de l'intimée me paraissent pertinents et bien fondés:

[TRANSLATION] Whereas a permit authorizing use allows the use requested, such as a building permit which allows the construction of a residence in accordance with given standards, a subdivision permit is only intended to allow the marking out of a new property or identification of a new lot and does not authorize use.

It only allows an owner to divide his land into one or more parcels provided the proposed lots meet the standards dealing with area, location and so on . . .

. . . this distinction between subdivision and use (and so between a subdivision permit and a permit authorizing use) follows from the Act itself, which deals with the two ideas separately throughout.

Accordingly, the act of subdivision and that of using for purposes other than agriculture are two legal facts covered by two separate prohibitions, in ss. 28 and 26.

Subdivision and use are two distinct acts that a person may perform under s. 101 if he meets the criterion regarding use or a permit authorizing use.

. . .

Under s. 101 use which has become non-conforming gives the right to subdivide, not the reverse.

4. *Discrimination*

As an alternative argument, the appellant accused the respondent Commission with acting in a discriminatory manner contrary to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not rendering a decision favorable to his application for authorization based on s. 43 of the Act, in light of its decisions in *Armand Rémillard Ltée* (a decision of September 13, 1979, case No. 001743); *Sénécal* (a decision of September 13, 1979, case No. 002464); *Déland* (a decision of July 20, 1979, case No. 000920); *Aménagement H.B.M.C. Inc.* (a decision of October 20, 1979, case No. 002743); *Entreprises Village Canadien Inc.* (a decision of March 26, 1979, case No. 000714); and *Tremblay* (a decision of April 24, 1980, case No. 010611).

The fact that the respondent Commission rendered different decisions in different cases is not proof of discrimination. Under s. 12 of the Act, the Commission must take a number of factors into consideration before rendering its decision.

Alors qu'un permis d'utilisation permet l'usage recherché, tel un permis de construction qui permet la construction d'une résidence respectant les normes prescrites, le permis de lotissement n'a pour objet que de permettre la délimitation d'une nouvelle propriété, ou l'identification d'un nouveau lot et ne permet pas d'usage.

Il ne permet à un propriétaire que de diviser sa terre en une ou plusieurs parcelles en autant que les lots projetés rencontrent les normes relatives à la superficie, la localisation, etc . . .

. . . cette distinction entre le lotissement et l'utilisation (et donc, par voie de conséquence, entre le permis de lotissement et le permis d'utilisation) s'infère de la Loi elle-même, qui traite partout des deux notions de façon distincte.

Ainsi, le fait de lotir et le fait d'utiliser à d'autres fins que l'agriculture sont deux faits juridiques régis par deux interdictions distinctes, aux articles 28 et 26.

Le lotissement et l'utilisation sont deux actes distincts qu'une personne peut poser, aux termes de l'article 101, si elle satisfait au critère préalable concernant l'usage ou le permis d'usage.

. . .

Aux termes de l'article 101, c'est l'usage devenu dérogatoire qui donne droit de lotir: et pas l'inverse.

4. *Discrimination*

Comme moyen subsidiaire, l'appelant reproche à la Commission intimée d'avoir agi d'une façon discriminatoire et contraire à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ne rendant pas une décision favorable à sa demande d'autorisation fondée sur l'art. 43 de la Loi, vu ses décisions dans les causes *Armand Rémillard Ltée* (décision du 13 septembre 1979, dossier nº 001743), *Sénécal* (décision du 13 septembre 1979, dossier nº 002464), *Déland* (décision du 20 juillet 1979, dossier nº 000920), *Aménagement H.B.M.C. Inc.* (décision du 20 octobre 1979, dossier nº 002743), *Entreprises Village Canadien Inc.* (décision du 26 mars 1979, dossier nº 000714) et *Tremblay* (décision du 24 avril 1980, dossier nº 010611).

Le fait que la Commission intimée ait rendu des décisions différentes dans des cas différents ne fait pas preuve de la discrimination. En vertu de l'art. 12 de la Loi, la Commission doit prendre de nombreux facteurs en considération avant de rendre sa décision.

12. In rendering a decision or giving its advice on a matter referred to it, the commission shall particularly take into consideration the biophysical conditions of the soil and of the environment, the possible uses of the lot for agricultural purposes and the economic consequences thereof, and the repercussions that the granting of the application would have on the preservation of agricultural land in the municipality and the region, and on the homogeneity of the farming community and farming operations.

It is the diversity of the facts and circumstances it must consider in arriving at each decision which leads the Commission to authorize some applications and deny others. The appellant did not show that the right to equality enshrined in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has been infringed.

5. *Conclusion*

It is true that if the appellant has no acquired rights to use, alienate and subdivide his land without the authorization of the Commission, and the Commission has already refused such authorization, the lots in question will lose much of their value.

This effect of the Act may seem unfair, especially when the promoter perfectly legally invested large sums of money and time in his project. Nevertheless, the legislator felt it necessary, in order to attain the object of the Act, to enact a general prohibition against the use for purposes other than agriculture, the alienation and the subdivision of any lot located in an agricultural zone without the Commission's authorization. While protecting acquired rights in accordance with relatively traditional criteria such as a non-conforming use or permit, limited it is true to part of the surface area of the lot, the legislator also left consideration of any proposed non-conforming use to a specialized tribunal, the Commission, that would have the task of assessing the effects of any proposed non-conforming use on agricultural land in the province. The courts, like the individual, must respect the will of the legislator. It is not their function to temper the rigour of the Act.

12. Pour rendre une décision ou émettre un avis dans une affaire qui lui est soumise, la commission prend en considération notamment les conditions biophysiques du sol et du milieu, les possibilités d'utilisation du lot à des fins d'agriculture et les conséquences économiques qui découlent de ces possibilités, l'effet d'accorder la demande sur la préservation du sol agricole dans la municipalité et la région ainsi que l'homogénéité de la communauté et de l'exploitation agricoles.

C'est la diversité des faits et des circonstances qu'elle doit considérer en rendant chaque décision qui amène la Commission à autoriser certaines demandes et à en refuser d'autres. L'appelant n'a pas démontré que le droit à l'égalité consacré à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé.

5. *Conclusion*

Il est vrai que, ne bénéficiant pas de droits acquis à utiliser, aliéner et lotir son terrain sans l'autorisation de la Commission, autorisation que la Commission a déjà refusée, les lots en question perdent une grande partie de leur valeur.

Cet effet de la Loi peut paraître injuste, particulièrement lorsque le promoteur a, de façon parfaitement licite, investi des fonds considérables et du temps dans son projet. Néanmoins, le législateur a cru nécessaire, pour atteindre l'objectif de la Loi, d'édicter une prohibition générale contre l'utilisation à des fins autres que l'agriculture, l'aliénation et le lotissement de tout lot situé dans une zone agricole sans l'autorisation de la Commission. Tout en protégeant les droits acquis suivant des critères relativement traditionnels, tels celui de l'usage ou du permis dérogatoire, limités il est vrai à une partie de la superficie du lot, le législateur a en outre laissé l'examen de toute utilisation dérogatoire proposée à un tribunal spécialisé, la Commission, tribunal qui aurait la tâche d'évaluer les effets de toute utilisation dérogatoire proposée sur les terres agricoles de la province. Les tribunaux, tout comme le citoyen, doivent respecter la volonté du législateur. Il n'est pas de leur ressort d'adoucir les rigueurs de la Loi.

IX—Conclusion

The respondent did not claim costs in this Court. I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed.

Marcel Gauthier, on his own behalf.

Solicitors for the respondent: Cardinal, Landry, Longueuil.

IX—Conclusion

L'intimée ne réclame pas ses dépens en cette Cour. Je rejetterais le pourvoi sans frais.

Pourvoi rejeté.

Marcel Gauthier, pour son propre compte.

Procureurs de l'intimée: Cardinal, Landry, Longueuil.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Appellant*

v.

Daniel-Joseph Venne *Respondent*

and

Honourable Minister of Agriculture and the Attorney General of Quebec, representing Her Majesty the Queen in right of Quebec *Mis en cause*

and

City of St-Hubert *Mis en cause*

and

Winzen Land Corporation Ltd. *Mis en cause*

INDEXED AS: VENNE *v.* QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

File No.: 19689.

1987: May 11, 12; 1989: April 20.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Environmental law — Protection of agricultural territory — Application of law — Acquired rights — Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full — Lots included in designated agricultural region after sale but before ownership of lots transferred to buyer — Whether seller can alienate lots without authorization of Commission de protection du territoire agricole — Whether clause reserving ownership is suspensive condition retroactive to date of contract of sale — Whether buyer has "acquired right" to conveyance of ownership — Whether statute retroactive because it affects agreements concluded before it took effect — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(3), 29, 101 — Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

Civil law — Obligations — Sale — Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full — Whether seller's obligation to convey ownership of lots once price paid conditional obligation or

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Commission de protection du territoire agricole du Québec *Appelante*

c.

Daniel-Joseph Venne *Intimé*

et

L'honorable ministre de l'Agriculture et le procureur général du Québec représentant Sa Majesté La Reine du chef du Québec *Mis en cause*

et

Ville de St-Hubert *Mise en cause*

et

Winzen Land Corporation Ltd. *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: VENNE *c.* QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE)

N° du greffe: 19689.

1987: 11, 12 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de l'environnement — Protection du territoire agricole — Application de la loi — Droits acquis — Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente — Lots inclus dans une région agricole désignée après la vente mais avant que la propriété des lots ne soit transférée à l'acheteur — Le vendeur peut-il aliéner les lots sans la permission de la Commission de protection du territoire agricole? — La clause de réserve de propriété constitue-t-elle une condition suspensive qui rétroagit au jour du contrat de vente? — L'acheteur a-t-il un «droit acquis» au transfert de la propriété? — Une loi a-t-elle une portée rétroactive parce qu'elle affecte des conventions conclues avant qu'elle prenne effet? — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.3°, 29, 101 — Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

Droit civil — Obligations — Vente — Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente — L'obligation du vendeur de transférer la propriété des lots une fois le

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

obligation with term — Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

On May 14, 1977, respondent bought two subdivided lots from Winzen, a commercial corporation specializing in the purchase and sale of real estate for residential development, and signed a standard sale contract. Under this agreement, respondent undertook to pay the purchase price in 84 monthly instalments. Winzen, for its part, retained ownership of the two lots and only undertook to transfer the right of ownership thereof after the monthly payments had been made in full. At the time the *Act to preserve agricultural land* took effect on November 9, 1978, Winzen had not yet transferred the right of ownership to respondent because the selling price had not yet been fully paid. As the Act, and in particular ss. 26 to 30, presented an obstacle to proceeding with the residential development, Winzen applied to the Commission de protection du territoire agricole to exclude from the designated agricultural region all the land bought by it, and alternatively, it asked for authorization to alienate the lots already sold but to which it still retained the right of ownership. Its requests were denied.

Without the Commission's authorization, Winzen transferred the right of ownership in two lots to respondent by notarial deeds on March 25, 1982, after the latter had prepaid the balance of the selling price. Respondent then applied to the Superior Court for declaratory relief declaring him to be owner of two lots he claims to have bought from Winzen by an agreement signed before the Act came into effect. The Superior Court allowed the application and the judgment was affirmed by the Court of Appeal.

The appeal at bar raises two issues: (1) is the obligation imposed on Winzen by the standard contract to convey ownership of the lots when the selling price has been paid in full a suspensive conditional obligation retroactive to May 14, 1977, when the Act had not yet taken effect? and (2), if the standard contract did not create a suspensive conditional obligation, are the rights Winzen and respondent conferred on each other before the Act took effect "acquired rights" to which the Act cannot be applied?

Held: The appeal should be allowed.

The standard contract did not create a suspensive conditional obligation and accordingly the retroactivity mentioned in art. 1085 does not apply. The "condition" referred to in arts. 1079 *et seq. C.C.L.C.* is "an event future and uncertain", extrinsic to the legal relationship, on which the existence of an obligation depends. The

prix payé est-elle une obligation conditionnelle ou une obligation à terme? — Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

Le 14 mai 1977, l'intimé achète de Winzen, une société commerciale spécialisée dans l'achat et la vente de propriétés immobilières pour fins de développement résidentiel, deux lots subdivisés et signe un contrat de vente type. En vertu de cette convention, l'intimé s'engage à payer le prix d'achat en 84 mensualités. De son côté, Winzen conserve la propriété de ces deux lots et ne s'engage à en transférer la propriété qu'après paiement complet des mensualités. Au moment où la *Loi sur la protection du territoire agricole* prend effet, le 9 novembre 1978, Winzen n'a pas encore effectué le transfert de propriété à l'intimé parce que le prix de vente n'a pas encore été complètement acquitté. Comme la Loi, et particulièrement ses art. 26 à 30, font obstacle à la poursuite du développement domiciliaire, Winzen demande à la Commission de protection du territoire agricole d'exclure de la région agricole désignée toutes les terres qu'elle a achetées et, subsidiairement, l'autorisation d'aliéner les lots déjà vendus mais dont elle conserve toujours la propriété. Ses demandes sont refusées.

Sans l'autorisation de la Commission, Winzen transfère la propriété des deux lots à l'intimé par actes notariés en date du 25 mars 1982, après que celui-ci eut payé par anticipation le reliquat du prix de vente. L'intimé présente alors en Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire pour se faire déclarer propriétaire de deux lots qu'il prétend avoir achetés de Winzen par convention signée avant que la Loi ne prenne effet. La Cour supérieure accueille la requête et le jugement est confirmé par la Cour d'appel.

Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) l'obligation imposée à Winzen par le contrat-type de transférer la propriété des lots après le paiement complet du prix de vente est-elle une obligation conditionnelle suspensive qui rétroagit au 14 mai 1977 alors que la Loi n'avait pas encore pris effet? et (2), si le contrat-type n'a pas créé d'obligation conditionnelle suspensive, les droits que Winzen et l'intimé se sont mutuellement accordés avant que la Loi ne prenne effet sont-ils des «droits acquis» auxquels la Loi ne peut s'appliquer?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le contrat-type n'a pas créé d'obligation conditionnelle suspensive et par conséquent la rétroactivité prévue par l'art. 1085 ne s'applique pas. La «condition» dont il est question aux art. 1079 et suiv. *C.c.B.-C.* est «un événement futur et incertain», extrinsèque au rapport de droit, dont dépend l'existence d'une obligation. Le paie-

payment of the price by respondent does not fall in this category: he was obligated to pay the price, just as Winzen was obligated to convey the immoveable property, within a certain time. The obligations on either side were obligations with a term (arts. 1089 *et seq.* *C.C.L.C.*), not conditional obligations. They existed once the standard contract had been signed, even though their performance was in abeyance. In any synallagmatic contract performance of its obligations by one of the parties depends on performance by the other, but that does not make the obligations conditional within the meaning of the *Civil Code*. The rule of the correlativity of obligations means that adopting the contrary position would transform into conditional obligations with retroactive effect deferred obligations resulting from synallagmatic contracts.

The rights conferred by the standard contract are not "acquired rights" that fall outside the scope of the Act. Division IX of the Act, and in particular s. 101, defines all the acquired rights which can be set up against application of the Act. Other rules developed by the courts accordingly cannot have the effect of conferring acquired rights other than those specified by the Act or of conferring them in a way not contemplated by the Act. The presumption that vested rights cannot be affected is only a rule of construction and, by adopting the provisions of Division IX of the Act, the legislator intended to override this rule of construction and replace it with a complete and exhaustive code of the rules applicable to the matter.

In the case at bar, the acquired right claimed by respondent is not a right mentioned in s. 101. That section protects only the right to dispose of a lot, but not that of obtaining the ownership of it. Moreover, respondent does not meet the conditions listed in s. 101. The lots bought were never used for other than agricultural purposes and he never obtained a building or any other permit which could be described as a "permit authorizing use". Nor can respondent benefit from acquired rights through Winzen. The acts listed by Winzen, and in particular the subdivision of lots, taken separately or as a whole, do not constitute effective use of the lots for a purpose other than agriculture. On the contrary, the use of the two lots by Winzen or respondent appears to be use for agricultural purposes, since the legislative definition of the word "agriculture" includes fallow land.

Finally, the fact of giving the Act an interpretation which affects the performance of agreements concluded before the Act took effect does not amount to making it retroactive. The Act, and especially s. 29, applies to all

ment du prix par l'intimé ne tombe pas dans cette catégorie: il était obligé de payer le prix, tout comme Winzen était obligée de transférer l'immeuble, dans un certain délai. Les obligations de part et d'autre étaient des obligations à terme (art. 1089 et suiv. *C.c.B-C.*) et non des obligations conditionnelles. Elles ont existé dès la signature du contrat-type, même si leur exécution était suspendue. Dans tout contrat synallagmatique l'exécution de ses obligations par l'une des parties dépend de l'exécution par l'autre des siennes, mais cela ne rend pas les obligations conditionnelles au sens du *Code civil*. Adopter la position contraire, ce serait, à cause du principe de la corrélativité des obligations, transformer en obligations conditionnelles avec effet rétroactif des obligations à exécution différée résultant des contrats synallagmatiques.

Les droits conférés par le contrat-type ne constituent pas des «droits acquis» qui échappent à l'application de la Loi. La section IX de la Loi, et particulièrement l'art. 101, définissent la totalité des droits acquis qui peuvent être invoqués à l'encontre de l'application de cette loi. Les autres normes d'origine jurisprudentielle ne sauraient par conséquent avoir pour effet de conférer d'autres droits acquis que ceux qui sont prévus par la Loi ou de les conférer autrement que la Loi ne le prévoit. La présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis n'est qu'une règle d'interprétation et, en adoptant les dispositions de la section IX de la Loi, le législateur a écarté cette règle d'interprétation pour la remplacer par un code complet et exhaustif des règles applicables en la matière.

En l'espèce, le droit acquis réclamé par l'intimé n'est pas un droit visé par l'art. 101. Cet article ne protège que le droit de se départir d'un lot mais non pas celui de se le faire transférer. De plus, l'intimé ne remplit pas les conditions énumérées à l'art. 101. Les lots achetés n'ont jamais été utilisés à des fins autres qu'agricoles et il n'a jamais obtenu de permis de construction ou tout autre permis pouvant être désigné de «permis d'utilisation». L'intimé ne bénéficie pas non plus de droits acquis par l'intermédiaire de Winzen. Les faits énumérés par Winzen, et en particulier le lotissement des lots, considérés séparément ou dans leur ensemble, ne constitue pas une utilisation effective des lots à une fin autre que l'agriculture. Au contraire, l'utilisation des deux lots par Winzen ou l'intimé paraît être une utilisation à des fins agricoles puisque la définition législative du terme «agriculture» comprend les terres en friche.

Finalement, le fait de donner à la Loi une interprétation qui affecte l'exécution de conventions conclues avant que la Loi ne prenne effet n'équivaut pas à la rendre rétroactive. La Loi, et particulièrement son art.

alienations occurring after it took effect on November 9, 1978. The definition of the word "alienation" in s. 1(3) refers to "any conveyance of property", and not to prior agreements by which the parties may have undertaken to make such a conveyance. The notarial deeds of March 25, 1982 are according to their express language conveyances of property and they are subsequent to the date on which the Act took effect. Section 29 of the Act must therefore be applied to them even though the agreements which led to these deeds were made before the date on which the Act took effect. The notarial deeds concluded by respondent and Winzen are voidable under s. 30 of the Act.

Cases Cited

Applied: *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; **distinguished:** *Dulac v. Nadeau*, [1953] 1 S.C.R. 164; **disapproved:** *Lefebvre v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 82-1153 (Sup. Ct.), aff'd J.E. 84-720 (C.A.); **referred to:** *Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839; *Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 859; *Lebel v. Winzen Land Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 918, rev'g C.A. Mtl., No. 500-09-001549-823, November 11, 1985; *Winzen Land Corp.*, C.P.T.A.Q., No. 010345, September 21, 1979; *Winzen Land Corp. v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1981] C.A. 383, aff'g Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-004153-803, February 16, 1981; *Chateau-Gai Wines Ltd. v. Institut National des Appellations d'Origine des Vins et Eaux-de-Vie*, [1975] 1 S.C.R. 190; *Commander Nickel Copper Mines Ltd. v. Zulapa Mining Corp.*, [1975] C.A. 390; *Ouellet v. Procureur général du Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-000747-803, July 11, 1980; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47.

Statutes and Regulations Cited

Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10 [now R.S.Q., c. P-41.1], ss. 1(1), (3), 12, 18, 22 to 30, 55, 70, 72, 82, 98, 101, 116, 117.

Civil Code of Lower Canada, arts. 1023, 1079, 1085, 1089, 1476, 1478.

Authors Cited

Ghestin, Jacques. "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété", D.1981.Chron.I.

Mazeaud, Henri et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, 7e éd. Paris: Montchrestien, 1985.

29, s'applique à toutes les aliénations qui se sont produites après qu'elle a pris effet le 9 novembre 1978. La définition du mot «aliénation» au par. 1.3° réfère à «tout acte translatif de propriété» et non pas aux conventions antérieures par lesquelles les parties peuvent s'être engagées à passer un tel acte. Les actes notariés du 25 mars 1982 sont, suivant leurs termes exprès, des actes translatifs de propriété et ils sont subséquents à la date à laquelle la Loi a pris effet. On doit donc leur appliquer l'art. 29 de la Loi même si les conventions qui sont à l'origine de ces actes sont antérieures à la date à laquelle la Loi a pris effet. Les actes notariés conclus par l'intimé et Winzen sont annulables en vertu de l'art. 30 de la Loi.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; **distinction d'avec l'arrêt:** *Dulac c. Nadeau*, [1953] 1 R.C.S. 164; **arrêt critiqué:** *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 82-1153 (C.S.), conf. J.E. 84-720 (C.A.); **arrêts mentionnés:** *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839; *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 859; *Lebel c. Winzen Land Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 918, inf. C.A. Mtl., nº 500-09-001549-823, le 11 novembre 1985; *Winzen Land Corp.*, C.P.T.A.Q., nº 010345, le 21 septembre 1979; *Winzen Land Corp. c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1981] C.A. 383, conf. C.S. Mtl., nº 500-05-004153-803, le 16 février 1981; *Chateau-Gai Wines Ltd. c. Institut National des Appellations d'Origine des Vins et Eaux-de-Vie*, [1975] 1 R.C.S. 190; *Commander Nickel Copper Mines Ltd. c. Zulapa Mining Corp.*, [1975] C.A. 390; *Ouellet c. Procureur général du Québec*, C.S. Québec, nº 200-05-000747-803, le 11 juillet 1980; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1023, 1079, 1085, 1089, 1476, 1478.

Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10 [maintenant L.R.Q., chap. P-41.1], art. 1.1°, 3°, 12, 18, 22 à 30, 55, 70, 72, 82, 98, 101, 116, 117.

Doctrine citée

Ghestin, Jacques. «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété», D.1981.Chron.I.

Mazeaud, Henri et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, 7e éd. Paris: Montchrestien, 1985.

Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1985] C.A. 703, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Gérard Beaupré, Q.C., and *Louis Bouchart-d'Orval*, for the appellant.

Jean Bruneau, Q.C., for the respondent.

Michel Delorme, for the mis en cause the city of St-Hubert.

Robert Dulude, Q.C., for the mis en cause Winzen Land Corp.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

This is an application for declaratory relief. In it respondent Daniel-Joseph Venne is asking the Court to declare that he is owner of two lots he claims to have bought from the mis en cause Winzen Land Corporation Ltd. (Winzen) by an agreement signed before the *Act to preserve agricultural land*, S.Q. 1978, c. 10 (the Act), came into effect. Initially, the application also asked the Quebec Superior Court to recognize respondent's right to use the two lots for purposes other than agriculture. At the hearing of the application in the Superior Court, however, respondent verbally withdrew this latter request.

The appeal deals in part with the provisions of the Act considered by the Court in *Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839, and *Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 859, judgment in which was rendered at the same time as the case at bar. It also concerns a matter of pure civil law, namely the legal effects of the agreements signed by the parties in the instant case.

Finally, mention should be made of the connection between this appeal and *Lebel v. Winzen Land Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 918, in which the appellant sought authorization to institute a class action on

Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 703, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Gérard Beaupré, c.r., et *Louis Bouchart-d'Orval*, pour l'appelante.

Jean Bruneau, c.r., pour l'intimé.

Michel Delorme, pour la mise en cause la ville de St-Hubert.

Robert Dulude, c.r., pour la mise en cause Winzen Land Corp.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

Il s'agit d'une requête pour jugement déclaratoire. L'intimé, Daniel-Joseph Venne, y cherche à se faire déclarer propriétaire de deux lots qu'il prétend avoir achetés de la mise en cause Winzen Land Corporation Ltd. (Winzen) par convention signée avant que ne prenne effet la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1978, chap. 10 (la Loi). Initialement, la requête demandait aussi à la Cour supérieure du Québec de reconnaître à l'intimé le droit d'utiliser les deux lots à des fins autres que l'agriculture. Cependant, lors de l'audition de la requête en Cour supérieure, l'intimé a retiré verbalement cette dernière demande.

Le pourvoi porte en partie sur des dispositions de la Loi que la Cour considère dans les affaires *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839, et *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 859, et où jugement est rendu en même temps que dans la présente affaire. Il porte en outre sur un sujet de pur droit civil, à savoir les effets juridiques des conventions signées par les parties en l'espèce.

Signalons enfin la connexité de ce pourvoi avec l'affaire *Lebel c. Winzen Land Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 918, où l'on demande l'autorisation d'intenter un recours collectif au nom de personnes qui

behalf of people who had concluded with Winzen agreements identical to those at issue in the case at bar, agreements involving lots located in the same designated agricultural region.

Although judgment was rendered on the same day in these four appeals, it should be mentioned for the reader's convenience that the reasons for judgment were written in the following order: *Veilleux*, *Gauthier*, the case at bar and *Lebel*.

II—Facts

The facts are complex but for the most part they are not in dispute. They have led to a number of other proceedings, in particular before the Commission de protection du territoire agricole du Québec (the Commission).

Winzen is a commercial corporation specializing in the purchase and sale of real estate for residential development. In 1974 and 1975 Winzen bought original lots 1 to 4 and 222 to 227 of the cadastre of the parish of Ste-Famille de Boucherville, now located in the city of St-Hubert, the mis en cause. Winzen then obtained approval for a subdivision plan subdividing the original lots for residential development. At the time the St-Hubert zoning by law required the lots bought by Winzen to be zoned "RX" (deferred residential). This type of zoning does not allow the land to be used for residential purposes but reserves it for these purposes in the indefinite future. The use proposed by Winzen therefore would have required a new zoning by-law to be adopted.

Before the city of St-Hubert amended its zoning by-law to allow such a use, Winzen began selling the subdivided lots to people interested in acquiring residential property or making an investment. At the time these sales were made, the land was not the subject of any use for residential development.

On May 14, 1977, respondent bought from Winzen two lots numbered 224-260 and 2-78 and signed a document titled "Contract for Deed".

ont conclu avec Winzen des conventions identiques à celles dont il est question en l'espèce, conventions qui portent sur des lots situés dans la même région agricole désignée.

Quoique jugement soit rendu le même jour dans ces quatre pourvois, précisons, pour la commodité du lecteur, que les motifs de jugement ont été rédigés dans l'ordre suivant: l'affaire *Veilleux*, l'affaire *Gauthier*, la présente affaire et l'affaire *Lebel*.

II—Les faits

Les faits sont complexes mais, pour la plupart, ils ne sont pas en litige. Ils ont donné lieu à de nombreuses autres procédures, notamment devant la Commission de protection du territoire agricole du Québec (la Commission).

Winzen est une société commerciale spécialisée dans l'achat et la vente de propriétés immobilières pour fins de développement résidentiel. En 1974 et 1975, Winzen achète les lots originaires 1 à 4 et 222 à 227 du cadastre de la paroisse de Ste-Famille de Boucherville, maintenant situés dans la ville de St-Hubert, mise en cause. Winzen obtient ensuite l'approbation d'un plan de lotissement qui subdivise les lots originaires pour fins de développement résidentiel. À cette époque, le règlement de zonage de la ville de St-Hubert prescrit que les lots achetés par Winzen sont zonés «RX» (résidentiel différé). Ce type de zonage ne permet pas l'utilisation de ces terres à des fins de développement résidentiel mais les réserve à ces fins dans un avenir indéterminé. L'utilisation projetée par Winzen aurait donc nécessité l'adoption d'un nouveau règlement de zonage.

Avant que la ville de St-Hubert ait modifié son règlement de zonage afin de permettre une telle utilisation, Winzen commence à vendre les lots subdivisés à des personnes intéressées à l'acquisition de propriétés résidentielles ou à faire un investissement. À l'époque où ces ventes sont conclues, ces terrains ne font l'objet d'aucune utilisation à des fins de développement résidentiel.

Le 14 mai 1977, l'intimé achète de Winzen deux lots numérotés 224-260 et 2-78 et signe un document intitulé «*Contract for Deed*». En vertu de

Under this agreement respondent undertook to pay a total of $7,926 in 84 consecutive monthly payments of $106, commencing on May 1, 1977. Winzen, for its part, retained ownership of the two lots and only undertook to deliver possession and to transfer the right of ownership thereof after the monthly payments had been made in full.

Several clauses of this agreement need to be cited. It begins on the first page with the following provisions:

CONTRACT FOR DEED

. . .

WINZEN LAND CORPORATION LIMITED, As Vendor, agrees to sell to:

PURCHASER'S NAME: Daniel Joseph Venne . . .

and said Purchaser agrees to buy from the said Vendor the below listed lands . . .

The agreement then gives the numbers and sizes of the lots, the total price of each lot and the total price of the two lots payable in 84 monthly instalments of $106. The parties' rights and obligations are set out in detail on the reverse:

The Parties agree that the said sale shall be on the following terms:

1. (a) The Vendor will convey to the Purchaser a marketable title to the above-mentioned lot(s), in accordance with the laws of the Province of Quebec.

(b) This Contract for Deed shall not be registered until payment in full has been made of the Total Purchase Price.

(c) Upon payment in full of the above Total Purchase Price, the Purchaser may enter into possession of the above-mentioned lot(s). Within sixty days after such payment in full, the Purchaser shall be entitled to obtain from the Vendor a Deed of Sale which shall be executed before the Vendor's notary at the Vendor's expense up to which time title to the said property shall remain vested in the Vendor.

2. The Purchaser binds and obliges himself to pay the balance in equal and consecutive monthly payments as shown above ... The Purchaser shall have the right to prepay the balance of the

cette convention, l'intimé s'engage à payer un total de 7 926 $ en 84 paiements mensuels consécutifs de 106 $ à compter du 1er mai 1977. De son côté, Winzen conserve la propriété de ces deux lots et ne s'engage à en livrer la possession et à en transférer la propriété qu'après paiement complet des mensualités.

Il importe de citer plusieurs clauses de cette convention. Elle débute au recto par les dispositions suivantes:

[TRADUCTION]

CONTRACT FOR DEED

. . .

La venderesse WINZEN LAND CORPORATION LIMITED convient de vendre à:

NOM DE L'ACQUÉREUR: Daniel Joseph Venne [. . .]

et ledit acquéreur convient d'acheter de ladite venderesse les lopins de terre ci-après désignés . . .

Suivent les numéros et les dimensions des lots, le prix global de chaque lot, le prix global des deux lots payables en 84 mensualités de 106 $. Les droits et obligations des parties sont énoncés en détail au verso:

[TRADUCTION] Les Parties conviennent que ladite vente sera faite aux conditions suivantes:

1. a) La venderesse cédera à l'acquéreur un titre de qualité marchande sur le(s) lopin(s) de terre ci-dessus désigné(s), conformément aux lois de la province de Québec.

b) Le présent *Contract for Deed* ne sera pas enregistré avant le paiement de la totalité du prix de vente à la venderesse.

c) Une fois payée la totalité du prix de vente ci-dessus mentionné, l'acquéreur pourra prendre possession du (des) lopin(s) de terre ci-dessus désigné(s). Dans les soixante jours qui suivront le paiement au complet du prix, l'acquéreur aura le droit d'obtenir de la venderesse un acte de vente qui sera signé devant le notaire de la venderesse, au frais de celle-ci, et la propriété dudit immeuble restera à la venderesse jusqu'à la signature de l'acte de vente.

2. L'acquéreur s'engage à payer le solde du prix de vente en versements mensuels égaux et consécutifs du montant ci-dessus mentionné. [. . .]

Total Purchase Price, in part or in whole, without penalty.

. . .

4. The parties do hereby agree that for a period of three years from the date hereof, should the Purchaser wish to sell the land herein, or any part thereof, then the Vendor shall be given the first right of refusal on any sale by the Purchaser. This shall be done by written notice from the Purchaser to the Vendor, setting out the terms on which the Purchaser is prepared to sell and the Vendor shall then be given 5 banking days from the receipt of such notice to accept such terms. Should the Vendor not accept these terms within the said time then the Purchaser may sell the lands on these terms to any other Purchaser. The intent of this paragraph is to give the Vendor first opportunity to purchase any or all of this land on terms acceptable to any other Purchaser.

5. This contract and the rights and interest hereunder are transferable by the Purchaser without the written consent of the Vendor, provided that the Purchaser informs the Vendor in writing of such transfer and provided that the Purchaser shall not be in default under the terms of this Contract, and provided further that the transferee shall in writing assume all obligations of this Agreement and the Purchaser shall continue to remain liable therefor until all the obligations on his part to be performed herein shall have been completed.

. . .

8. All rights and remedies of the Vendor may be exercised cumulatively.

. . .

13. Should the Purchaser fail to make any payments required under the terms of this agreement, and should such failure continue for a period of 60 days thereafter, then the Vendor shall terminate all of the Purchaser's rights hereunder by Notice of Default. The Purchaser agrees upon such termination to forfeit to the Vendor as liquidated damages all payments made hereunder and all right, title, and interest of the Purchaser in and to the subject property (together with appurtenances and improvements, if any) and forthwith to surrender to the Vendor peaceable possession of the property.

L'acquéreur aura le droit de payer le solde du prix de vente en totalité ou en partie sans pénalité.

. . .

4. Les parties conviennent que si, dans un délai de trois ans à compter de la date des présentes, l'acquéreur veut vendre en totalité ou en partie l'immeuble ci-dessus désigné, il accordera à la venderesse le droit de première offre sur toute vente. L'acquéreur le fera en donnant à la venderesse un avis écrit des conditions auxquelles l'acquéreur consent à vendre et la venderesse aura 5 jours d'activité bancaire à compter de la réception de cet avis pour accepter ces conditions. Si la venderesse n'accepte pas ces conditions dans ce délai, l'acquéreur pourra alors vendre l'immeuble à ces conditions à un autre acquéreur. L'objet du présent alinéa est de permettre à la venderesse d'acquérir la première la totalité ou une partie de l'immeuble ci-dessus aux conditions auxquelles un tiers est disposé à s'en porter acquéreur.

5. La présente convention et les droits et intérêts qu'elle confère sont cessibles par l'acquéreur sans le consentement écrit de la venderesse pourvu que l'acquéreur avise par écrit la venderesse de cette cession, qu'il ne soit pas en défaut à l'égard des obligations contractées aux présentes et pourvu, en outre, que le cessionnaire assume par écrit toutes les obligations de la présente convention et que l'acquéreur continue d'être tenu, jusqu'à l'exécution complète de toutes les obligations qu'il a souscrites en vertu des présentes.

. . .

8. La vendresse pourra exercer tous les droits et tous les recours de façon cumulative.

. . .

13. Si l'acquéreur omet de faire l'un des versements requis en vertu des présentes pendant 60 jours ou plus, la venderesse révoquera tous les droits conférés à l'acquéreur en vertu des présentes par avis de défaut. En cas de telle révocation, l'acquéreur consent à abandonner à la venderesse, à titre de dommages-intérêts conventionnels, tous les versements faits en vertu des présentes et tous les droits, titres et intérêts qu'il peut avoir dans l'immeuble (ses accessoires et ses améliorations, le cas échéant) et à remettre immédiatement à la venderesse la possession paisible de l'immeuble.

14. In the event the Vendor unwilfully defaults in respect of its obligations hereunder, then the Vendor, at its option, shall either cure each such default within 60 days of being required by the Purchaser by written notice so to do or the Vendor shall repay to the Purchaser any monies paid hereunder for each lot where the default has not been cured, and the Vendor shall upon such repayment be relieved from any further obligations and/or liabilities hereunder as it relates to the lot for which repayment has been made. The Purchaser shall, but at the Vendor's expense, execute any documents in order to assist the Vendor in giving effect to this paragraph.

14. Si la venderesse est involontairement en défaut à l'égard des obligations contractées aux présentes, elle pourra, à son choix, soit remédier à ce défaut dans le délai de 60 jours après avoir été sommée par écrit par l'acquéreur de le faire, soit rembourser à l'acquéreur toutes les sommes versées en vertu des présentes pour chacun des lopins pour lequel il n'a pas été remédié au défaut. Une fois effectué ce remboursement, la venderesse sera libérée de toute autre obligation ou responsabilité découlant des présentes à l'égard du lopin pour lequel il y aura eu remboursement. L'acquéreur signera, aux frais de la venderesse, tout document nécessaire pour permettre à la venderesse de mettre à exécution le présent alinéa.

It should also be noted that the "Contract for Deed" signed by respondent is a standard form contract signed by persons purchasing Winzen land in the St-Hubert area. It is identical to the contract at issue in *Lebel v. Winzen Land Corp*, *supra*. Only the names of the parties, the description of the lots purchased, the price and the terms of payment had to be added.

Il importe également de noter que le «*Contract for Deed*» signé par l'intimé est un contrat-type signé par ceux qui ont acheté des terres de Winzen dans la région de la ville de St-Hubert. Il est identique aux contrats dont il est question dans l'affaire *Lebel c. Winzen Land Corp.*, précitée. Seuls le nom des parties, la désignation des lots achetés, le prix et les modalités de paiement devaient y être ajoutés.

The Act took effect on November 9, 1978. It prohibits use of a lot for a purpose other than agriculture (s. 26) and subdivision (s. 28) in a designated agricultural region or agricultural zone (s. 55), except with authorization from the Commission. Section 29 prohibits the alienation of a lot by a person reserving a right of alienation over a contiguous lot:

29. No person may, in a designated agricultural region, except with the authorization of the commission, effect the alienation of a lot while retaining a right of alienation on a contiguous lot or on a lot that would otherwise be contiguous if it were not separated from the first by a public road.

The alienation of one or several contiguous lots or of lots which would be contiguous if they were not separated by a public road shall not be made in favour of more than one person, except with the authorization of the commission.

The surface of a lot in respect of which a right is recognized in virtue of Division IX is not deemed contiguous.

La Loi a pris effet le 9 novembre 1978. La Loi interdit dans une région agricole désignée ou en zone agricole (art. 55), sauf sur autorisation de la Commission, l'utilisation d'un lot à une fin autre que l'agriculture (art. 26), ainsi que le lotissement (art. 28). L'article 29 prohibe l'aliénation d'un lot par une personne qui conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu:

29. Dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, procéder à l'aliénation d'un lot si elle conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu ou qui serait par ailleurs contigu, s'il n'était pas séparé du premier lot par un chemin public.

L'aliénation d'un ou plusieurs lots contigus ou qui le seraient s'ils n'étaient pas séparés par un chemin public ne peut être faite à plus d'une personne sans l'autorisation de la commission.

La superficie d'un lot à l'égard de laquelle un droit est reconnu en vertu de la section IX n'est pas réputée contiguë.

Alienation is defined in s. 1 of the Act:

L'aliénation est définie à l'art. 1 de la Loi:

1. In this Act, unless the context requires otherwise,

. . .

(3) "alienation" means any conveyance of property, including sale with a right of redemption, emphyteutic lease, alienation for rent, transfer of a right contemplated in section 3 of the Mining Act (1965, 1st session, chapter 34) and transfer of timber limits under the Lands and Forests Act (Revised Statutes, 1964, chapter 92), except . . . .

There then follow three exceptions that do not apply here.

The penalty associated with these prohibitions is contained in part in ss. 30 and 82:

30. Subdivision or alienation made in contravention to section 28 or 29 may be annulled.

Any interested person, including the Procureur général, the commission or the municipal corporation where the lot is situated may apply to the Superior Court to have such nullity declared.

82. The Superior Court may order the cancellation of all rights, privileges and hypothecs created or resulting from any deed in contravention of sections 26 to 29, 55 and 70.

At the time the Act took effect, Winzen had sold 1,883 lots but had only transferred the right of ownership by registered deed for 850 of these. That left 1,033 bought by some 600 purchasers to whom Winzen had not yet transferred the right of ownership, because the selling price had not yet been fully paid. At that time, respondent was one of these 600 purchasers. Winzen also transferred a number of lots to the municipality to be used in the laying of streets and the eventual provision of parks. Winzen still had 426 lots for sale.

As the Act, and in particular ss. 26 to 30, presented an obstacle to proceeding with the residential development, Winzen applied to the Commission on July 13, 1979. It asked the Commission to exclude from the designated agricultural region all the land bought by it in the St-Hubert area, and alternatively, it asked for authorization to alienate the lots already sold but in which it still retained the right of ownership. The Commission dismissed the two requests because most of the land in question is used for agricultural purposes,

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

. . .

3° «aliénation»: tout acte translatif de propriété, y compris la vente à réméré et le bail emphytéotique, le bail à rente, le transfert d'un droit visé à l'article 3 de la Loi des mines (1965, 1ère session, chapitre 34), le transfert d'une concession forestière en vertu de la Loi des terres et forêts (Statuts refondus, 1964, chapitre 92) sauf: . . .

Suivent trois exceptions non pertinentes en l'espèce.

La sanction des prohibitions se trouve en partie aux art. 30 et 82:

30. Un lotissement ou une aliénation fait en contravention des articles 28 ou 29 est annulable.

Tout intéressé, dont le procureur général, la commission ou la corporation municipale où le lot est situé, peut s'adresser à la Cour supérieure pour faire prononcer cette nullité.

82. La Cour supérieure peut ordonner la radiation de tous droits, privilèges et hypothèques qui sont créés ou qui découlent de tout acte fait en contravention des articles 26 à 29, 55 et 70.

Au moment où la Loi prend effet, Winzen a vendu 1 883 lots mais n'a transféré la propriété par acte enregistré que pour 850 d'entre eux. Il en reste 1 033 acquis par quelque 600 acheteurs auxquels Winzen n'a pas encore effectué de transfert parce que le prix de vente n'est pas complètement acquitté. À ce moment-là, l'intimé est l'un de ces 600 acheteurs. Winzen a aussi cédé un certain nombre de lots à la municipalité pour l'emprise des rues à construire ainsi que pour y aménager éventuellement des parcs. Et il reste à Winzen 426 terrains à vendre.

Comme la Loi, et particulièrement ses art. 26 à 30, font obstacle à la poursuite du développement domiciliaire, Winzen s'adresse à la Commission le 13 juillet 1979. Elle lui demande d'exclure de la région agricole désignée toutes les terres qu'elle a achetées dans la région de la ville de St-Hubert et, subsidiairement, elle demande l'autorisation d'aliéner les lots déjà vendus mais dont elle conserve toujours la propriété. La Commission rejette les deux demandes parce que la plupart des terres en question sont utilisées à des fins agricoles, parce

because it is well suited to such purposes and because the city of St-Hubert did not need it to accommodate its population: *Winzen Land Corp.*, C.P.T.A.Q., No. 010345, September 21, 1979.

The following is part of the Commission's reasons:

[TRANSLATION] In the Commission's opinion what counts is that on all this land or these lots there is currently no street, building, development or move towards development, on ground which is well suited for agriculture, and the greater part of which is currently in fact being used for agricultural purposes. Even if it were not, its high agricultural potential would allow it to be reclaimed.

. . .

This part of the evidence disclosed that water and sewage services could not be provided to all the lots covered by the application without changes to the existing infrastructure; and even then there is no guarantee that these services would not place an additional burden on the filtration plant of the municipality of Longueuil, which is already overloaded. According to the evidence, the changes to the system to serve these lots are currently estimated to cost some $15,000,000.

Finally, the town planner for the city of St-Hubert, forecasting continued annual population increases of 4 to 6 percent, gave the Commission a projection of the municipality's requirements for development purposes until 1996. He testified that the reserved area in the provisional plan left the municipality 3,600 acres of undeveloped land south of Boulevard Laurier, where he said development should be undertaken in the next twenty years. His development assumption of 4 percent per annum would require 3,400 acres by 1996. Even on the optimistic assumption of 6 percent per annum, with the same density of five housing units per acre, he testified that for the next ten years there was ample land in the reserved area.

. . .

Finally, applicant reduced its claim at the hearing simply to authorization from the Commission to confer the registered titles for 1,033 lots which were the subject of the promises for sale, and also to alienate the remaining 426 lots. In the Commission's opinion acceding to such a request would simply be to depart from the language of ss. 29 and 31 of the Act unnecessarily without giving the purchasers any right or excluding them from the effect of the provisions of s. 26 of the Act. The position would have been the same after an

qu'elles sont excellentes à ces fins et parce que la ville de St-Hubert n'en a pas besoin pour son expansion démographique: *Winzen Land Corp.*, C.P.T.A.Q., nº 010345, le 21 septembre 1979.

Voici une partie des motifs de la Commission:

L'essentiel pour la Commission est qu'aujourd'hui, il n'existe sur tout cet ensemble de terrains ou de lots aucune rue, aucune construction, aucun développement ou commencement de développement, sur des sols excellents pour l'agriculture, et que la très grande majorité de ceux-ci sont actuellement effectivement exploités à des fins d'agriculture. Même s'ils ne l'étaient pas, leur haut potentiel agricole permettrait de les remettre en valeur.

. . .

Cette partie de la preuve a révélé que les services d'eau et d'égouts ne sauraient être fournis à tous les lots visés par la demande sans modification des infrastructures existantes; et même là, rien ne garantirait que ces services ne taxeraient pas davantage l'usine de filtration de la municipalité de Longueuil déjà insuffisante. Selon la preuve, les modifications au réseau pour desservir ces terrains seraient actuellement évaluées à environ $15,000,000.00.

Finalement, l'urbaniste-conseil de la Ville de St-Hubert, prévoyant des hypothèses de progression annuelle démographique continue de 4 à 6%, a fourni à la Commission une projection des besoins de la municipalité à des fins de développement d'ici l'année 1996. Il a témoigné à l'effet que l'aire non-retenue pour fins de contrôle au plan provisoire a laissé à la municipalité 3,600 acres de territoire non développé au sud du boulevard Laurier, là où, selon lui, devrait se rencontrer le développement pour les vingt prochaines années. Et son hypothèse de développement à 4% par année nécessiterait d'ici 1996 3,400 acres. Même dans l'hypothèse optimiste de 6% par année, à la même densité de 5 unités de logements à l'acre, il a témoigné à l'effet que pour les dix prochaines années, il y a amplement de terrains dans l'aire non-retenue pour fins de contrôle.

. . .

Finalement, au cours de l'audition, la demanderesse a réduit sa demande à la seule autorisation requise de la Commission de conférer des titres enregistrés pour les 1,033 terrains faisant l'objet de promesses de vente, et d'aliéner aussi les 426 terrains qui lui restent. Accéder à cette demande ne viendrait que contredire inutilement les termes des articles 29 et 31 de la Loi selon l'opinion de la Commission sans conférer aux acquéreurs aucun droit ni les soustraire aux dispositions de l'article 26 de la Loi. La situation aurait pu être identique à la suite

amendment of the municipal zoning by-law applicable to these lots.

I have cited lengthy extracts from this decision to emphasize the fact that the Commission's refusal was based on the criteria stated in s. 12 of the Act:

12. In rendering a decision or giving its advice on a matter referred to it, the commission shall particularly take into consideration the biophysical conditions of the soil and of the environment, the possible uses of the lot for agricultural purposes and the economic consequences thereof, and the repercussions that the granting of the application would have on the preservation of agricultural land in the municipality and the region, and on the homogeneity of the farming community and farming operations.

The Commission's decision is unimpeachable provided Winzen had no acquired rights at the time the Act took effect.

Winzen subsequently asked the Commission to review this decision in accordance with the power conferred on it by s. 18 of the Act. This application was dismissed because Winzen had not submitted any valid ground for review.

Following these failures Winzen challenged the Commission's decisions by a motion for evocation. As the Commission is protected by a privative clause, Winzen argued that it did not have the very jurisdiction Winzen had relied on; Winzen contended that the Commission should have recognized the acquired rights and declared that its authorization was not necessary, or that it was giving its authorization if it had jurisdiction. According to Benoît J. of the Superior Court, who heard the motion for evocation, Winzen maintained that [TRANSLATION] "it would have been tempted to ignore the Commission"—which it ultimately did—but it chose this procedure for reasons of caution as it appeared *vis-à-vis* third parties to be the owner of the 1,033 lots at issue. In support of its motion for evocation Winzen argued that the "Contracts for Deed" are sales subject to a suspensive condition which, because of the retroactivity enacted by art. 1085 *C.C.L.C.*, are deemed to have been completed before the Act took effect and are not covered by it. Winzen further argued that the purchasers have an acquired right to the transfer

d'un amendement au règlement de zonage municipal s'appliquant sur ces lots.

J'ai cité de longs extraits de cette décision afin de souligner le fait que le refus de la Commission est fondé sur les critères énoncés par l'art. 12 de la Loi:

12. Pour rendre une décision ou émettre un avis dans une affaire qui lui est soumise, la commission prend en considération notamment les conditions biophysiques du sol et du milieu, les possibilités d'utilisation du lot à des fins d'agriculture et les conséquences économiques qui découlent de ces possibilités, l'effet d'accorder la demande sur la préservation du sol agricole dans la municipalité et la région ainsi que l'homogénéité de la communauté et de l'exploitation agricoles.

La décision de la Commission est irréprochable dans la mesure où Winzen ne bénéficiait pas de droits acquis au moment où la Loi a pris effet.

Par la suite, Winzen demande à la Commission de réviser cette décision en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 18 de la Loi. Cette demande est rejetée parce que Winzen n'a soumis aucun motif de révision véritable.

Suite à ces insuccès, Winzen attaque les décisions de la Commission par requête en évocation. Comme la Commission est protégée par une clause privative, Winzen plaide que la Commission n'a pas la compétence que justement Winzen avait invoquée; Winzen soutient que la Commission aurait dû constater les droits acquis et déclarer que son autorisation n'était pas requise ou déclarer qu'elle accordait son autorisation, si elle était compétente. Selon le juge Benoît de la Cour supérieure, qui a été saisi de la requête en évocation, Winzen déclare qu'«elle aurait été tentée d'ignorer la Commission»—ce qu'elle finira par faire—mais qu'elle avait choisi cette procédure par prudence car, à l'égard des tiers, elle paraissait propriétaire des 1 033 lots en litige. Au soutien de sa requête en évocation, Winzen plaide que les «*Contracts for Deed*» sont des ventes sous condition suspensive qui, à cause de la rétroactivité prescrite par l'art. 1085 du *C.c.B.-C.*, sont censées avoir été rendues parfaites avant que la Loi ne prenne effet et ne sont pas régies par celle-ci. Winzen prétend également que les acheteurs ont un droit acquis au

of the right of ownership. Benoît J. dismissed these two arguments because in his opinion the "Contract for Deed" was only a promise of sale subject to a suspensive condition and because at the time the Commission rendered its decision Winzen was still the owner of the lots in question (Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-004153-803, February 16, 1981).

In the Court of Appeal (*Winzen Land Corp. v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1981] C.A. 383), Winzen made the same arguments and they were dismissed for the same reasons. However, L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, added at p. 386 that Winzen cannot plead for another in claiming acquired rights on behalf of the many purchasers who are not parties to this case:

[TRANSLATION] In the alternative, appellant submitted that "even admitting for purposes of argument that these contracts constitute a promise of sale, the purchasers nevertheless had an acquired right to the title, a right which has not been taken from them by law".

I would perhaps agree with this proposition of appellant if it was the purchasers who had asserted before the Commission the rights they claimed to have. Not only did the purchasers not appear before the Commission, they were not even impleaded before the Commission and are not parties to the case in the Superior Court or in our Court.

Under what rule can appellant plead for another, especially in a case where the possibility of conflicts of interest is so manifest?

Without deciding what powers the Commission may have in this respect, the purchasers may if they wish assert their rights before the Commission or in some other way.

Montgomery J.A., who agreed with L'Heureux-Dubé J.A., also wrote at p. 387:

If Appellant wishes to obtain a declaration that the Act does not apply to this land or to have its rights clarified in any other way, it should apply to the civil courts and implead any other interested parties.

Paré J.A. agreed with his two colleagues.

transfert de la propriété. Le juge Benoît rejette ces deux arguments parce qu'à son avis, le «*Contract for Deed*» ne constitue qu'une promesse de vente sous condition suspensive et parce qu'au moment où la Commission a rendu sa décision, Winzen est toujours propriétaire des lots en question (C.S. Mtl., nº 500-05-004153-803, le 16 février 1981).

En Cour d'appel (*Winzen Land Corp. c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1981] C.A. 383), Winzen présente les mêmes arguments qui sont rejetés pour les mêmes motifs. Cependant, le juge L'Heureux-Dubé, maintenant de cette Cour, ajoute à la p. 386 que Winzen ne peut plaider pour autrui en réclamant des droits acquis au nom des nombreux acheteurs qui ne sont pas parties à ce litige:

L'appelante nous soumet comme moyen subsidiaire que «même si l'on admet, pour fin d'hypothèse, que ces contrats constituent une promesse de vente, les acquéreurs avaient quand même un droit acquis au titre, droit que la loi ne leur a pas enlevé».

Je serais peut-être d'accord avec cette proposition de l'appelante si c'étaient les acquéreurs qui avaient fait valoir devant la Commission les droits qu'ils prétendent avoir.—Or, les acquéreurs non seulement ne se sont pas adressés à la Commission, mais ils n'ont même pas été mis en cause devant la Commission et ils ne sont pas parties au litige en Cour supérieure ni devant notre Cour.

En vertu de quel principe l'appelante peut-elle plaider au nom d'autrui, en particulier dans une instance où la possibilité de conflits d'intérêts est aussi patente?

Sans me prononcer sur les pouvoirs de la Commission à cet égard, les acquéreurs pourront, s'ils le désirent, faire valoir leurs droits en tout temps devant la Commission ou autrement.

Le juge Montgomery, qui est d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, écrit également, à la p. 387:

[TRADUCTION] Si l'appelante souhaite obtenir une déclaration portant que la Loi ne s'applique pas à ces terrains, ou encore voir ses droits clarifiés de quelque autre manière, elle devrait s'adresser aux tribunaux civils et impliquer dans le dossier toutes autres parties intéressées.

Le juge Paré est d'accord avec ses deux collègues.

As will be seen below, I respectfully disagree with the reasons of the Court of Appeal and of the Superior Court, although in my opinion the two courts arrived at the correct conclusions, namely that the Commission had jurisdiction.

In any case, the judgments of the Superior Court and of the Court of Appeal now have the effect of *res judicata* between the Commission and Winzen. Respondent Venne was not a party to those proceedings. However, it is he who has submitted the complete text of these judgments and the decisions of the Commission in support of his motion here.

By suggesting that the parties object in some other manner, the Court of Appeal in my opinion ran a risk which materialized, that of rendering two contradictory judgments.

Despite the Commission's repeated refusal to authorize Winzen to transfer the right of ownership and despite the judgments of the Superior Court and Court of Appeal affirming the Commission's jurisdiction and so, by implication but of necessity, deciding that Winzen could not lawfully, because of s. 29, transfer the right of ownership without the Commission's authorization, Winzen did in fact transfer the right of ownership to respondent for each of his two lots after he had prepaid the balance of the selling price over two years before it was due. This alienation was effected by notarial deeds on March 25, 1982. The two deeds are similar except as to the description of the lot and the selling price. I cite the main parts of each:

[TRANSLATION]

BEFORE . . .
Notary at Montréal, Province of Quebec,
Canada;

APPEARED:

WINZEN LAND CORPORATION LTD., a legally established corporation . . . acting and represented herein by . . . duly authorized thereto . . .

. . .

Hereinafter referred to as "THE SELLER",

WHO hereby sells with the usual legal guarantees, free and clear of all debts, encumbrances and hypothecs whatever, to:

On le verra plus tard, je suis en désaccord, soit dit avec égard, avec les motifs de la Cour d'appel et ceux de la Cour supérieure quoique, à mon avis, les deux cours soient arrivées aux bonnes conclusions, à savoir que la Commission avait juridiction.

De toute façon, le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel ont maintenant force de chose jugée entre la Commission et Winzen. L'intimé Venne n'y était pas partie. Cependant, c'est lui qui produit, au soutien de sa requête en l'espèce, le texte intégral de ce jugement, de cet arrêt et des décisions de la Commission.

En suggérant aux parties de s'y prendre d'une autre manière, la Cour d'appel courait un risque qui s'est réalisé, celui de rendre deux arrêts contradictoires à mon avis.

Malgré le refus répété de la Commission d'autoriser Winzen à transférer la propriété, malgré le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel qui confirment la compétence de la Commission et qui décident donc, implicitement mais nécessairement, que Winzen ne peut licitement, à cause de l'art. 29, transférer la propriété sans l'autorisation de la Commission, Winzen transfère effectivement la propriété des deux lots à l'intimé, après que celui-ci eut payé par anticipation le reliquat du prix de vente plus de deux ans avant l'échéance. Cette aliénation se fait par deux actes notariés en date du 25 mars 1982. Les deux actes sont semblables sauf quant à la désignation du lot et au prix de vente. Je cite les principaux extraits de l'un d'entre eux:

DEVANT Me . . . ,
Notaire à Montréal, Province de Québec,
Canada.

ONT COMPARU:

WINZEN LAND CORPORATION LTD., corporation légalement constituée [. . .], agissant et ici représentée par [. . .], dûment autorisée à cet effet . . .

. . .

Ci-après nommée: «LE VENDEUR»

LEQUEL, par les présentes, vend avec la garantie ordinaire de droit, libre et clair de toutes dettes, charges et hypothèques quelconques, à:

Mr. DANIEL JOSEPH VENNE . . .

Hereinafter referred to as "THE PURCHASER"

here present and accepting, the following immoveable property, to wit:

DESCRIPTION

. . .

POSSESSION AND CONDITIONS

By these presents the purchaser becomes, as of this date, absolute and indefeasible owner of what is sold hereby, with immediate possession, on the following charges and conditions, which he undertakes to observe, to wit:

. . .

PRICE

This sale is made for and in consideration of the sum of FOUR THOUSAND ONE HUNDRED AND EIGHTY-NINE DOLLARS ($4,189) . . . which the seller acknowledges receiving from the purchaser and for which full and final release is given.

SPECIAL CLAUSE

That the said deed of sale is made in accordance with a promise of sale under private seal dated May 14, 1977, a copy of which is attached to the original hereof after being certified as true and signed *ne varietur* by the parties hereto with and in the presence of the undersigned notary.

On June 9, 1982, respondent filed the application for declaratory relief which began the instant proceedings. The two main conclusions it sought are as follows:

[TRANSLATION] TO DECLARE the alienation made to applicant by the mis en cause Winzen Land Corporation Ltd. in the notarial deeds, Exhibit R-2, of the immoveable property hereinafter described, to be good, legal and valid for all purposes . . .

. . .

TO AUTHORIZE applicant to use the immoveable property and/or lots in question for a purpose other than agriculture . . .

According to the transcript, the second conclusion was verbally discontinued at the Superior Court hearing.

The first conclusion is ambiguous. Despite its wording, what respondent really wants to know is

Monsieur DANIEL JOSEPH VENNE . . .

Ci-après nommé: «L'ACQUÉREUR»

à ce présent et acceptant, l'immeuble suivant, à savoir:

DÉSIGNATION

. . .

POSSESSION ET CONDITIONS

Au moyen des présentes, l'acquéreur devient à compter de ce jour, propriétaire absolu et incommutable de ce que présentement vendu, avec possession immédiate, aux charges et conditions suivantes, qu'il s'engage et s'oblige à respecter, savoir:

. . .

PRIX

La présente vente est faite pour et moyennant la somme de QUATRE MILLE CENT QUATRE-VINGT-NEUF DOLLARS ($4,189.00) [. . .] que le vendeur reconnaît avoir reçue de l'acquéreur, dont et du tout quittance totale et finale.

CLAUSE SPÉCIALE

Que ledit acte de vente est fait conformément à une promesse de vente sous seing privé en date du quatorze mai Mil neuf cent soixante-dix-sept (1977), copie de laquelle promesse de vente demeure annexée à l'original des présentes après avoir été reconnue véritable et signée Ne Varietur par les parties aux présentes avec et en présence du notaire soussigné.

Le 9 juin 1982, l'intimé présente la requête pour jugement déclaratoire, introductive d'instance en l'espèce. Les deux conclusions principales qu'il y demande sont les suivantes:

DÉCLARER l'aliénation faite à votre requérant par la mise en cause, Winzen Land Corporation Ltd., dans les actes notariés, pièce R-2, des immeubles ci-après décrits, bonne, légale et valable à toutes fins que de droit: . . .

. . .

AUTORISER votre requérant à utiliser les immeubles et/ou lots en question à une fin autre que l'agriculture;

D'après le procès-verbal, la seconde conclusion a été abandonnée verbalement à l'audience en Cour supérieure.

Quant à la première conclusion, elle est équivoque. Malgré sa formulation, ce que l'intimé veut

whether the two notarial deeds transferring the right of ownership of the lots to him were concluded in breach of s. 29 of the Act, and whether he has acquired rights allowing him to obtain such transfer. However, even if s. 29 was infringed and respondent had no acquired rights, it does not follow that the deeds are void. As s. 30 of the Act provides, they are simply voidable and there is nothing to indicate that their annulment has been requested. This being the case, and although respondent remains owner of the lots until such annulment takes place, it cannot however be said that the alienation to him by Winzen was "legal and valid for all purposes". In such a case, in my opinion, the application should simply be dismissed in view of the way in which the conclusions sought were framed.

Further, both in its inscription in appeal in the Court of Appeal and in the submission it filed with this Court, appellant Commission asked the Court to declare that the notarial deeds of March 25, 1982 are voidable under s. 30 of the Act; and in my opinion, this request should be granted if s. 29 was infringed and if respondent had no acquired right to the alienation effected by those deeds.

Before concluding the statement of facts, I should say a few words about the only one which is disputed, very late in my opinion and for the first time in this Court. In its written submission, the mis en cause Winzen stated that with regard to one of the two lots at issue, lot 2-78, Winzen did not retain a right of alienation over the contiguous lots, and this would place the lot beyond the scope of s. 29. Winzen referred in this regard to Exhibit R-4, a subdivision plan for the residential development filed by the witness Victor Zenkovich at respondent's request. The plan is practically indecipherable and there is nothing specific or conclusive on the point in the witness Zenkovich's testimony. In fact, the "testimony" to explain the plan to the trial judge came mostly from counsel. Moreover, the judge made no distinction between the two lots, nor did the Court of Appeal, where Jacques J.A. wrote:

[TRANSLATION] The question is whether the notarial deeds of March 1982 recording alienation of the lots in

vraiment savoir, c'est si les deux actes notariés qui lui transfèrent la propriété des lots, ont été passés en violation de l'art. 29 de la Loi, et s'il détient des droits acquis qui lui permettaient d'obtenir ce transfert. Mais même si l'art. 29 a été violé, et même si l'intimé n'avait pas de droits acquis, il ne s'ensuit pas que ces actes soient nuls. Comme le prescrit l'art. 30 de la Loi, ils sont simplement annulables et rien n'indique que l'annulation ait été demandée. Dans cette hypothèse, et bien que l'intimé, en attendant une pareille annulation, demeure propriétaire des lots, on ne peut cependant dire que l'aliénation que lui a consentie Winzen soit «légale et valable à toutes fins que de droit». Dans un tel cas, à mon avis, il faudrait tout simplement rejeter la requête, vu la formulation des conclusions demandées.

D'autre part, tant dans son inscription en appel en Cour d'appel que dans le mémoire qu'elle adresse à cette Cour, la Commission appelante demande qu'il soit déclaré que les actes notariés du 25 mars 1982 sont annulables aux termes de l'art. 30 de la Loi; et, à mon avis, il y aurait lieu d'accorder cette demande s'il y a eu violation de l'art. 29 et si l'intimé n'avait pas le droit acquis à l'aliénation qui s'est faite par ces actes.

Avant de terminer l'exposé des faits, je dois dire quelques mots du seul d'entre eux qui soit contesté, bien tardivement à mon avis et pour la première fois en cette Cour. Dans son mémoire, la mise en cause Winzen affirme qu'en ce qui concerne l'un des deux lots en litige, le lot 2-78, Winzen n'a pas conservé un droit d'aliénation sur les lots contigus, ce qui soustrairait ce lot à l'application de l'art. 29. Winzen réfère à ce propos à la pièce R-4, un plan des subdivisions du développement domiciliaire produit par le témoin Victor Zenkovich à la demande de l'intimé. Le plan est pratiquement indéchiffrable et le témoignage du témoin Zenkovich n'est aucunement spécifique ni concluant sur la question. En fait, ce sont surtout les procureurs qui «témoignent» pour expliquer le plan au premier juge. Ce dernier d'ailleurs n'a fait aucune distinction entre les deux lots pas plus que la Cour d'appel où le juge Jacques écrit:

Il s'agit de déterminer si les actes notariés de mars 1982 constatant l'aliénation des emplacements en ques-

question are valid and legal in light of this prohibition [that contained in s. 29], as the condition of contiguity has been met. [Emphasis added.]

([1985] C.A. 703, at p. 705)

There was also no distinction made in this regard between the 1,033 lots, including those of respondent, referred to in the earlier proceedings.

Finally, even if counsel for Winzen had succeeded in showing such an absence of contiguity, which in my view is not the case, the problem would remain in its entirety as to the other lot. As counsel quite candidly admitted at trial, the case at bar is a test case:

[TRANSLATION]

The COURT:

In fact, you have taken test lots to make a test case.

Mr. BRUNEAU

That's right.

Mr. DULUDE:

That's right, to make a test case.

The COURT:

It's a test case—that's right.

Mr. BRUNEAU:

Definitely.

In these circumstances, in my opinion, counsel for Winzen cannot dispute this point at this stage of the proceedings.

On the other hand, the fact that this is a "test case" perhaps explains the inexplicable. One cannot help wondering what interest respondent could have in claiming lots which henceforth can only be used for agriculture but which would clearly seem to be too small for such a use.

III—Points at Issue

The parties were in general agreement on the points at issue, but framed them differently. I will summarize them in my own words. However, for a proper understanding of the first of these points, it will first be necessary to cite in part the two articles of the *Civil Code of Lower Canada* relied

tion sont valables et légaux eu égard à cette prohibition [celle de l'art. 29], la condition de contiguïté se rencontrant. [Je souligne.]

([1985] C.A. 703, à la p. 705)

Aucune distinction n'avait été faite non plus à ce point de vue entre les 1 033 lots, y compris ceux de l'intimé, dont il a été question dans les procédures antérieures.

Enfin, même si le procureur de Winzen avait réussi à démontrer cette absence de contiguïté, ce qui n'est pas le cas selon moi, le problème demeurerait entier quant à l'autre lot. Or, comme les procureurs l'ont admis bien candidement en première instance, la présente affaire est une cause type:

La COUR:

En fait, vous avez pris des lots types pour faire une cause type.

Me BRUNEAU:

C'est ça.

Me DULUDE:

C'est ça, pour une cause sur un «test case».

La COUR:

C'est un test case, c'est ça.

Me BRUNEAU:

Définitivement.

Dans ces conditions, à mon avis, le procureur de Winzen est irrecevable à contester ce point à ce stade des procédures.

Par ailleurs, le fait qu'il s'agisse d'un «*test case*» explique peut-être l'inexplicable. On ne peut s'empêcher de se demander, en effet, quel intérêt l'intimé peut bien avoir à revendiquer des lots qui désormais ne peuvent plus servir qu'à l'agriculture mais qui semblent manifestement trop exigus pour être utilisés à cette fin.

III—Les questions en litige

Les parties s'entendent généralement sur les questions en litige, mais les formulent différemment. Je vais les résumer dans mes propres termes. Cependant, pour bien comprendre la première de ces questions, il faut d'abord citer en partie les deux articles du *Code civil du Bas-Canada* que

on by respondent and Winzen. These are arts. 1079 and 1085, which are contained in a section titled "Of Conditional Obligations":

1079. An obligation is conditional when it is made to depend upon an event future and uncertain, either by suspending it until the event happens, or by dissolving it accordingly as the event does or does not happen.

. . .

1085. The fulfillment of the condition has a retroactive effect from the day on which the obligation has been contracted . . .

It is also worth citing art. 1089, which defines a term:

1089. A term differs from a suspensive condition inasmuch as it does not suspend the obligation, but only delays the execution of it.

The first point at issue may be summarized as follows: is the obligation imposed on Winzen by the "Contracts for Deed" of May 14, 1977, to convey ownership to respondent a suspensive conditional obligation, the condition being performance by respondent of his own obligation to pay the price? If so, in view of art. 1085, the transfer of ownership would be retroactive to May 14, 1977, when the Act had not yet taken effect; it would therefore not be covered by the Act.

The second point at issue is as follows: if the "Contracts for Deed" of May 14, 1977, did not create a suspensive conditional obligation, are the rights Winzen and respondent conferred on each other before the Act took effect "acquired rights" to which the Act cannot be applied?

I will state my conclusions forthwith: the "Contracts for Deed" did not create a suspensive conditional obligation and the rights conferred by this agreement are not "acquired rights" that fall outside the scope of the Act.

Before leaving the subject of the points at issue, I feel it is necessary to emphasize that both the parties and the lower courts kept well away from the judicial and academic controversies regarding promises of sale to which arts. 1476 and 1478 of the *Civil Code* have given rise. Several of the parties called the "Contracts for Deed" promises of sale. Monet J.A. regarded them as "pre-

l'intimé et Winzen invoquent. Il s'agit des art. 1079 et 1085 qui se trouvent dans une section intitulée «Des obligations conditionnelles»:

1079. L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrive ou n'arrive pas.

. . .

1085. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée . . .

Il est utile de citer également l'art. 1089 qui définit le terme:

1089. Le terme diffère de la condition suspensive, en ce qu'il ne suspend point l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution.

La première question en litige peut se résumer comme suit: l'obligation imposée à Winzen par les «*Contracts for Deed*» du 14 mai 1977 de transférer la propriété à l'intimé est-elle une obligation conditionnelle suspensive, la condition consistant dans l'exécution par l'intimé de sa propre obligation de payer le prix? Dans l'affirmative, vu l'art. 1085, le transfert de propriété rétroagirait au 14 mai 1977, alors que la Loi n'avait pas encore pris effet; il ne serait donc pas régi par celle-ci.

La deuxième question en litige est la suivante: si les «*Contracts for Deed*» du 14 mai 1977 n'ont pas créé d'obligation conditionnelle suspensive, les droits que Winzen et l'intimé se sont mutuellement accordés avant que la Loi ne prenne effet sont-ils des «droits acquis» auxquels la Loi ne peut s'appliquer?

J'indique dès maintenant mes conclusions: les «*Contracts for Deed*» n'ont pas créé d'obligation conditionnelle suspensive et les droits conférés par cette convention ne constituent pas des «droits acquis» qui échappent à l'application de la Loi.

Avant de quitter ce sujet des questions en litige, il me paraît nécessaire de souligner que tant les parties que les cours d'instance inférieure se sont tenues fort loin des controverses jurisprudentielles et doctrinales auxquelles ont donné lieu les art. 1476 et 1478 du *Code civil*, relatifs aux promesses de vente. Plusieurs des parties appellent les «*Contracts for Deed*» des promesses de vente. Le juge

contracts". Jacques J.A. wrote that they were bilateral promises of sale; but whatever the label attached to these agreements in passing, the primary concern was with their content and this was undoubtedly correct, as the express provisions of the "Contracts for Deed" do not give rise to the controversies surrounding the interpretation of arts. 1476 and 1478.

In my opinion, the "Contracts for Deed" are actually instalment sales, except that they are sales of immoveable, the taking of possession is deferred, and the transfer of the right of ownership is also deferred until a notarial deed is executed, such execution to be effected after the payment of the price by the purchaser. Once again, however, the question of how these agreements are to be described was not really discussed and my classification of them as "instalment sales" is merely a suggestion.

IV—Judgments of Lower Courts

In the Superior Court Vaillancourt J. allowed respondent's application for two reasons. First, he considered that the "Contracts for Deed" signed on May 14, 1977, conferred on respondent the [TRANSLATION] "right to be declared owner" and that this right was [TRANSLATION] "subject to a condition which is also legal and not voidable". He relied on several writers, including Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1954), from which he cited the following passage in vol. 7, p. 392, No. 1040:

[TRANSLATION] If a new law is passed in the interval between the agreement and the fulfillment of the condition, it will not apply to the obligation which remains subject to the old law, as if it had been from the outset. This result has sometimes been explained by saying that if the new law is inapplicable, this is because the conditional creditor already had an acquired right when it came into effect, and the rule against retroactive legislation suffices to exclude it. The explanation is incorrect: the conditional creditor does not yet have a right, and if his debt is subsequently covered by repealed legislation, this is the effect of the retroactive nature of the condition, not the anticipated existence of a right in his favour.

Monet de la Cour d'appel les considère comme des «avant-contrats». Le juge Jacques, de la Cour d'appel, écrit que ce sont des promesses bilatérales de vente. Mais quelle que soit l'étiquette que l'on a placée en passant sur ces conventions, on ne s'est attardé qu'à leur contenu et l'on a sans doute eu raison, les dispositions expresses des «*Contracts for Deed*» ne donnant pas ouverture aux controverses qui ont entouré l'interprétation des art. 1476 et 1478.

À mon avis, les «*Contracts for Deed*» sont plutôt des ventes à tempérament sauf que ce sont des immeubles qui en sont l'objet, que la prise de possession est retardée, et que le transfert du droit de propriété est aussi retardé jusqu'à l'exécution d'un acte notarié, exécution qui doit être effectuée après le paiement complet du prix par l'acheteur. Mais encore une fois, la question de la qualification de ces conventions n'a pas été vraiment discutée et ma qualification de «vente à tempérament» n'est qu'une suggestion.

IV—Les décisions des instances inférieures

En Cour supérieure, le juge Vaillancourt accorde la requête de l'intimé pour deux raisons. En premier lieu, il est d'avis que les «*Contracts for Deed*» signés le 14 mai 1977 ont conféré à l'intimé le «droit de se faire déclarer propriétaire» et que ce droit était «suspendu à une condition, également légale et non susceptible d'être annulée». Il s'appuie sur plusieurs auteurs, entre autres Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2e éd. 1954), dont il cite le passage suivant au t. 7, p. 392, nº 1040:

Si une loi nouvelle est survenue dans l'intervalle entre la convention et la réalisation de la condition, elle ne régira pas l'obligation qui restera soumise à l'ancienne loi comme si elle avait été pure et simple dès le début. On a quelques fois expliqué ce résultat en disant que si la loi nouvelle est inapplicable, c'est que le créancier conditionnel a déjà un droit acquis au moment où elle entre en vigueur, et que le principe de la non-rétroactivité des lois suffit à l'écarter. L'explication est mauvaise: le créancier conditionnel n'a pas encore de droit et si sa créance est plus tard régie par une loi abrogée, c'est l'effet de la rétroactivité de la condition et non pas par celui de l'existence anticipée d'un droit à son profit.

According to Vaillancourt J., this right to the transfer of the right of ownership is acquired—despite what Planiol and Ripert say about it in the passage quoted—and the judge's second reason is that respondent cannot be deprived of it without giving the Act retroactive effect.

The Court of Appeal dismissed the Commission's appeal, Monet J.A. dissenting: [1985] C.A. 703. However, McCarthy and Jacques JJ.A., making up the majority, came to the same conclusion for different reasons.

McCarthy J.A. considered that the payment of the price by respondent is not a condition within the meaning of art. 1079 of the *Civil Code*, and that Winzen's obligation to convey title, like that of paying the price, is an obligation with a term. There can thus be no question of the retroactivity specified in art. 1085. McCarthy J.A. nevertheless considered that the appeal should be dismissed because when the Act took effect Winzen was already bound to convey ownership, and respondent to pay the price for it under a valid contract in which the legislator is deemed not to have intended to interfere, because of the presumption against retroactive legislation.

According to Jacques J.A. [TRANSLATION] "... the transfer of the right of ownership is dependent on payment of the selling price". In his opinion this stipulation was a suspensive condition which, once met, was retroactive to the date of the contract, May 14, 1977. On this point Jacques J.A. concluded as follows (at p. 706):

> [TRANSLATION] The prohibition enacted in s. 29 therefore does not apply to the deeds of March 1982. Those deeds can neither be read nor reconsidered without taking into account the bilateral promise out of which they arose; they are only a recognition that the suspensive condition has been met.

To the Commission's argument that such a conclusion amounts to recognizing acquired rights other than those protected by the Act in s. 101, Jacques J.A. replied *inter alia* that the section applies only to lots that can be used for agricultural purposes, which is not the case with respondent's lots because they are so small. Finally, Jacques J.A. relied on the rule against retroactive legislation.

Selon le juge Vaillancourt, ce droit au transfert de la propriété est acquis—malgré ce qu'en disent Planiol et Ripert dans le passage qu'il cite—et, c'est la seconde raison de ce juge, on ne saurait en priver l'intimé sans donner à la Loi un effet rétroactif.

La Cour d'appel rejette le pourvoi de la Commission, le juge Monet étant dissident: [1985] C.A. 703. Toutefois, les juges McCarthy et Jacques, qui forment la majorité, aboutissent à la même conclusion pour des motifs différents.

Le juge McCarthy est d'avis que le paiement du prix par l'intimé n'est pas une condition au sens de l'art. 1079 du *Code civil* et que l'obligation de Winzen de transférer la propriété, comme d'ailleurs celle de payer le prix, sont des obligations à terme. Il ne saurait donc être question de la rétroactivité prescrite par l'art. 1085. Le juge McCarthy est néanmoins d'avis de rejeter le pourvoi parce que, lorsque la Loi a pris effet, Winzen était déjà obligée de transférer la propriété, et l'intimé, d'en payer le prix en vertu d'un contrat valable dans lequel le législateur n'est pas censé vouloir intervenir, à cause de la présomption de non-rétroactivité des lois.

Selon le juge Jacques, «... le transfert du droit de propriété est subordonné au paiement du prix de vente». Cette stipulation constitue à son avis une condition suspensive qui, une fois accomplie, rétroagit au jour du contrat, soit le 14 mai 1977. Sur ce point, le juge Jacques conclut comme suit (à la p. 706):

> L'interdiction édictée à l'article 29 ne s'applique donc pas aux actes de mars 1982. Ces actes ne peuvent être ni lus ni considérés sans tenir compte de la promesse bilatérale qui en est l'origine; ils ne sont que la constatation de la réalisation de la condition suspensive.

À l'argument de la Commission selon lequel une telle conclusion équivaut à reconnaître des droits acquis autres que ceux que la Loi protège à l'art. 101, le juge Jacques répond, entre autres, que cet article ne s'applique qu'aux lots susceptibles d'être utilisés pour fins d'agriculture, ce qui n'est pas le cas des lots de l'intimé, à cause de leur exiguïté. Enfin, le juge Jacques s'appuie sur le principe de non-rétroactivité des lois.

Monet J.A., dissenting, began by writing in the case at bar that the matter should be resolved not by the rules of the civil law but by the provisions of the Act. However, in *Lebel v. Winzen Land Corp.*, C.A. Mtl., No. 500-09-001549-823, November 11, 1985, judgment in which was rendered by the Court of Appeal at the same time as in the case at bar, he revised his opinion: he concurred with McCarthy J.A. in holding that the parties' obligations in the "Contracts for Deed" were obligations with a term, not conditional obligations. He held nonetheless that under the Act respondent did not have acquired rights and Winzen had to obtain the Commission's authorization before transferring the right of ownership to him.

V—First Point at Issue: Nature of Obligations to Transfer the Right of Ownership Imposed on Winzen by "Contracts for Deed"

In his reasons for judgment, McCarthy J.A. wrote (at p. 707):

[TRANSLATION] In my view, and with respect for the contrary opinion, there is no question of a conditional obligation here; accordingly, the retroactivity mentioned in art. 1085 C.C. does not apply. The "condition" referred to in arts. 1079 *et seq.* of the *Civil Code* is "an event future and uncertain" on which the existence of an obligation depends. The payment of the price by Venne does not fall in this category: Venne was *obligated* to pay the price, just as the Winzen company was obligated to convey the immoveable property, within a certain time. The obligations on either side were obligations with a term (arts. 1089 *et seq.* C.C.), not conditional obligations. They existed once the "Contract for Deed" had been signed, even though their performance was in abeyance. The same is true for the rights corresponding to the obligations.

In any synallagmatic contract performance of its obligations by one of the parties depends on performance by the other, but that does not make the obligations conditional within the meaning of the *Civil Code* . . . .

It is true that clause 13 of the "Contract for Deed" states that if the purchaser fails to pay one of the instalments on the price, the vendor will terminate all the rights of the purchaser, who "agrees upon such termination to forfeit to the Vendor as liquidated damages all payments made hereunder . . .". Similarly, clause 14 states that if the vendor "unwillingly defaults in respect of its obligations hereunder", he may repay

Quant au juge Monet, dissident, il commence par écrire, dans la présente affaire, que l'on ne doit pas trancher le litige par des principes de droit civil mais seulement par les dispositions de la Loi. Il se ravise cependant, dans *Lebel c. Winzen Land Corp.*, C.A. Mtl., nº 500-09-001549-823, le 11 novembre 1985, dont le jugement est rendu par la Cour d'appel en même temps que celui qu'elle rend en l'espèce; il se rallie à l'opinion du juge McCarthy pour tenir que les obligations des parties aux «*Contracts for Deed*» sont des obligations à terme et non des obligations conditionnelles. Il tient néanmoins qu'en vertu de la Loi, l'intimé n'a pas de droits acquis et que Winzen devait obtenir l'autorisation de la Commission avant de lui transférer la propriété.

V—Première question en litige: la nature des obligations de transférer la propriété imposées à Winzen par les «*Contracts for Deed*»

Dans ses motifs de jugement, le juge McCarthy écrit (à la p. 707):

À mon avis et avec respect pour l'opinion contraire, il n'est pas question ici d'une obligation conditionnelle; par conséquent, la rétroactivité prévue par l'article 1085 C.C. ne s'applique pas. La «condition» dont il est question aux articles 1079 *et sqq.* du *Code civil* est «un événement futur et incertain» dont dépend l'existence d'une obligation. Le paiement du prix par Venne ne tombe pas dans cette catégorie: Venne était *obligé* de payer le prix, tout comme la compagnie Winzen était obligée de transférer l'immeuble, dans un certain délai. Les obligations de part et d'autre étaient des obligations à terme (art. 1089 *et sqq.* C.C.) non pas des obligations conditionnelles. Elles ont existé dès la signature du «*Contract for Deed*», même si leur exécution était suspendue. De même pour ce qui est des droits correspondant aux obligations.

Dans tout contrat synallagmatique l'exécution de ses obligations par l'une des parties dépend de l'exécution par l'autre des siennes, mais cela ne rend pas les obligations conditionnelles au sens du *Code civil* . . .

Il est vrai que la clause 13 du «*Contract for Deed*» énonce que si l'acheteur fait défaut de payer un des versements du prix, le vendeur mettra fin à tous les droits de l'acheteur, qui [TRADUCTION] «consent à abandonner [au] vende[ur], à titre de dommages-intérêts conventionnels, tous les versements faits en vertu des présentes . . .» De même, la clause 14 énonce que si le vendeur [TRADUCTION] «est involontairement en

the purchaser all he has received "and the Vendor shall upon such repayment be relieved from any further obligations . . .". However, these clauses by themselves cannot have the effect in my opinion of making the obligations on either side conditional obligations.

Monet J.A. wrote in *Lebel v. Winzen Land Corp.*:

[TRANSLATION] As we know, a condition is a future and uncertain event on which the existence of an obligation depends. What must be stressed here is that the event must be extrinsic to the legal relationship.

In principle, a sale on condition that the price will be paid is not a conditional sale but simply a sale; on this point, I agree with McCarthy J.A.

On this point, respondent and Winzen essentially adopted the position of Jacques J.A. Winzen also relied on the judgment of this Court in *Dulac v. Nadeau*, [1953] 1 S.C.R. 164, as authority for the argument that a sale with a reservation of ownership is a sale on a suspensive condition. In that case, the buyer making the promise had sold to a third party a house located on the property he had undertaken to buy by a promise of sale with reservation of ownership. The buyer who made the promise never paid the price and the validity of the sale made by him when he was not owner of the house was at issue. In my opinion, it is impossible to transpose the Court's reasoning in *Dulac v. Nadeau*. First, the Court did not have to decide whether the contract in question had been made under a suspensive condition, since no question of retroactivity was raised. Second, only Fauteux J. held that the contract in question had been made under a suspensive condition; Rinfret J. held that it was not, and Taschereau, Rand and Estey JJ. did not rule on the point. *Dulac v. Nadeau* therefore does not seem to me to be applicable here.

I concur with the reasons of McCarthy and Monet JJ.A., cited above.

One may also refer in this connection to the observations of Pigeon J. in *Chateau-Gai Wines Ltd. v. Institut National des Appellations d'Origine des Vins et Eaux-de-Vie*, [1975] 1 S.C.R.

défaut à l'égard des obligations contractées aux présentes», il peut remettre à l'acheteur tout ce qu'il aura reçu et, [TRADUCTION] «[U]ne fois effectué ce remboursement, l[e] vende[ur] sera libéré [. . .] de toute autre obligation . . .» Toutefois, ces seules clauses ne peuvent avoir pour effet, selon moi, de convertir les obligations de part et d'autre en obligations conditionnelles.

Quant au juge Monet, il écrit dans *Lebel c. Winzen Land Corp.*:

On sait que la condition est un événement futur et incertain dont dépend l'existence d'une obligation. Ce qu'il convient de souligner ici, c'est que l'événement doit être extrinsèque au rapport de droit.

En principe, la vente sous la condition que le prix sera payé n'est pas une vente conditionnelle mais une vente pure et simple; sur ce point, je suis d'accord avec M. le juge McCarthy.

Sur cette question, l'intimé et Winzen reprennent essentiellement la position du juge Jacques. Winzen invoque aussi l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Dulac c. Nadeau*, [1953] 1 R.C.S. 164, comme autorité à l'effet qu'une vente avec réserve de propriété constitue une vente sous condition suspensive. Dans cette affaire-là, le promettant-acheteur avait vendu à un tiers une maison située sur la propriété qu'il s'était engagé à acheter par promesse de vente avec réserve de propriété. Or, le promettant-acheteur n'a jamais payé le prix et la validité de la vente qu'il a faite alors qu'il n'était pas propriétaire de la maison était en jeu. À mon avis, il est impossible de transposer le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Dulac c. Nadeau*. D'abord, la Cour n'avait pas à décider si le contrat en question avait été fait sous condition suspensive puisqu'aucune question de rétroactivité n'y a été soulevée. De plus, seul le juge Fauteux a décidé que le contrat en question avait été conclu sous condition suspensive; le juge Rinfret s'est prononcé en sens contraire alors que les juges Taschereau, Rand et Estey ne se sont pas prononcés sur cette question. L'arrêt *Dulac c. Nadeau* ne me paraît donc pas utile en l'espèce.

Je suis d'accord avec les motifs précités des juges McCarthy et Monet.

On peut aussi citer à ce sujet les propos tenus par le juge Pigeon dans l'affaire *Chateau-Gai Wines Ltd. c. Institut National des Appellations d'Origine des Vins et Eaux-de-Vie*, [1975] 1

190, at p. 197, although they were made in a different context:

It may be argued that in any synallagmatic contract all stipulations are mutually in consideration one of the other. That is true, but it does not make of them suspensive conditions.

The rule of the correlativity of obligations means that adopting the contrary position would transform into conditional obligations with retroactive effect most deferred obligations resulting from synallagmatic contracts. In my opinion this extraordinary consequence would be inconsistent with the presumed intent of the parties, unless of course they have clearly stipulated to the contrary. However, the fact that they may have anticipated the possible insolvency of their fellow contracting parties and taken precautions or required security to protect themselves does not transform the parties' principal obligations into conditional obligations within the meaning of art. 1079 *C.C.L.C.*

The opinions of McCarthy and Monet JJ.A. are supported by French writers of considerable authority discussing legislation similar to arts. 1079 *et seq.* of the *C.C.L.C.*

I refer, for example, to the *Leçons de droit civil* by Henri and Léon Mazeaud, Jean Mazeaud and François Chabas, t. II, vol. I, *Obligations: Théorie générale* (7th ed. 1985), by François Chabas, at p. 1077:

[TRANSLATION]

2.—Characteristics and Validity of Condition

A. – Characteristics which event must have to be a condition

1039. – ***Future and uncertain event; event extrinsic to legal relationship.***—It has already been indicated that, for a condition to exist, the event chosen must be *future and uncertain* . . . .

The event must be extrinsic to the legal relationship. The legal relationship must be able to exist without the condition, which is only an *aspect of it: an essential part of the contract therefore is never a condition.* A sale on condition that the price will be paid is not a conditional sale but simply a sale: the payment of the price is a part of the sale, an intrinsic condition. The sale of immoveable property on condition that the purchaser marries, on the contrary, is a conditional sale: the contract may

R.C.S. 190, à la p. 197, même s'ils sont tenus dans un contexte différent:

On dira peut-être que dans tout contrat synallagmatique toutes les stipulations sont la contrepartie les unes des autres. Cela est vrai mais cela n'en fait pas pour autant des conditions suspensives.

Adopter la position contraire, ce serait, à cause du principe de la corrélativité des obligations, transformer en obligations conditionnelles avec effet rétroactif la plupart des obligations à exécution différée résultant de contrats synallagmatiques. À mon avis, cette conséquence extraordinaire irait à l'encontre de la volonté présumée des parties, à moins évidemment qu'elles n'aient clairement stipulé le contraire. Mais le fait qu'elles aient prévu l'insolvabilité possible de leurs co-contractants et pris des précautions ou demandé des sûretés pour se protéger contre elle ne transforme pas les obligations principales des parties en obligations conditionnelles au sens de l'art. 1079 *C.c.B.-C.*

L'opinion des juges McCarthy et Monet reçoit l'appui d'auteurs français d'une autorité considérable qui discutent des textes législatifs semblables aux art. 1079 et suiv. du *C.c.B.-C.*

Je cite par exemple les *Leçons de droit civil*, de Henri et Léon Mazeaud, de Jean Mazeaud et de François Chabas, t. II, vol. I, *Obligations: Théorie générale* (7e éd. 1985), par François Chabas, à la p. 1077:

2.—Caractères et validité de la condition

A. – Caractères que doit présenter l'événement pour être une condition

1039. – ***Événement futur et incertain; événement extrinsèque au rapport de droit.***—On a déjà indiqué que, pour constituer une condition, l'événement choisi doit être *futur et incertain* . . .

L'événement doit être extrinsèque au rapport de droit. Le rapport de droit doit pouvoir exister sans la condition, qui n'en est qu'une *modalité: un élément essentiel du contrat ne constitue donc jamais une condition.* La vente sous la condition que le prix sera payé, n'est pas une vente conditionnelle, mais une vente pure et simple; le paiement du prix est un élément de la vente, une condition intrinsèque. Au contraire, la vente d'un immeuble sous la condition que l'acheteur se marie, est

stand without the condition, which is only one aspect. Unfortunately, the courts have not always used strictly consistent terminology in this area. [Footnote references deleted.]

I also cite the following passages from an article titled "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété", written by Professor Jacques Ghestin in *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, Chronique-I, at pp. 4-5:

[TRANSLATION] However, it was argued that this could not be a term because the payment of the price is an uncertain event, especially in commercial relations. The writer of a recent noteworthy study also stressed the fact that "in credit sales ... the solvency of buyers, especially business buyers, is precarious and difficult to estimate". However, this is used as a basis for saying that it would be "unprecedented to make the transfer of ownership depend on such an uncertain event". In actual fact, while it is true that the uncertain nature of the event considered is definitely the criterion for distinguishing a condition from a term, its application must still be defined.

For there to be a condition the event must first be objectively uncertain. Accordingly, the death of a given person may never be a condition, as that is certain, though its date is uncertain and it is thus an uncertain term. However, such objective uncertainty is not sufficient, it is also necessary that the parties have not taken the occurrence of the event as certain.

. . .

In a credit sale, the payment of the price is not regarded simply as a possibility but as a certainty. The purchaser's obligation is not conditional, but simply an obligation; and the fact that he may prove to be insolvent on the date of payment in no way affects this classification. If it were otherwise all credit sales would give rise merely to conditional obligations. This would still further aggravate the misuse of the word, which has been quite properly deplored.

. . .

The only purpose of the clause reserving ownership is to associate the transfer of ownership very closely with the payment of the price in full, to make it subject ... to such payment. The payment is then a condition of the transfer, but the word "condition" is only used in its technical sense here. It no longer means an event the occurrence of which is uncertain and outside the control of the parties. It simply means there will only be a transfer if there is payment, just as a contract is only

une vente conditionnelle: le contrat est concevable sans la condition, qui n'est qu'une modalité. La jurisprudence n'use malheureusement pas toujours d'une terminologie rigoureuse dans ce domaine. [Les renvois aux notes infrapaginales sont supprimés.]

Je cite également les passages suivants d'un article intitulé «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété» écrit par le professeur Jacques Ghestin dans *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, Chronique-I, aux pp. 4 et 5:

On a fait valoir qu'il ne pourrait s'agir cependant d'un terme car le paiement du prix, surtout dans les relations commerciales, serait un événement incertain. L'auteur d'une étude récente et remarquée insiste également sur le fait que «dans les ventes à crédit [...] la solvabilité des acheteurs, surtout commerçants, est précaire et d'évaluation difficile». Mais c'est pour en déduire qu'il serait «sans précédent de faire dépendre le transfert de propriété d'un événement aussi incertain». En réalité s'il est exact que le caractère incertain de l'événement considéré constitue bien le critère permettant de distinguer la condition du terme encore faut-il préciser sa portée.

Pour qu'il puisse s'agir d'une condition il faut, tout d'abord, que l'événement soit objectivement incertain. C'est ainsi que la mort d'une personne déterminée ne peut jamais constituer une condition, car elle est certaine, même si sa date est incertaine et constitue, de ce fait, un terme incertain. Mais cette incertitude objective n'est pas suffisante, il faut encore que les parties n'aient pas tenu la réalisation de l'événement pour certaine.

. . .

Dans la vente à crédit, le paiement du prix n'est pas envisagé comme une simple éventualité, mais comme une certitude. L'obligation de l'acheteur n'est pas conditionnelle, mais pure et simple; et le fait qu'à l'échéance il puisse se révéler insolvable ne change rien à cette qualification. S'il en était autrement toutes les ventes à crédit n'engendreraient que des obligations conditionnelles. On aggraverait encore l'usage abusif de ce mot qui a été dénoncé à juste titre.

. . .

La clause de réserve de propriété n'a d'autre fonction que de lier étroitement le transfert de propriété au paiement intégral du prix, de le subordonner [...] à ce paiement. Le paiement est alors la condition du transfert, mais le mot condition n'est plus employé ici dans son sens technique. Il ne désigne plus un événement de réalisation incertaine et extérieur à la volonté des parties. Il signifie seulement qu'il n'y aura transfert que s'il y a paiement, de même qu'un contrat n'est valable que

valid if it contains an agreement by the parties, an object and a cause.

. . .

It can thus be said that it is wrong to describe a clause reserving ownership in general as a suspensive condition. It is in fact simply a term which, according to the formula most often used, both by the courts and in practice, suspends the transfer until the price is paid in full.

It goes without saying, though it is perhaps better to make the point, that the obligations which these writers in my opinion properly regard as obligations with a term, and not as conditional obligations, are the principal obligations resulting from a synallagmatic contract. The position is usually different for the effects of subsidiary agreements which are often concluded to guarantee performance of the principal obligations, such as security, hypothec and the giving in payment clause. These are cases of true conditions within the meaning of art. 1079 *C.C.L.C.* Accordingly, the courts have more or less consistently regarded the giving in payment as a transfer of ownership on a suspensive condition with retroactive effect. I do not in any way wish to question these precedents.

I would also express a reservation as to the passage cited above from the *Leçons de droit civil* of Mazeaud and Chabas, according to which [TRANSLATION] "*an essential part of the contract ... is never a condition*". (Emphasis added.) It seems to me that this probably goes too far and, in view of the rule of freedom of contract, the parties could agree otherwise by an express or even an implicit stipulation, provided that they are able to do so without depriving the contract of all its content. The parties could also stipulate that a true condition within the meaning of art. 1079 would not have retroactive effect, or that a simple term would have such effect. There is nothing in this that is prohibited by law or that is contrary to public order or good morals. (The foregoing is naturally said subject to the rule of relativity of contracts stated in art. 1023 *C.C.L.C.* and subject to the rules applicable to the registration of real rights.)

s'il comporte un accord des parties, un objet et une cause.

. . .

Il est donc permis de penser que c'est à tort que l'on qualifie généralement de condition suspensive la clause de réserve de propriété. Il s'agit en fait d'un simple terme qui, selon la formule utilisée le plus couramment, tant par la jurisprudence que par la pratique, suspend le transfert jusqu'au paiement intégral du prix.

Il va sans dire, mais il vaut peut-être mieux préciser, que les obligations qu'à juste titre, à mon avis, ces auteurs considèrent ici comme des obligations à terme et non comme des obligations conditionnelles, sont des obligations principales découlant d'un contrat synallagmatique. Il en est autrement d'habitude pour les effets de conventions accessoires souvent conclues dans le but de garantir l'exécution des obligations principales, telles le cautionnement, l'hypothèque et la clause de dation en paiement. Il s'agit dans ces cas de véritables conditions au sens de l'art. 1079 *C.c.B.-C.* C'est ainsi qu'une jurisprudence à peu près constante considère la dation en paiement comme un transfert de propriété sous condition suspensive avec effet rétroactif. Je ne veux nullement remettre cette jurisprudence en question.

J'exprimerais aussi une réserve quant au texte précité des *Leçons de droit civil* de Mazeaud et de Chabas et selon lequel «*un élément essentiel du contrat ne constitue* [...] *jamais une condition*». (Je souligne.) Il me semble que c'est probablement aller trop loin et que, vu le principe de la liberté contractuelle, les parties pourraient en convenir autrement par une stipulation expresse ou même implicite, pourvu qu'elles réussissent à le faire sans vider le contrat de tout contenu. Les parties pourraient également stipuler qu'une véritable condition au sens de l'art. 1079 n'aura pas d'effet rétroactif ou encore qu'un simple terme aura un tel effet. Il n'y a là rien qui soit prohibé par la loi, ou qui aille à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs. (Ce qui précède est tout naturellement dit sous réserve du principe de l'effet relatif des contrats énoncé à l'art. 1023 *C.c.B.-C.* et sous réserve des principes applicables en matière d'enregistrement de droits réels.)

I would hasten to add, however, that there is nothing of this in the "Contracts for Deed" signed by the parties in the case at bar on May 14, 1977. I cite again the principal provisions found at the beginning:

WINZEN LAND CORPORATION LIMITED., As Vendor, agrees to sell to:

PURCHASER'S NAME: Daniel Joseph Venne . . .

and said Purchaser agrees to buy from the said Vendor the below listed lands . . .

. . .

The Parties agree that the said sale shall be on the following terms:

1.(a) The Vendor will convey to the Purchaser a marketable title to the above mentioned lot(s), in accordance with the laws of the Province of Quebec.

(b) This Contract for Deed shall not be registered until payment in full has been made of the Total Purchase Price.

(c) Upon payment in full of the above Total Purchase Price, the Purchaser may enter into possession of the above-mentioned lot(s). Within sixty days after such payment in full, the Purchaser shall be entitled to obtain from the Vendor a Deed of Sale which shall be executed before the Vendor's notary at the Vendor's expense up to which time title to the said property shall remain vested in the Vendor. [Emphasis added.]

I do not see any of these provisions as containing express or implied stipulations of true conditions or retroactivity. On the contrary, I regard them as stipulations postponing the performance of the obligation to transfer the right of ownership until a term has been met, even an uncertain one.

In any case, it was not necessary to make the transfer of the right of ownership retroactive in order to protect Winzen's rights. Winzen retained the right of ownership until the execution of the notarial deed which was to take place after the price had been fully paid by the purchaser. In the meantime, registration of the "Contracts for Deed" was prohibited. Winzen also retained possession of the lots until payment in full. Winzen

Je m'empresse de constater cependant qu'il n'y a rien de tel dans les «*Contracts for Deed*» auxquels les parties en l'espèce ont souscrit le 14 mai 1977. J'en cite de nouveau les dispositions principales que l'on trouve au début:

[TRADUCTION]

La venderesse WINZEN LAND CORPORATION LIMITED convient de vendre à:

NOM DE L'ACQUÉREUR: Daniel Joseph Venne [. . .]

et ledit acquéreur convient d'acheter de ladite venderesse les lopins de terre ci-après désignés . . .

. . .

Les Parties conviennent que ladite vente sera faite aux conditions suivantes:

1.a) La venderesse cédera à l'acquéreur un titre de qualité marchande sur le(s) lopin(s) de terre ci-dessus désigné(s), conformément aux lois de la province de Québec.

b) Le présent *Contract for Deed* ne sera pas enregistré avant le paiement de la totalité du prix de vente à la venderesse.

c) Une fois payée la totalité du prix de vente ci-dessus mentionné, l'acquéreur pourra prendre possession du (des) lopin(s) de terre ci-dessus désigné(s). Dans les soixante jours qui suivront le paiement au complet du prix, l'acquéreur aura le droit d'obtenir de la venderesse un acte de vente qui sera signé devant le notaire de la venderesse, aux frais de celle-ci, et la propriété dudit immeuble restera à la venderesse jusqu'à la signature de l'acte de vente. [Je souligne.]

Je ne peux voir dans aucune de ces dispositions des stipulations expresses ou implicites de conditions véritables ou de rétroactivité. J'y vois au contraire des stipulations qui retardent l'exécution de l'obligation de transférer la propriété jusqu'à l'arrivée d'un terme, même incertain.

De plus, il n'était pas nécessaire de faire en sorte que le transfert de propriété soit rétroactif pour protéger la créance de Winzen. Winzen conservait la propriété jusqu'à l'exécution de l'acte notarié, exécution qui devait avoir lieu après le paiement complet du prix par l'acheteur. Entre temps, l'enregistrement des «*Contracts for Deed*» était interdit. Winzen conservait également la possession des lots jusqu'à paiement complet. Winzen obtenait

thus had a foolproof security. The retroactivity in art. 1085 would not have been of any use to it.

Finally, the notarial deeds of March 25, 1982, expressly stipulated that a transfer of the right of ownership would take place on the date of the deeds:

[TRANSLATION] By these presents the purchaser becomes, as of this date, absolute and indefeasible owner of what is sold hereby, with immediate possession, on the following charges and conditions ... [Emphasis added.]

These deeds clearly convey property within the meaning of s. 1(3) of the Act. By these deeds, in my opinion, Winzen alienated the two lots without authorization from the Commission after the Act had taken effect, contrary to s. 29 of the Act, unless respondent had an acquired right to such alienation.

VI—Second Point at Issue: "Acquired Right" to Conveyance of Property and Retroactivity of Act

1. *Introduction*

Respondent maintained that even if the conveyance of property of the lots purchased on May 14, 1977, took place after the Act had taken effect, he had an acquired right to such conveyance at the time. The trial judge and Jacques J.A. agreed with him on this point.

Respondent and Winzen further argued that the Act should not be construed so as to give it retroactive effect by endowing it with a meaning that would alter the legal situation created before the Act took effect. The trial judge agreed with this argument, as did McCarthy and Jacques JJ.A.

Respondent and Winzen relied on two rules of construction which the courts have recognized as distinct, namely the presumption that vested rights are not affected and the presumption against retroactive legislation: *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732, at pp. 741 and 744; and *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at pp. 279 and 282. I will therefore deal separately with the application of these two

ainsi une sûreté à toute épreuve. La rétroactivité de l'art. 1085 ne lui aurait été d'aucune utilité.

Enfin les actes notariés du 25 mars 1982 stipulent explicitement que le transfert de propriété a lieu à compter de leur date:

Au moyen des présentes, l'acquéreur devient, à compter de ce jour, propriétaire absolu et incommutable de ce que présentement vendu, avec possession immédiate, aux charges et conditions suivantes ... [Je souligne.]

Ces actes sont clairement translatifs de propriété au sens du par. 1.3° de la Loi. Par ces actes, à mon avis, Winzen a aliéné les deux lots, sans l'autorisation de la Commission, après que la Loi eut pris effet, en violation de l'art. 29 de la Loi, à moins que l'intimé n'ait eu un droit acquis à cette aliénation.

VI—Seconde question en litige: le «droit acquis» au transfert de la propriété et la rétroactivité de la Loi

1. *Introduction*

L'intimé prétend que même si le transfert de la propriété des lots achetés le 14 mai 1977 a eu lieu après que la Loi eut pris effet, il possédait avant ce moment un droit acquis à ce transfert. Sur ce point, le premier juge et le juge Jacques de la Cour d'appel lui donnent raison.

L'intimé et Winzen prétendent également qu'il ne faut pas interpréter la Loi de façon à lui donner un effet rétroactif en lui trouvant une signification qui modifierait une situation juridique créée avant que la Loi ne prenne effet. Le premier juge, ainsi que le juge McCarthy et le juge Jacques, lui donnent raison à ce propos.

L'intimé et Winzen font appel à deux règles d'interprétation que la jurisprudence a reconnu comme distinctes, à savoir la présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis et la présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois: *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732, aux pp. 741 et 744; et *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, aux pp. 279 et 282. Je traiterai donc séparément de

presumptions to the Act. I should however say at once that these rules are only rules of construction. Accordingly, they can only be used where the applicable legislation is ambiguous.

Finally, respondent submitted alternative arguments which related *inter alia* to the effect of the municipal zoning by-laws in the context of application of the Act. I will deal briefly with these arguments after disposing of the two principal points of construction raised by respondent.

2. *Acquired Right Cited by Respondent*

The Act contains a division titled "Acquired Rights", Division IX, the chief provision of which is s. 101:

101. A person may, without the authorization of the commission, alienate, subdivide and use for a purpose other than agriculture a lot situated in a designated agricultural region, in a reserved area or in an agricultural zone, to the extent that lot was being used or was already under a permit authorizing its use for a purpose other than agriculture when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

This right exists only in respect of that part of the surface of the lot which was being used for a purpose other than agriculture or for which a permit authorizing use for a purpose other than agriculture had already been issued, when the provisions of this act requiring the authorization of the commission were made applicable to that lot.

Strangely, the trial judge did not cite this section and did not say a word about it. The only one of the three Court of Appeal judges who cited it and dealt with it was Jacques J.A., but in doing so he decided that the provision is not applicable (at pp. 706-7):

[TRANSLATION] It is true that the right a creditor has subject to a suspensive condition may be described as an "acquired right". However, this is not the same right at issue in s. 101. The right concerned there results from use or a permit for use, not from a suspensive condition.

Further, the section can only be applied to lots capable of being used for agricultural purposes. The area of the lots at issue is 8,056 and 6,795 sq. ft. respectively;

l'application de ces deux présomptions à la Loi. Je m'empresse toutefois de rappeler que ces règles ne sont que des règles d'interprétation. Elles ne peuvent donc être utilisées que dans la mesure où le texte législatif pertinent est ambigu.

Finalement, l'intimé invoque des moyens subsidiaires qui portent, entre autres, sur l'effet des règlements de zonage municipal dans le contexte de l'application de la Loi. Je traiterai brièvement de ces moyens après avoir disposé des deux principales questions d'interprétation soulevées par l'intimé.

2. *Le droit acquis invoqué par l'intimé*

La Loi comporte une section intitulée «Droit acquis», la section IX, dont la disposition principale est l'art. 101:

101. Une personne peut, sans l'autorisation de la commission, aliéner, lotir et utiliser à une fin autre que l'agriculture un lot situé dans une région agricole désignée, une aire retenue pour fins de contrôle ou une zone agricole, dans la mesure où ce lot était utilisé ou faisait déjà l'objet d'un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger une autorisation de la commission ont été rendues applicables sur ce lot.

Ce droit n'existe qu'à l'égard de la superficie du lot qui était utilisée à une fin autre que l'agriculture ou pour laquelle un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture avait déjà été délivré lorsque les dispositions de la présente loi visant à exiger l'autorisation de la commission ont été rendues applicables à ce lot.

Étrangement, le premier juge ne cite pas cet article et il n'en souffle pas un mot. Le seul des trois juges de la Cour d'appel qui le cite et en parle est le juge Jacques, mais c'est pour décider que cette disposition n'est pas applicable (aux pp. 706 et 707):

Il est vrai que l'on peut qualifier de «droit acquis» le droit qu'a le créancier sous condition suspensive. Cependant, il ne s'agit pas du même droit dont il est question à l'article 101. Le droit dont il y est question résulte d'une utilisation ou d'un permis d'utilisation et non d'une condition suspensive.

De plus, l'article ne peut s'appliquer qu'à des lots susceptibles d'être utilisés pour fins d'agriculture. Or, les lots dont il s'agit ont respectivement une superficie de

they are therefore not suited for agriculture; their use for agricultural purposes is purely academic.

. . .

While it is true that no one has acquired rights to what is simply an expectation of use of the ground, it is also true that the Act cannot strip anyone of his right of ownership indirectly, either by giving legislation retroactive effect or by imposing use of the ground which cannot be reasonable. Acquired rights are determined in relation to reality, not in the abstract. A single site and a lot of several acres cannot be considered in the same way. A statute limiting ground use also cannot be construed so as to make it amount to complete sterilization of the right of ownership.

With the greatest respect, these passages contain several errors.

To begin with the last, the Act is a zoning statute. Zoning legislation and by-laws for the most part tend to "sterilize" part of the right of ownership, and some do so very drastically. The courts cannot on that account refuse to comply with such laws and apply them.

The courts cannot either, without usurping the functions of the Commission, decide that land is unsuited for agriculture and so remove it from the scope of the Act when that land has been expressly included in a designated agricultural region pursuant to ss. 22 to 25, as is the case with respondent's lots.

In my opinion, s. 101 applies to all land which is the subject of the prohibitions contained in ss. 26, 28 and 29 of the Act, and it quite clearly refers to the prohibitions enacted by those sections. The concept of an acquired right would be devoid of significance if it did not refer to the right of doing what is in other respects prohibited by law.

The prohibition primarily concerned in the case at bar is that of s. 29, namely the prohibition from alienating a lot if the owner retains a right of alienation over a contiguous lot. This section does not only apply, as Jacques J.A. held, to lots which can be used for agricultural purposes, because of their size or some other reason. It applies to all lots located in a designated agricultural region, pro-

8 056 pi² et 6 795 pi²; ils sont donc impropres à l'agriculture; leur utilisation pour fins d'agriculture ne serait que théorique.

. . .

S'il est vrai que personne n'a de droits acquis à ce qui n'est qu'une simple expectative d'utilisation d'un sol, il est aussi vrai que la loi ne peut dépouiller quiconque de son droit de propriété indirectement, soit en donnant un effet rétroactif à une loi, soit en imposant une utilisation du sol qui ne peut être raisonnable. Les droits acquis se décident en fonction de la réalité et non de façon abstraite. On ne peut considérer de la même façon un simple emplacement et un lot de plusieurs acres. On ne peut non plus interpréter une loi qui restreint l'utilisation du sol de façon telle qu'elle équivaille à une stérilisation totale du droit de propriété.

Ces passages contiennent plusieurs erreurs, soit dit avec les plus grands égards.

Commençons par la dernière. La Loi est une loi de zonage. Or les lois et règlements de zonage tendent pour la plupart à «stériliser» une partie du droit de propriété et certains le font de façon draconienne. Les tribunaux ne peuvent pour autant refuser de s'y conformer et de les appliquer.

Les tribunaux ne peuvent non plus, sans usurper les fonctions de la Commission, décider qu'une terre est impropre à l'agriculture, et la soustraire ainsi à l'application de la Loi, alors que cette terre, comme c'est le cas des lots de l'intimé, a été explicitement incluse dans une région agricole désignée, par l'opération des art. 22 à 25.

À mon avis, l'art. 101 s'applique à toutes les terres qui font l'objet des interdictions énoncées aux art. 26, 28 et 29 de la Loi et il réfère de toute évidence aux interdictions décrétées par ces articles. La notion de droit acquis en effet serait dénuée de signification si elle ne référait pas au droit de faire ce qui, par ailleurs, serait prohibé par la loi.

L'interdiction dont il est principalement question en l'espèce est celle de l'art. 29, à savoir l'interdiction de procéder à l'aliénation d'un lot pour une personne qui conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu. Or cet article ne vise pas, comme le juge Jacques le décide, les seuls lots susceptibles d'être utilisés pour fins d'agriculture, à cause de leur dimension ou pour toute autre

vided that the condition of contiguity is met, and it is in the case at bar.

Appellant for its part maintained that Division IX of the Act, and in particular s. 101, defines all the acquired rights which can be set up against application of the Act. Appellant cited the following authorities in support of its argument: *Commander Nickel Copper Mines Ltd. v. Zulapa Mining Corp.*, [1975] C.A. 390, at p. 392, and *Ouellet v. Procureur général du Québec*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-000747-803, July 11, 1980. To these authorities should be added the judgment rendered by the Court today in *Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, *supra*, in which the Court accepted the Commission's argument that "since the Act specifies the situations in which acquired rights can be invoked, these situations are the only ones that can confer acquired rights which derogate from the provisions of the Act" (p. 851). The Court held, *inter alia*, at p. 852:

> The Act itself specifies the circumstances giving rise to acquired rights and other rules developed by the courts accordingly cannot have the effect of conferring acquired rights other than those specified by the Act or of conferring them in a way not contemplated by the Act.

I thus think that appellant's position is correct. Once again, the presumption that vested rights cannot be affected is only a rule of construction and, by adopting the provisions of Division IX of the Act, the legislator intended to override this rule of construction and replace it with a complete and exhaustive code of the rules applicable to the matter. It is hard to see how the legislator could have more clearly defined the scope of the acquired rights which can be relied on by litigants and the conditions for their exercise.

Respondent cannot claim any other acquired rights than those mentioned in s. 101. This section performs two functions. First, it defines the nature and scope of the acquired rights that can be relied on by litigants. Second, it lists the conditions such litigants must meet so they can claim these acquired rights. Respondent thus had to claim an

raison. Il vise tous les lots situés dans une région agricole désignée pourvu que se rencontre la condition de contiguïté qui est présente en l'espèce.

De son côté, l'appelante soutient que la section IX de la Loi, et particulièrement l'art. 101, définissent la totalité des droits acquis qui peuvent être invoqués à l'encontre de l'application de cette loi. L'appelante cite les autorités suivantes pour soutenir son argument: *Commander Nickel Copper Mines Ltd. c. Zulapa Mining Corp.*, [1975] C.A. 390, à la p. 392, et *Ouellet c. Procureur général du Québec*, C.S. Québec, nº 200-05-000747-803, le 11 juillet 1980. À ces autorités, il y a lieu d'ajouter l'arrêt que nous rendons aujourd'hui dans *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, précité, et où la Cour accepte l'argument de la Commission qui plaidait que «puisque la Loi prévoit les situations qui permettent d'invoquer des droits acquis, ces situations sont les seules à pouvoir conférer des droits acquis dérogatoires à la Loi» (p. 851). La Cour décide, entre autres, à la p. 852:

> La Loi prévoit elle-même les circonstances qui donnent naissance à des droits acquis et d'autres normes d'origine jurisprudentielle ne sauraient par conséquent avoir pour effet de conférer d'autres droits acquis que ceux qui sont prévus par la Loi ou de les conférer autrement que la Loi ne le prévoit.

La position de l'appelante me paraît donc bien fondée. Encore une fois, la présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis n'est qu'une règle d'interprétation et, en adoptant les dispositions de la section IX de la Loi, le législateur a voulu écarter cette règle d'interprétation pour la remplacer par un code complet et exhaustif des règles applicables en la matière. Il m'est difficile d'imaginer comment le législateur aurait pu définir plus clairement l'étendue des droits acquis pouvant être invoqués par les justiciables ainsi que les conditions préalables à leur exercice.

L'intimé ne peut réclamer d'autres droits acquis que ceux qui sont énoncés à l'art. 101. Cet article en effet remplit deux fonctions. En premier lieu, il définit la nature et l'étendue des droits acquis qui peuvent être invoqués par les justiciables. En second lieu, il énumère les conditions que ces justiciables doivent remplir afin de pouvoir récla-

"acquired right" covered by Division IX of the Act and show that he met the conditions necessary to obtain the acquired right he relied on.

What then is the acquired right claimed by respondent? It is the right to have ownership of the lots he purchased under the "Contracts for Deed" transferred to him. As Jacques J.A. observed at the start of the passage from his reasons which I cited above, [TRANSLATION] "... this is not the same right at issue in s. 101" (p. 706).

Certainly, the question is not as to the right to subdivide these lots or to use them for a purpose other than agriculture. The right which comes closest to the acquired right claimed by respondent, though it is not the same thing, is the right to alienate without the Commission's authorization in cases which would otherwise have been covered by s. 29 of the Act. The verb "alienate" is not defined by the Act, but it gives the following definition for the word "alienation", a definition which I cite again:

1. ...

(3) "alienation" means any conveyance of property, including sale with a right of redemption, emphyteutic lease, alienation for rent, transfer of a right contemplated in section 3 of the Mining Act (1965, 1st session, chapter 34) and transfer of timber limits under the Lands and Forests Act (Revised Statutes, 1964, chapter 92), except ... [the exceptions listed are not relevant here].

I do not think the verb "alienate" refers both to the act of selling and the act of buying in the context of s. 101 of the Act. This verb should be interpreted so that it is the counterpart of the prohibition mentioned in s. 29. That provision applies to the sale of lots when the seller reserves a right of alienation over a contiguous lot so as to avoid the breaking up of agricultural land into units too small for agricultural purposes. If the provision prohibited the purchase of lots by an owner who already owned contiguous lots, it would not meet the objectives sought by the Act, which are to encourage the concentration of agricultural land. I therefore feel that s. 101 protects only the

mer ces droits acquis. L'intimé devait donc réclamer un «droit acquis» prévu par la section IX de la Loi et démontrer qu'il a rempli les conditions nécessaires à l'obtention du droit acquis qu'il invoque.

Quel est donc le droit acquis réclamé par l'intimé? C'est le droit au transfert de propriété des lots qu'il a achetés en vertu des «*Contracts for Deed*». Or, comme l'observe le juge Jacques au début du passage de ses motifs que je cite plus haut, «... il ne s'agit pas du même droit dont il est question à l'art. 101» (p. 706).

Sûrement, il ne s'agit pas du droit de lotir ces lots ou de les utiliser à une fin autre que l'agriculture. Le droit qui se rapproche le plus du droit acquis réclamé par l'intimé, tout en s'en distinguant quand même, c'est le droit d'aliéner sans la permission de la Commission dans des cas qui seraient par ailleurs visés par l'art. 29 de la Loi. Le verbe «aliéner» n'est pas défini par cette loi, mais elle donne au mot «aliénation» une définition que je cite de nouveau:

1. ...

3° «aliénation»: tout acte translatif de propriété, y compris la vente à réméré et le bail emphytéotique, le bail à rente, le transfert d'un droit visé à l'article 3 de la Loi des mines (1965, 1ère session, chapitre 34), le transfert d'une concession forestière en vertu de la Loi des terres et forêts (Statuts refondus, 1964, chapitre 92) sauf: ... [les exceptions énumérées ne sont pas pertinentes en l'espèce].

Je ne crois pas que le verbe «aliéner» réfère à la fois au fait de vendre et au fait d'acheter dans le contexte de l'art. 101 de la Loi. En effet, ce verbe doit être interprété de façon à ce qu'il soit la contrepartie de l'interdiction énoncée à l'art. 29. Or, cette disposition vise la vente de lots lorsque le vendeur conserve un droit d'aliénation sur un lot contigu dans le but d'éviter la fragmentation des terres agricoles en unités trop petites pour fins d'agriculture. Si cette disposition empêchait l'achat de lots par un propriétaire qui possède déjà des lots contigus, elle ne remplirait pas les objectifs visés par la Loi qui sont plutôt de favoriser la concentration des terres agricoles. Je pense donc

right to dispose of a lot, but not that of obtaining the ownership of it.

In any case, respondent does not meet the conditions listed in s. 101 of the Act. His testimony disclosed that he had never used the lots he bought under the "Contract for Deed" for other than agricultural purposes. This testimony also disclosed that he had never obtained a building or any other permit which could be described as a "permit authorizing use". It would be surprising if this were not so, since under the "Contract for Deed" respondent was not to obtain possession of the lots until the selling price was paid in full, that is after March 25, 1982.

Would the situation be otherwise if respondent could benefit from the rights acquired by Winzen, in the event that there were any? This is what Winzen argued in its submission, where it maintained that it had an acquired right itself to alienate the lots at issue to respondent without the Commission's authorization, because before the Act took effect these lots had actually been used for purposes other than agriculture. Winzen listed about a dozen acts which it said constituted use of the lots for a purpose other than agriculture. Among these acts Winzen mentioned respondent's intention to use at least one of the lots for residential purposes, the sizes of the lots, the deferred residential zoning imposed by the municipality, the subdivision of the land, the transfer of lots to the municipality for streets and parks, the objective sought by Winzen, namely the residential and industrial development of all its land, an application for services made to the city of St-Hubert, the fact that the lots were taxed by the city of St-Hubert not as agricultural land but as land under development, the registered sales of 850 lots and the unregistered sales of 1,033 lots. Winzen particularly emphasized the subdivision which, in its view, constituted use of the lots for a purpose other than agriculture.

In my opinion, none of these acts taken separately or as a whole constitutes effective use of the lots for a purpose other than agriculture. The Court ruled to this effect on similar facts in

que l'art. 101 ne protège que le droit de se départir d'un lot mais non pas celui de se le faire transférer.

Par surcroît, l'intimé ne remplit pas les conditions énumérées à l'art. 101 de la Loi. Son témoignage révèle qu'il n'a jamais utilisé à des fins autres qu'agricoles les lots qu'il a achetés en vertu du «*Contract for Deed*». Ce témoignage révèle également qu'il n'a jamais obtenu de permis de construction ou tout autre permis pouvant être désigné de «permis d'utilisation». Le contraire aurait surpris puisqu'en vertu du «*Contract for Deed*», l'intimé ne devait obtenir possession des lots que sur paiement complet du prix de vente, soit après le 25 mars 1982.

En irait-il autrement si l'intimé pouvait bénéficier de droits acquis par Winzen, dans l'hypothèse où il y en aurait? C'est ce que Winzen prétend dans son mémoire où elle soutient qu'elle avait elle-même le droit acquis d'aliéner les lots en litige à l'intimé sans l'autorisation de la Commission, parce qu'avant que la Loi ne prenne effet, ces lots auraient été effectivement utilisés à des fins autres que l'agriculture. Et Winzen énumère une douzaine de faits qui, selon elle, constituent une utilisation des lots à une fin autre que l'agriculture. Parmi ces faits, Winzen mentionne l'intention de l'intimé d'utiliser au moins l'un des lots à des fins résidentielles, les dimensions des lots, le zonage résidentiel différé imposé par la municipalité, la subdivision des terres, la cession de lots à la municipalité pour les rues et les parcs, le but poursuivi par Winzen soit le développement résidentiel et industriel de l'ensemble de ses terres, une demande de services effectuée auprès de la ville de St-Hubert, le fait que ces lots étaient taxés par la ville de St-Hubert non pas sur la base de terres agricoles mais sur celle de terrains en voie de développement, les ventes enregistrées de 850 lots et les ventes non enregistrées de 1 033 lots. Winzen insiste particulièrement sur le lotissement qui, à son avis, constituerait une utilisation des lots à une fin autre que l'agriculture.

À mon avis, aucun de ces faits, considérés séparément ou dans leur ensemble, ne constitue une utilisation effective des lots à une fin autre que l'agriculture. La Cour en décide ainsi pour des

Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole), supra.

Additionally, the witness Zenkovich, representing Winzen, testified that nothing had been done to develop the lots Winzen wished to sell and they had no public utility services.

Winzen also cited *Lefebvre v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 82-1153, later affirmed by the Court of Appeal, J.E. 84-720. These are the judgments disapproved by the Court in *Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole).*

I therefore conclude that neither respondent nor Winzen, who had the burden of establishing non-conforming use giving rise to acquired rights, was able to establish this. Indeed, the evidence tends to show the contrary.

The word "agriculture" is defined broadly in s. 1(1):

1. In this act, unless the context requires otherwise,

(1) "agriculture" means the cultivation of the soil and plants, leaving land uncropped or using it for forestry purposes, or the raising of livestock, and, for these purposes, the making, construction or utilization of works, structures or buildings, except residences;

It follows that, contrary to the opinion of Jacques J.A. cited above, the legislator considers that land is used for agricultural purposes even if it is swampy land, a mossy hill of stone or fallow land. According to the undisputed findings of the trial judge respondent's lots, like those of some 600 other purchasers who do not yet have the right of ownership, are fallow land. The trial judge erroneously concluded that they were being used for purposes other than agriculture. In view of the legislative definition of this word, he should have come to the contrary conclusion.

In its submission Winzen argued that the word "agriculture" in s. 101 should be given its ordinary

faits semblables dans l'arrêt *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, précité.

Au surplus, le témoin Zenkovich, représentant de Winzen, atteste que les lots que Winzen désirait vendre n'avaient fait l'objet d'aucun travail d'aménagement et ne bénéficiaient d'aucun service d'utilité publique.

Winzen invoque également l'affaire *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 82-1153, plus tard confirmée par la Cour d'appel, J.E. 84-720. Or ce sont des décisions que la Cour désapprouve dans *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole).*

Je conclus donc que ni l'intimé ni Winzen, à qui il incombait de prouver une utilisation dérogatoire génératrice de droits acquis, n'ont réussi à s'acquitter de cette tâche. La preuve tend même à démontrer le contraire.

Le mot «agriculture» en effet est défini de façon fort large au par. 1.1°:

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

1° «agriculture»: la culture du sol et des végétaux, le fait de laisser le sol sous couverture végétale ou de l'utiliser à des fins sylvicoles, l'élevage des animaux et, à ces fins, la confection, la construction ou l'utilisation de travaux, ouvrages ou bâtiments, à l'exception des résidences;

Il s'ensuit que, contrairement à l'opinion précitée du juge Jacques, le législateur considère qu'une terre est utilisée pour fins d'agriculture même si c'est une terre marécageuse, une colline de pierre recouverte de mousse ou une terre en friche. Or, selon les conclusions non contestées du premier juge, les lots de l'intimé, comme ceux des quelque 600 autres acquéreurs qui n'ont pas encore la propriété, sont des terres en friche. Le premier juge en conclut erronément qu'elles étaient utilisées à des fins autres que l'agriculture. Vu la définition législative de ce terme, il aurait dû en conclure le contraire.

Dans son mémoire, Winzen soutient qu'à l'art. 101, le mot «agriculture» doit être pris dans son

meaning, not that assigned to it by the Act. This is an untenable proposition which goes against every principle.

I would therefore dismiss the arguments of respondent and Winzen that respondent has an acquired right to the transfer of ownership of his lots.

3. *Presumption Act not Retroactive*

Respondent and Winzen maintained that the fact of giving the Act an interpretation affecting the legal relations between them before the Act came into effect amounts to making it retroactive. The trial judge and a majority of the Court of Appeal agreed.

With respect, I do not agree.

True retroactivity can generally be seen simply from reading a statute. Thus, in the case at bar, the Act provides in s. 117 that it will come into force on the date it receives assent, namely December 22, 1978, but s. 116 expressly makes it retroactive for just under two months:

116. This Act has effect from 9 November 1978.

November 9, 1978, is the date the Act was tabled for first reading. The legislator undoubtedly wished to ensure that persons having interests in land included in designated agricultural regions and mentioned in Schedule A of the Act would not quickly take steps to attempt to avoid the effect of the Act before it came into force.

That is true retroactivity, but it does not affect the case.

What respondent and Winzen actually wish to avoid is not an interpretation making the Act retroactive but immediate application of the Act, on the ground that it affects the performance of agreements concluded before the Act took effect.

The Act, and especially s. 29, applies to all alienations occurring after it took effect. The aforesaid definition of the word "alienation" in s. 1(3) refers to "any conveyance of property", and not to prior agreements by which the parties may

sens ordinaire et non dans celui que la Loi lui assigne. C'est une proposition insoutenable qui va contre tous les principes.

Je rejetterais donc les arguments de l'intimé et de Winzen portant sur l'existence d'un droit acquis de l'intimé au transfert de ses lots.

3. *La présomption de non-rétroactivité de la Loi*

L'intimé et Winzen prétendent que le fait de donner à la Loi une interprétation affectant les relations juridiques qui les liaient avant que la Loi ne prenne effet équivaut à la rendre rétroactive. Le premier juge et la majorité de la Cour d'appel lui donnent raison.

Avec égard, je ne suis pas d'accord.

La véritable rétroactivité se constate généralement à la simple lecture d'une loi. Ainsi, en l'espèce, la Loi prescrit, à l'art. 117, qu'elle entre en vigueur le jour de sa sanction, soit le 22 décembre 1978, mais l'art. 116 lui donne expressément un effet rétroactif d'un peu moins de deux mois:

116. La présente loi a effet depuis le 9 novembre 1978.

Le 9 novembre 1978 est la date du dépôt de la Loi en première lecture. Sans doute le législateur a-t-il voulu empêcher que les personnes ayant des intérêts dans les terres qu'il incluait dans les régions agricoles désignées et mentionnées à l'annexe A de la Loi, ne se hâtent de faire le nécessaire pour tenter d'échapper à la Loi avant son entrée en vigueur.

Il s'agit là d'une véritable rétroactivité qui, d'ailleurs, n'affecte pas le litige.

Ce que l'intimé et Winzen veulent éviter, en réalité, ce n'est pas une interprétation qui rende la Loi rétroactive, mais une application immédiate de la Loi, sous le prétexte qu'elle affecte l'exécution de conventions conclues avant que la Loi ne prenne effet.

La Loi, et particulièrement son art. 29, s'applique à toutes les aliénations qui se sont produites après qu'elle a pris effet. La définition précitée du mot «aliénation» au par. 1.3° réfère à «tout acte translatif de propriété» et non pas aux conventions

have undertaken to make such a conveyance. The notarial deeds of March 25, 1982 are according to their express language conveyances of property and they are subsequent to the date on which the Act took effect. Section 29 of the Act therefore can and must be applied to them without giving it retroactive effect, even though the agreements which led to these deeds were made before the date on which the Act took effect.

The Commission may have been right in arguing in its submission that this is the only essential question raised by the case and that the answer is as certain as the question is straightforward. However, though the parties may have complicated the matter by their arguments on the suspensive condition, the term and acquired rights, it seemed preferable and prudent to follow their lead in view of the judgments of the lower courts.

It is not unprecedented for a statute to affect agreements entered into or legal relationships created before it takes effect, without that making the statute retroactive.

Thus, in *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, a section of the *School Act* provided that, except in June of each year, no notice terminating a teacher's employment could be given by a school board without an inspector's prior authorization. It was held that this provision applied to a notice given after the new act came into effect with respect to a contract of employment entered into before it.

In *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, supra*, a majority of the Court applied the new provisions of the *Income Tax Act* to appellant with respect to expenses incurred before the provisions came into effect, and held that it was not thereby giving them retroactive effect. Dickson J., as he then was, wrote for the majority at p. 279:

An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enactment. In those instances the statute operates retrospectively. Superficially the present case may seem akin to

antérieures par lesquelles les parties peuvent s'être engagées à passer un tel acte. Les actes notariés du 25 mars 1982 sont, suivant leurs termes exprès, des actes translatifs de propriété et ils sont subséquents à la date lors de laquelle la Loi a pris effet. On peut donc, et on doit leur appliquer l'art. 29 de la Loi sans lui donner un effet rétroactif, même si les conventions qui sont à l'origine de ces actes sont antérieures à la date lors de laquelle la Loi a pris effet.

La Commission a peut-être raison de soutenir dans son mémoire que telle est la seule question essentielle soulevée par ce litige et que la réponse est aussi certaine que la question est simple. Mais même si les parties ont pu compliquer le litige par leurs arguments sur la condition suspensive, le terme et les droits acquis, il a paru préférable et prudent de les suivre sur leur terrain, vu les décisions des cours d'instance inférieure.

Il n'est pas inusité qu'une loi affecte des conventions conclues ou des situations juridiques créées avant qu'elle prenne effet, sans que cette loi soit rétroactive pour autant.

Ainsi, dans *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, un article de la *School Act* prescrivait que, sauf en juin de chaque année, aucun avis mettant fin à l'emploi d'un professeur ne pourrait être donné par une commission scolaire sans l'autorisation préalable d'un inspecteur. Il a été jugé que cette disposition s'appliquait à un avis donné après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi relativement à un contrat de travail conclu avant.

Dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, précité, la majorité de la Cour applique les nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'appelante à l'égard de dépenses faites antérieurement à leur entrée en vigueur, sans leur donner par là, décide-t-elle, un effet rétroactif. Le juge Dickson, alors juge puîné, écrit pour la majorité à la p. 279:

Une disposition modificatrice peut prévoir qu'elle est censée être entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption, ou qu'elle porte uniquement sur les transactions conclues avant son adoption. Dans ces deux cas, elle a un effet rétroactif. À première vue, la présente affaire peut s'apparenter au deuxième cas, mais je suis

the second instance but I think the true view to be that the repealing enactment in the present case, although undoubtedly affecting past transactions, does not operate retrospectively in the sense that it alters rights as of a past time. [Emphasis added.]

(I think it should be pointed out that, unlike the French version, the original English version of this passage does not refer, at least literally, to "acquired rights".)

The same rules were applied by Chouinard J., speaking for the Court, in *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal, supra.*

In the case at bar, the Commission is not arguing that the Act applies to alienations that took place before the Act came into effect. It is also not contending that the "Contracts for Deed" were unlawful or invalid. What it is saying, and in my opinion correctly, is that they cannot in view of s. 29 be lawfully implemented by an alienation made without its authorization after the Act came into effect.

Other examples could be given where the Act affects prior agreements on the date it takes effect, without thereby being retroactive. The following example comes to mind. Sections 70 and 72 of the Act prohibit the removal of topsoil and lawn turf for purposes of sale unless the Commission has issued a permit authorizing this. If, before the Act took effect, the owner of a lot had concluded a contract with a contractor to remove the topsoil on his lot, if the Act had taken effect before the contract was performed and if the Commission denied the permit requested, such a contract surely could no longer be lawfully implemented. This consequence would result not from the retroactivity of the Act but from its immediate application.

I would therefore dismiss the argument of respondent and Winzen regarding retroactivity of the Act.

d'avis que l'analyse de la disposition abrogative démontre qu'elle n'a aucune portée rétroactive dans le sens qu'elle modifie des droits acquis, bien qu'elle porte incontestablement atteinte aux transactions passées. [Je souligne.]

(Je crois utile de faire remarquer que la version originale anglaise de ce passage ne réfère pas, du moins littéralement, à des «droits acquis».)

Les mêmes principes ont été invoqués par le juge Chouinard parlant pour la Cour dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, précitée.

Dans le cas qui nous concerne, la Commission ne prétend pas que la Loi s'applique aux aliénations qui ont eu lieu avant que la Loi ne prenne effet. Elle ne prétend pas non plus que les «*Contracts for Deed*» sont illicites ou invalides. Elle prétend plutôt, à juste titre selon moi, qu'ils ne peuvent plus, vu l'art. 29, être licitement exécutés par une aliénation faite sans son autorisation, après que la Loi a pris effet.

On pourrait donner d'autres exemples où la Loi affecterait des conventions antérieures à la date où elle a pris effet, sans pourtant avoir d'effet rétroactif. Je pense à l'exemple suivant. L'article 70 et l'art. 72 de la Loi interdisent, en zone agricole, l'enlèvement du sol arable et du gazon pour fins de vente, à moins que la Commission n'ait délivré un permis à cette fin. Si, avant que la Loi ne prenne effet, le propriétaire d'une terre avait conclu avec un entrepreneur un contrat pour l'enlèvement du sol arable de sa terre, si la Loi avait pris effet avant que ce contrat ne soit exécuté, et si la Commission refusait le permis requis, un tel contrat ne pourrait sûrement plus être licitement exécuté. Cette conséquence résulterait non pas de la rétroactivité de la Loi mais de son application immédiate.

Je rejetterais donc l'argument de l'intimé et de Winzen relatif à la rétroactivité de la Loi.

4. *Other Arguments Raised by Respondent*

In paragraph 16 of his application for declaratory relief, respondent makes the following arguments:

[TRANSLATION]

16.—WHEREAS further applicant submits the following arguments:

(i) According to the magistrates and/or authorized representatives of the city of St-Hubert, mis en cause, in which the land owned by applicant is located, it is no longer possible to "return to agricultural use" for the 1,033 aforesaid lots;

(ii) The municipal zoning of these lots is RX deferred with a possibility for future residential zoning, and spaces for parks and streets have been transferred to the city of St-Hubert by the mis en cause Winzen Land Corporation for such residential purposes;

(iii) At all times relevant to the case at bar the mis en cause, Winzen Land Corporation Ltd., and of necessity applicant also, has never benefited from the privileges given to cultivated land, with respect to the collection of taxes payable to the city of St-Hubert, mis en cause;

These arguments are manifestly wrong. Questions of taxation and municipal zoning have no bearing on application of the Act. Under s. 98, the Act prevails over any inconsistent provision mentioned in this section:

98. This act prevails over any inconsistent provision of a general law or special act applicable to a community, or to a municipal or county corporation.

It also prevails over any provision of a land use and development plan, a master plan or a zoning, subdivision or construction by-law.

It would have been strange if someone could use his municipal tax bill or the relevant zoning by-law to place himself outside the scope of the Act. If respondent and Winzen have complaints to make regarding their relations with the city of St-Hubert, then they should apply to the appropriate authorities. I would therefore dismiss the arguments made by Mr. Venne in his application.

4. *Autres arguments soulevés par l'intimé*

Au paragraphe 16 de sa requête pour jugement déclaratoire, l'intimé invoque les moyens suivants:

16.—ATTENDU qu'au surplus, votre requérant fait valoir les arguments suivants:

(i) Qu'au dire des édiles et/ou représentants autorisés de la ville de St-Hubert, mise en cause, dans laquelle sont situés les terrains appartenant à votre requérant, il n'est plus possible de «revenir à l'aspect des terres agricoles» en ce qui concerne les 1 033 terrains ou lots précités;

(ii) Que le zonage municipal concernant ces terrains est RX différé avec possibilité pour l'avenir de zonage résidentiel et qu'à ces fins domiciliaires et résidentielles, les espaces de parcs et de rues ont été cédés à la ville de St-Hubert par la mise en cause, Winzen Land Corporation;

(iii) Qu'en tout temps pertinent au présent litige, la mise en cause, Winzen Land Corporation Ltd., et aussi forcément votre requérant, n'a jamais bénéficié des privilèges accordés aux terres en culture, ce, en ce qui concerne la perception des taxes à payer à la Ville de St-Hubert, mise en cause;

Ces arguments sont manifestement mal fondés. En effet, les questions de fiscalité et de zonage municipal n'ont aucun rapport avec l'application de la Loi. En vertu de son art. 98, la Loi a préséance sur toute disposition incompatible mentionnée à cet article:

98. La présente loi prévaut sur toute disposition inconciliable d'une loi générale ou spéciale applicable à une communauté, à une corporation municipale ou à une corporation de comté.

Elle prévaut également sur toute disposition incompatible d'un schéma d'aménagement, d'un plan directeur ou d'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction.

Il aurait été surprenant qu'une personne puisse invoquer son compte de taxe municipale ou le règlement de zonage pertinent pour se soustraire à l'application de la Loi. Si l'intimé et Winzen ont quelques plaintes à formuler à l'égard de leurs relations avec la ville de St-Hubert, ils n'ont qu'à s'adresser aux autorités appropriées. Je rejetterais donc les arguments soulevés par M. Venne dans sa requête.

5. *Conclusion*

Section 29 of the Act applies to the deeds of alienation of March 25, 1982, concluded between Winzen and respondent, and the latter has no acquired right placing him outside the scope of this provision.

VII—Conclusions

I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, dismiss the application for declaratory relief and, allowing appellant's conclusion, I would declare that the two notarial deeds of sale executed by respondent and the mis en cause Winzen Land Corporation on March 25, 1982, are voidable under s. 30 of the *Act to preserve agricultural land*, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jean Bruneau, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the city of St-Hubert: Bélanger, Sauvé, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Winzen Land Corp.: Poliquin, Coutu, Bernier, Montréal.

5. *Conclusion*

L'article 29 de la Loi s'applique aux actes d'aliénation du 25 mars 1982, conclus entre Winzen et l'intimé, et ce dernier ne bénéficie d'aucun droit acquis lui permettant d'échapper à cette disposition.

VII—Conclusions

J'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure, je rejetterais la requête pour jugement déclaratoire et, faisant droit aux conclusions de l'appelante, je déclarerais que les deux actes notariés conclus par l'intimé et la mise en cause Winzen Land Corporation le 25 mars 1982 sont annulables en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Procureur de l'intimé: Jean Bruneau, Montréal.

Procureurs de la mise en cause la ville de St-Hubert: Bélanger, Sauvé, Montréal.

Procureurs de la mise en cause Winzen Land Corp.: Poliquin, Coutu, Bernier, Montréal.

Madeleine Lebel *Appellant*

v.

Winzen Land Corporation Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: LEBEL *v.* WINZEN LAND CORP.

File No.: 19690.

1987: May 12; 1989: April 20.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Authorization to institute class action — Allegation by applicant that Act to preserve agricultural land prevented seller from conveying ownership of lots sold to buyers — Buyers seeking to annul contracts and be reimbursed for monies paid — Whether facts alleged in application seem to justify conclusions sought — Code of Civil Procedure, art. 1003 — Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10.

The facts of the case at bar are almost identical to those in *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880. Appellant belongs to a group of 600 buyers who purchased from respondent lots located in the St-Hubert area pursuant to a standard contract of sale. In her motion in the Superior Court for authorization to institute a class action, appellant argued that the *Act to preserve agricultural land* henceforth prevented respondent from conveying to her ownership of the lots purchased in a way that could be set up against the Commission de protection du territoire agricole du Québec, and she asked the Court to annul the contracts signed by the members of the group and to order that monies already paid to respondent be reimbursed. The Superior Court dismissed appellant's motion because the facts alleged did not seem to "justify the conclusions sought" (art. 1003(*b*) *C.C.P.*) The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

In view of *Venne*, *supra*, the facts stated in the motion for authorization to institute a class action "seem to justify the conclusions sought" by that motion. The matter should be referred back to the Superior Court for it to determine whether the criteria of paras. (*a*), (*c*) and (*d*) of art. 1003 *C.C.P.* had been met.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Madeleine Lebel *Appelante*

c.

Winzen Land Corporation Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: LEBEL *c.* WINZEN LAND CORP.

N° du greffe: 19690.

1987: 12 mai; 1989: 20 avril.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Autorisation d'exercer le recours collectif — Allégation par la requérante que la Loi sur la protection du territoire agricole empêche le vendeur de transférer aux acheteurs la propriété des lots vendus — Acheteurs désirant l'annulation des contrats et le remboursement des sommes versées — Les faits allégués dans la requête paraissent-ils justifier les conclusions recherchées? — Code de procédure civile, art. 1003 — Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10.

Les faits de la présente affaire sont presque identiques à ceux de l'affaire *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880. L'appelante fait partie d'un groupe de 600 acheteurs qui ont acheté de l'intimée des lots situés dans la région de St-Hubert en vertu d'un contrat de vente type. Dans sa requête pour autorisation d'intenter un recours collectif présentée en Cour supérieure, l'appelante prétend que la *Loi sur la protection du territoire agricole* empêche désormais l'intimée de lui transférer la propriété des lots achetés de façon valable et opposable à la Commission de protection du territoire agricole du Québec et elle désire obtenir l'annulation des contrats signés par les membres du groupe ainsi que le remboursement des versements déjà payés à l'intimée. La Cour supérieure rejette la requête de l'appelante parce que les faits allégués ne paraissent pas «justifier les conclusions recherchées» (al. 1003*b*) *C.p.c.*) La Cour d'appel confirme le jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Vu l'arrêt *Venne*, précité, les faits exposés dans la requête pour autorisation d'intenter un recours collectif «paraissent justifier les conclusions recherchées» par cette requête. Le dossier doit être retourné à la Cour supérieure afin qu'elle puisse déterminer si les critères des al. *a*), *c*) et *d*) de l'art. 1003 *C.p.c.* sont respectés.

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

Case Cited

Applied: *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, rev'g [1985] C.A. 703, aff'g Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-009403-823, September 16, 1982.

Statutes and Regulations Cited

Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, s. 1.3 [am. 1982, c. 40, s. 1].

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(*b*) [ad. 1978, c. 8, s. 3].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1], affirming a judgment of the Superior Court[2], dismissing appellant's motion for authorization to institute a class action. Appeal allowed.

André Johnson and *René Delorme*, for the appellant.

Robert Dulude, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—This is a motion for authorization to institute a class action (art. 1003 *C.C.P.*) on behalf of all persons who bought lots from respondent included in a "designated agricultural region" following the passage of the *Act to preserve agricultural land*, S.Q. 1978, c. 10 (the Act), and for which no conveyance of ownership was made before the date on which the Act took effect. Appellant argued that the Act prevented respondent from conveying her ownership of the lots in a way that could be set up against the Commission de protection du territoire agricole du Québec, and she is asking the Court to annul the contracts signed by the members of the group she seeks to represent and to order that monies already paid to respondent be reimbursed.

The facts of the case at bar are almost identical to those in *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, judgment which was rendered today. Appellant belongs to a group of 600 buyers who, like Mr. Venne, purchased from respondent lots located in the area of the St-Hubert municipality pur-

[1] C.A. Mtl., No. 500-09-001549-823, November 11, 1985.

[2] Sup. Ct. Mtl., No. 500-06-000007-829, November 5, 1982.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, inf. [1985] C.A. 703, conf. C.S. Mtl., nº 500-05-009403-823, le 16 septembre 1982.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 1003*b*) [aj. 1978, chap. 8, art. 3].

Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.3 [mod. 1982, chap. 40, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure[2], qui avait rejeté la requête de l'appelante demandant l'autorisation d'exercer un recours collectif. Pourvoi accueilli.

André Johnson et *René Delorme*, pour l'appelante.

Robert Dulude, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il s'agit d'une requête pour autorisation d'intenter un recours collectif (art. 1003 *C.p.c.*) au nom de toutes les personnes qui ont acheté de l'intimée des lots inclus dans une «région agricole désignée» suite à l'adoption de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1978, chap. 10 (la Loi), et pour lesquels aucun transfert de propriété n'a eu lieu avant la date lors de laquelle la Loi a pris effet. L'appelante prétend que la Loi empêche l'intimée de lui transférer la propriété des lots achetés de façon valable et opposable à la Commission de protection du territoire agricole du Québec et elle désire obtenir l'annulation des contrats signés par les membres du groupe qu'elle désire représenter ainsi que le remboursement des versements déjà payés à l'intimée.

Les faits de la présente affaire sont presque identiques à ceux de l'affaire *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, dans laquelle jugement est rendu ce jour. L'appelante fait partie en effet d'un groupe de 600 acheteurs qui, tout comme M. Venne, ont acheté de l'intimée des lots situés dans

[1] C.A. Mtl., nº 500-09-001549-823, le 11 novembre 1985.

[2] C.S. Mtl., nº 500-06-000007-829, le 5 novembre 1982.

suant to a standard contract of sale titled "Contract for Deed". Like Mr. Venne, the right of ownership had not yet been conveyed to appellant and the people she seeks to represent for the lots they bought when the Act took effect. I therefore refer to the statement of facts in that judgment.

The conclusions sought by Mr. Venne, who now has the right of ownership but a voidable one, are the antithesis of the conclusions sought by appellant. However, Vaillancourt J. rendered judgment in *Venne v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-009403-823, on September 16, 1982, before Provost J. could render judgment in the case at bar. Provost J. felt he was bound by the judgment of Vaillancourt J., who considered that Winzen Land Corporation Ltd. could convey ownership of the lots sold to Mr. Venne without infringing the Act. Appellant's application was accordingly dismissed, because the facts alleged did not seem to justify the conclusions sought (art. 1003(*b*) *C.C.P.*) Provost J. did not consider the other criteria stated in art. 1003 *C.C.P.* The Court of Appeal in due course dismissed appellant's appeal, relying on the reasons in its judgment in *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Venne*, [1985] C.A. 703.

At the Court's request the two parties each filed a supplementary submission dealing with the amendment to the Act on July 1, 1982. Six words were added to the legislative definition of "alienation", contained in s. 1(3) of the Act:

"alienation" means any conveyance or any declaratory act of ownership of property .... [Emphasis added.]

The parties were agreed in saying, for different reasons, that the 1982 amendment does not affect the outcome of the case. That is also my opinion.

For the reasons stated in *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, *supra*, I consider that the facts stated in the motion for authorization to institute a class action

la région de la municipalité de St-Hubert en vertu d'un contrat de vente type intitulé «*Contract for Deed*». Tout comme M. Venne, l'appelante et les personnes qu'elle désire représenter n'avaient pas encore obtenu le transfert de propriété pour les lots qu'elles avaient achetés au moment où la Loi a pris effet. Je me réfère donc à l'énoncé des faits dans cet autre arrêt.

Les conclusions recherchées par M. Venne, qui a maintenant obtenu un transfert, mais un transfert annulable, sont l'antithèse des conclusions recherchées par l'appelante. Cependant, le juge Vaillancourt a rendu jugement dans l'affaire *Venne c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, C.S. Mtl., nº 500-05-009403-823, le 16 septembre 1982, avant que le juge Provost ne puisse rendre le sien dans la présente affaire. Le juge Provost s'est senti lié par la décision du juge Vaillancourt qui est d'avis que Winzen Land Corporation Ltd. pouvait transférer la propriété des lots vendus à M. Venne sans enfreindre la Loi. La requête de l'appelante a donc été rejetée parce que les faits allégués ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées (al. 1003*b*) *C.p.c.*) Le juge Provost ne s'est pas penché sur les autres critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* Par la suite, la Cour d'appel a rejeté le pourvoi de l'appelante en invoquant les motifs de son arrêt dans l'affaire *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Venne*, [1985] C.A. 703.

À la demande de la Cour, les deux parties ont produit chacune un mémoire supplémentaire relatif à une modification apportée à la Loi le 1er juillet 1982. Deux mots ont été ajoutés à la définition législative de l'«aliénation» que l'on trouve au par. 1.3º de la Loi:

«aliénation»: tout acte translatif ou déclaratif de propriété ... [Je souligne.]

Les deux parties s'accordent à dire, pour des raisons différentes, que la modification de 1982 n'affecte pas le sort du litige. C'est également mon avis.

Pour les motifs énoncés dans l'affaire *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, précitée, je suis d'avis que les faits exposés dans la requête pour autorisation d'intenter un

"seem to justify the conclusions sought" by that motion. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and the Superior Court judgment and refer the matter back to the Superior Court for it to determine whether the criteria of paras. (*a*), (*c*) and (*d*) of art. 1003 *C.C.P.* have been met: the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

Solicitors for the respondent: Poliquin, Coutu, Bernier, Montréal.

recours collectif «paraissent justifier les conclusions recherchées» par cette requête. J'accueillerais donc le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure, et je retournerais le dossier en Cour supérieure afin qu'elle puisse déterminer si les critères des al. *a*), *c*) et *d*) de l'art. 1003 *C.p.c.* sont respectés; le tout, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

Procureurs de l'intimée: Poliquin, Coutu, Bernier, Montréal.

IN THE MATTER OF s. 13 of Part I of *The Judicature Act, 1986*, c. 42, S.N. 1986;

IN THE MATTER OF ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*, c. 48, S.N. 1983;

AND IN THE MATTER OF A REFERENCE of the Lieutenant-Governor in Council to the Court of Appeal for its hearing, consideration and opinion on the constitutional validity of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*

INDEXED AS: REFERENCE RE *WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983* (NFLD.)

File No.: 20697.

1989: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of rights — Equality rights — Discrimination — Workers' compensation — Whether statutory right to compensation precluding any other action discriminatory — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34.

Cases cited

Followed: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34.

APPEAL from an opinion pronounced by the Newfoundland Court of Appeal (1988), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16, 44 D.L.R. 501, on a reference to determine the constitutional validity of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*. Appeal dismissed.

Allan R. Hilton, Malcolm McKillop and *Sarah Dougherty*, for the appellant Shirley Piercey.

DANS L'AFFAIRE DE l'art. 13 de la partie I de *The Judicature Act, 1986*, chap. 42, S.N. 1986;

DANS L'AFFAIRE DES art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*, chap. 48, S.N. 1983;

ET DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI du Lieutenant-Gouverneur en conseil à la Cour d'appel pour qu'elle entende et donne un avis sur la constitutionnalité des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*

RÉPERTORIÉ: REFERENCE RE *WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983* (T.-N.)

N° du greffe: 20697.

1989: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination — Indemnisation des accidents du travail — Y a-t-il discrimination parce que le droit à une indemnisation interdit toute autre action? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34.

POURVOI à l'encontre d'un avis donné par la Cour d'appel de Terre-Neuve (1988), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16, 44 D.L.R. 501, relativement à un renvoi visant à statuer sur la constitutionnalité des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*. Pourvoi rejeté.

Allan R. Hilton, Malcolm McKillop et *Sarah Dougherty*, pour l'appelante Shirley Piercey.

D. Geoffrey Cowper, for the intervener Suzanne Côté.

S. Ronald Stevenson, for the respondent the Attorney General of Newfoundland.

Glen Roebothan and *Lee Ann Montgomery*, for the respondent the Workers' Compensation Commission of Newfoundland and Labrador.

Gregory W. Dickie, for the respondent General Bakeries Ltd.

Eric A. Bowie, *Q.C.*, and *Yvonne E. Milosevic*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Larry Taman, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-François Jobin and *Nicole Vallières*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. Ashley, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Donna J. Miller and *Gordon A. McKinnon*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Edward Bates*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Howard Kushner, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

J. Douglas Carr, for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Jeffrey Sack, *Q.C.*, and *Steven M. Barrett*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Elizabeth Heneghan, for the intervener the Canadian National Railway Company.

Brock Myles, for the intervener the Canadian Manufacturers' Association.

D. Geoffrey Cowper, pour l'intervenante Suzanne Côté.

S. Ronald Stevenson, pour l'intimé le procureur général de Terre-Neuve.

Glen Roebothan et *Lee Ann Montgomery*, pour l'intimée la Workers' Compensation Commission de Terre-Neuve et du Labrador.

Gregory W. Dickie, pour l'intimée General Bakeries Ltd.

Eric A. Bowie, *c.r.*, et *Yvonne E. Milosevic*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Larry Taman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-François Jobin et *Nicole Vallières*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. Ashley, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Donna J. Miller et *Gordon A. McKinnon*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Edward Bates*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Howard Kushner, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

J. Douglas Carr, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Jeffrey Sack, *c.r.*, et *Steven M. Barrett*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Elizabeth Heneghan, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Brock Myles, pour l'intervenante l'Association des manufacturiers canadiens.

Jean Mercier, for the intervener la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon other counsel. We have decided the disposition of this appeal. We are unanimous, and Justice La Forest will deliver the judgment.

LA FOREST J.—We are all of the view that *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, c. 48, which provides that the right to compensation provided by that Act is in lieu of all rights and actions to which a worker or dependents might otherwise be entitled, does not, in these circumstances, constitute discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as elaborated by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, subsequent to the filing of a notice of appeal as of right. The situation of the workers and dependents here is in no way analogous to those listed in s. 15(1), as a majority in *Andrews* stated was required to permit recourse to s. 15(1). The appeal is accordingly dismissed.

The answers to the constitutional questions are as follows:

Question 1: Does s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*") apply to causes of action arising prior to April 17, 1985?

Answer: No.

Question 2: Are ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, c. 48, (the "*Act*") inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*?

Answer: No.

Question 3: If ss. 32 and 34 of the *Act* are inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*, are ss. 32 and 34 of the *Act* saved by s. 15(2) of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Jean Mercier, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne nous est pas nécessaire d'entendre les autres avocats. Nous avons décidé de l'issue de ce pourvoi. Nous sommes unanimes et le juge La Forest va rendre le jugement.

LE JUGE LA FOREST—Nous sommes tous d'avis que *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, chap. 48, qui prévoit que le droit à une indemnisation accordé par la Loi tient lieu et place de tous droits et actions auxquels un travailleur ou les personnes à charge pourraient autrement avoir droit, ne constitue pas, dans les circonstances, de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* tel qu'établi par cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, après la production d'un avis d'appel de plein droit. La situation des travailleurs et des personnes à charge en l'espèce n'est aucunement analogue aux situations énumérées au par. 15(1), exigence posée par la majorité dans l'affaire *Andrews* pour permettre le recours au par. 15(1). Le pourvoi est donc rejeté.

Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

Question 1: Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*») s'applique-t-il aux causes d'action qui sont nées avant le 17 avril 1985?

Réponse: Non.

Question 2: Les articles 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, chap. 48, (la «*Loi*») sont-ils incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*?

Réponse: Non.

Question 3: Si les art. 32 et 34 de la *Loi* sont incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*, sont-ils sauvegardés par le par. 15(2) de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Question 4: If ss. 32 and 34 of the *Act* are inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* and are not saved by s. 15(2) of the *Charter*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by s. 15(1) of the *Charter* be justified under s. 1 of the *Charter* and thereby rendered not inconsistent with *The Constitution Act, 1982*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

There will be no order as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Shirley Piercey: Malcolm McKillop, Toronto.

Solicitors for the intervener Suzanne Côté: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Commission of Newfoundland and Labrador: Williams, Harris, Roebothan & McKay, St. John's.

Solicitors for the respondent General Bakeries Ltd.: White, Ottenheimer & Green, St. John's.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Question 4: Si les art. 32 et 34 de la *Loi* sont incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte* et ne sont pas sauvegardés par le par. 15(2) de la *Charte*, dans quelle mesure, le cas échéant, ces limites imposées aux droits protégés par le par. 15(1) de la *Charte* sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Jugement en conséquence.

Procureur général de l'appelante Shirley Piercey: Malcolm McKillop, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Suzanne Côté: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

Procureurs de l'intimée la Workers' Compensation Commission of Newfoundland and Labrador: Williams, Harris, Roebothan & McKay, St. John's.

Procureurs de l'intimée General Bakeries Ltd.: White, Ottenheimer & Green, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Commission of Alberta: The Workers' Compensation Commission of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian National Railway Company: Lewis, Sinnott & Henneghan, St. John's.

Solicitors for the intervener Canadian Manufacturers' Association: Chalker, Green, & Rowe, St. John's.

Solicitor for the intervener la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec: LaFontaine, Chayer, Cliche & Associés, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan, Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Commission of Alberta: La Workers' Compensation Commission of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Lewis, Sinnott & Henneghan, St. John's.

Procureurs de l'intervenante l'Association des manufacturiers canadiens: Chalker, Green & Rowe, St. John's.

Procureur de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec: LaFontaine, Chayer, Cliche & Associés, Québec.



If undelivered, return COVER ONLY to.
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 6, 1989 Vol. 1

6e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 927-1131

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 927-1131

NOTICE

Volume 1 of the Supreme Court Reports [1989] will contain nine parts.

August 1989

AVIS

Le premier volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1989] comprend neuf cahiers.

Août 1989

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Cohnstaedt *v.* University of Regina **1011**

Contracts — Employment — Assessment of abilities — Tenured professor to be assigned work and assessed pursuant to agreement with university — Early retirement to be waived if reasonable standards of tenured professor met — Assignments on which assessment based not including all aspects of tenured professor's work — Professor's skills found to be wanting and notification of early retirement given — Whether or not agreement between parties breached such that evaluation invalid and employment wrongfully ended.

Irwin Toy Ltd. *v.* Quebec (A. G.) **927**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation *ultra vires* the provincial legislature — Colourable legislation — Impairment of federal undertakings — Conflict with federal legislation — Criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override

Continued on next page

SOMMAIRE

Cohnstaedt *c.* Université de Regina **1011**

Contrats — Emploi — Évaluation des aptitudes — Professeur titulaire devant être affecté à des tâches et évalué conformément à une entente avec l'université — Renonciation à la retraite anticipée si les normes de qualité raisonnable applicables à un professeur titulaire sont respectées — Évaluation fondée sur des affectations ne comportant pas tous les aspects du travail d'un professeur titulaire — Aptitudes du professeur jugées insuffisantes et signification d'un avis de retraite anticipée — Y a-t-il eu violation de l'entente intervenue entre les parties de sorte que l'évaluation n'est pas valable et qu'il y a eu cessation d'emploi injustifiée?

Irwin Toy Ltd. *c.* Québec (P. G.) **927**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle *ultra vires* de la législature provinciale? — Législation déguisée — Entrave à une entreprise fédérale — Conflit avec la législation fédérale — Droit criminel — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins

Suite à la page suivante

provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364 — Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

Maurice *v.* Priel **1023**

Jurisdiction — Law Society — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline — Legal Profession Act, R.S.S. 1978, c. L-10, ss. 3, 7, 56, 57 — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 36.

Barristers and solicitors — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

Continued on next page

de treize ans — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Vie, liberté et sécurité de la personne — Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

Maurice *c.* Priel **1023**

Compétence — Barreau — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires? — Legal Profession Act, R.S.S. 1978, chap. L-10, art. 3, 7, 56, 57 — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 36.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Courts — Judges — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

R. *v.* Lamb **1036**

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

Evidence — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

R. *v.* McGinn **1035**

Criminal law — Narcotics — Evidence — Trafficking in a narcotic — Parties to an offense — Whether compelling evidence to the effect that appellant was a party to the offense.

Slaight Communications Inc. *v.* Davidson **1038**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(c).

Labour relations — Unjust dismissal — Jurisdiction of adjudicator — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether s. 61.5(9)(c) of Canada Labour Code authorizes adjudicator to make such orders — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Whether orders unreasonable in administrative law sense.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Avocats et procureurs — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

Tribunaux — Juges — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

R. *c.* Lamb **1036**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

Preuve — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

R. *c.* McGinn **1035**

Droit criminel — Stupéfiants — Preuve — Trafic de stupéfiant — Parties à l'infraction — Y avait-il des éléments de preuve irrésistibles selon lesquels l'appelant était partie à l'infraction?

Slaight Communications Inc. *c.* Davidson **1038**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(9)c).

Relations de travail — Congédiement injuste — Juridiction de l'arbitre — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — L'article 61.5(9)c) du Code canadien du travail autorise-t-il l'arbitre à rendre de telles ordonnances? — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Les ordonnances sont-elles déraisonnables au sens du droit administratif?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Vorvis *v.* I.C.B.C. **1085**

Contracts — Employment contracts — Pension rights — Dismissal without just cause — Pension not vesting prior to dismissal or during notice period — Whether or not implied right to pension plan where dismissal without cause notwithstanding express clause in pension plan.

Contracts — Damages — Aggravated damages and punitive damages — Whether or not available in action for wrongful dismissal.

SOMMAIRE (Fin)

Vorvis *c.* I.C.B.C. **1085**

Contrats — Contrats de travail — Droits à une pension — Renvoi injustifié — Absence de droits acquis à une pension avant le renvoi ou pendant la période de préavis — Y a-t-il un droit implicite à un régime de retraite dans le cas d'un renvoi injustifié malgré l'existence d'une disposition expresse dans ce régime?

Contrats — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs — Est-il possible de les obtenir dans une action pour renvoi injustifié?

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Irwin Toy Limited *Respondent*

and

Gilles Moreau in his capacity as President of the Office de la protection du consommateur *Intervener*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., and the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Interveners*

INDEXED AS: IRWIN TOY LTD. *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20074.

1987: November 19, 20; 1989: April 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation ultra vires the provincial legislature — Colourable legislation — Impairment of federal undertakings — Conflict with federal legislation — Criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception-where express declaration — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Irwin Toy Limited *Intimée*

et

Gilles Moreau en sa qualité de président de l'Office de la protection du consommateur *Intervenant*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., et la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: IRWIN TOY LTD. *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20074.

1987: 19, 20 novembre; 1989: 27 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle ultra vires de la législature provinciale? — Législation déguisée — Entrave à une entreprise fédérale — Conflit avec la législation fédérale — Droit criminel — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

s. 33 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364 — Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

In November 1980, the respondent sought a declaration from the Superior Court that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which prohibited commercial advertising directed at persons under

sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Vie, liberté et sécurité de la personne — Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

En novembre 1980, l'intimée a demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, étaient *ultra vires* de l'Assemblée nationale

thirteen years of age, were *ultra vires* the Quebec legislature and, subsidiarily, that they infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the action. On appeal, the respondent also invoked the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which entered into force after the judgment of the Superior Court. The Court of Appeal allowed the appeal holding that the challenged provisions infringed s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and that the limit imposed on freedom of expression by ss. 248 and 249 was not justified under s. 1. This appeal is to determine (1) whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Quebec legislature or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; (2) whether they are protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision; (3) whether they infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*; and if so, (4) whether the limit imposed by ss. 248 and 249 is justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*; and (5) whether they infringe s. 7 of the Canadian *Charter*.

Held (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the provincial legislature nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*.

(2) The override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act* expired on June 23, 1987.

(3) Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

(4) *Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): Sections 248 and 249 are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

(5) Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

---

(1) *Constitution Act, 1867*

Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, as modified by or completed by the regulations, are, like in the *Kellogg's* case, legislation of general application enacted in relation to consumer protection and are not a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. The dominant aspect of the law for purposes

du Québec et, subsidiairement, qu'ils enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Les articles 248 et 249 interdisaient la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans. La Cour supérieure a rejeté l'action. En appel, l'intimée a aussi invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les dispositions contestées enfreignaient l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et que la limite imposée à la liberté d'expression par les art. 248 et 249 n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 248 et 249 sont *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11; (2) s'ils sont soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur; (3) s'ils portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise et, dans l'affirmative, (4) si la restriction imposée par les art. 248 et 249 est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise; et (5) s'ils enfreignent l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

Arrêt (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de la législature provinciale ni privés d'effet en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) La disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987.

(3) Les articles 248 et 249 violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

(4) *Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Les articles 248 et 249 sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

(5) L'article 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

---

(1) *Loi constitutionnelle de 1867*

Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, tels que modifiés ou complétés par les règlements, sont, comme dans l'affaire *Kellogg*, des dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur et ne sont pas une tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, de légiférer en matière de publicité télévi-

of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not a sufficient basis for a finding of colourability.

Sections 248 and 249 do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252 of the *Consumer Protection Act*, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. The challenged provisions, therefore, do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation. Further, the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and the fact that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs do not form a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations".

Sections 248 and 249 are not in conflict with s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*. This section does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings. There is also no conflict or functional incompatibility between the federal regulatory regime applicable to broadcasters adopted by the CRTC and the provincial consumer protection legislation applicable to advertisers. Both schemes have been designed to exist side by side. Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is, therefore, no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

Finally, having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that

sée. L'aspect dominant de la Loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux personnes de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ni même principal de la Loi. L'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée.

Les articles 248 et 249 ne visent pas à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252 de la *Loi sur la protection du consommateur*, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Les dispositions contestées ne portent donc pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en prétendant s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation. En outre, l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et le fait que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants ne constituent pas une base suffisante pour conclure que l'effet des dispositions était d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise était «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer que les dispositions peuvent «incidemment porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision».

Les articles 248 et 249 n'entrent pas en conflit avec l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet article ne vise pas à empêcher que des lois provinciales d'application générale aient un effet incident sur des entreprises de télédiffusion. Il n'y a ni conflit ni incompatibilité opérationnelle entre la réglementation fédérale applicable aux télédiffuseurs adoptée par le CRTC et la législation provinciale sur la protection du consommateur applicable aux annonceurs. Les deux systèmes ont été conçus pour coexister. Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

Enfin, ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide

they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. The province has, under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*, jurisdiction to enact penal sanctions in relation to otherwise valid provincial objectives.

(2) *Application of Canadian Charter*

For the reasons given in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 364 of the *Consumer Protection Act*—the standard override provision enacted by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21—came into force on June 23, 1982 and ceased to have effect on June 23, 1987. Since s. 364 was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the Canadian *Charter*, it follows that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision.

(3) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression, or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make

et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité comme, de par leur caractère véritable, des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne à la province la compétence pour édicter des lois pénales provinciales à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs.

(2) *Application de la Charte canadienne*

Selon les motifs de *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*—la disposition dérogatoire type édictée par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21—est entré en vigueur le 23 juin 1982 et a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Puisque l'art. 364 n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte* canadienne, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur.

(3) *Liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans la signification de l'activité ou dans l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut

this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. Here, respondent's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

Per Beetz and McIntyre JJ.: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, which prohibit advertising aimed at children, infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Sections 248 and 249 restrict a form of expression—commercial expression—protected by s. 2(*b*) and s. 3.

(4) *Reasonable Limits*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: Sections 248 and 249, read together, are not too vague to constitute a limit prescribed by law. Section 249 can be given a sensible construction, producing no contradiction or confusion with respect to s. 248. Further, ss. 248 and 249 do not leave the courts with an inordinately wide discretion. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age, and s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. Sections 248 and 249, therefore, do provide the courts with an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction.

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the

encore soutenir que l'action gouvernementale a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression. Pour ce faire, le demandeur doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. En l'espèce, l'activité de l'intimée relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

Les juges Beetz et McIntyre: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Les articles 248 et 249 restreignent une forme d'expression—l'expression commerciale—qui est protégée par l'al. 2*b*) et l'art. 3.

(4) *Limites raisonnables*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Les articles 248 et 249 sont assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249 qui élimine toute confusion ou toute contradiction avec l'art. 248. De plus, les art. 248 et 249 ne confèrent pas au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans et l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Les articles 248 et 249 fournissent donc aux tribunaux une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction.

Pour démontrer que l'objet de la Loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la Loi à l'origine. Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif. Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolu-

changing of circumstances. In this case, the question is whether the evidence submitted by the government establishes that children under thirteen are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and are justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation—to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising. The legislature reasonably concluded that advertisers should not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern.

The means chosen by the government were also proportional to the objective. First, there is no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Second, the evidence adduced sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. Where the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed, the courts can assess with a high degree of certainty whether the least intrusive means have been chosen to achieve the government's objective. On the other hand, where the government is best characterized as mediating between the

tion des circonstances. En l'espèce, la question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la Loi peuvent être utilisées à cette fin.

Compte tenu des documents relatifs aux articles premier et 9.1, les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression et sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. Les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle.

Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Premièrement, il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants, mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. Deuxièmement, la preuve étaye le caractère raisonnable de la conclusion du législateur qu'une interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression tout en se conformant à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants de la manipulation qu'exerce la publicité. Dans les cas où le gouvernement est en quelque sorte l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de

claims of competing individuals and groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources which cannot be evaluated by the courts with the same degree of certainty. Thus, while evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. Third, there was no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products.

Per Beetz and McIntyre JJ. (dissenting): Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The promotion of the welfare of children is certainly an objective of pressing and substantial concern for any government, but it has not been shown in this case that their welfare was at risk because of advertising directed at them. Further, the means chosen were not proportional to the objective. A total prohibition of advertising on television aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

Freedom of expression is too important a principle to be lightly cast aside or limited. Whether political, religious, artistic or commercial, freedom of expression should not be suppressed except where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for

certitude si les moyens les moins radicaux ont été choisis pour atteindre l'objectif gouvernemental. En revanche, dans les cas où le gouvernement arbitre entre les revendications d'individus ou de groupes opposés, le choix des moyens comme celui des fins exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées, ce que les tribunaux ne peuvent faire avec le même degré de certitude. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixé. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines au nom du principe de l'atteinte minimale et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Troisièmement, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la Loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants.

Les juges Beetz et McIntyre (dissidents): Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement, mais il n'a pas été démontré en l'espèce que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être. De plus, les moyens choisis ne sont pas proportionnels à l'objectif. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

La liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et

the time necessary for the protection of the community. This is not such a case.

(5) *Fundamental Justice*

Respondent's contention that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be entertained. The proceedings in this case are brought only against the company and not against any individuals. A corporation, unlike its officers, cannot avail itself of the protection offered by s. 7. The word "Everyone" in s. 7, read in light of the rest of the section, excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and includes only human beings.

Cases Cited

By the majority

Applied: *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **considered**: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; Eur. Court H. R., *Handyside* case, decision of 29 April 1976, Series A No. 24; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299.

seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

(5) *Justice fondamentale*

On ne peut retenir la prétention de l'intimée selon laquelle les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Dans la présente espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. À la différence de ses dirigeants, une société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Le mot «Chacun» à l'art. 7, compte tenu du reste de l'article, exclut les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts examinés**: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, décision du 29 avril 1976, série A nº 24; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

By the minority

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.
Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3(*c*), 17(1)(*a*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 987, 1001 to 1011.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1 [previously S.Q. 1978, c. 6], ss. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 2, 3.
Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.
Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381.

Authors Cited

Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Quebec. Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children. *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*, September 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
Canadian Association of Broadcasters. *Broadcast Code for Advertising to Children*, revised 1984.
Canadian Broadcasting Corporation. *Commercial Acceptance Policy Guideline*.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Broadcast Advertising Handbook: Acts, Regulations, and Guidelines on Broadcast Advertising*. Hull: Supply and Services Canada, 1978.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*. Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Citée par la minorité

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 33.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas-Canada, art. 987, 1001 à 1011.
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 2, 3.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1 [auparavant L.Q. 1978, chap. 6], art. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3*c*), 17(1)*a*).
Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.
Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, chap. 381.

Doctrine citée

Association canadienne des radiodiffuseurs. *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984.
Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Québec. Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants. *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux enfants*, septembre 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Guide de la publicité radiodiffusée: Lois, règlements et directives relatifs à la publicité radiodiffusée*. Hull: Approvisionnements et Services Canada, 1978.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*. Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Martin, Peter S. "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act". In Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organization for Economic Cooperation and Development. *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising*. Paris: OECD, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. "Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*". Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *The Consumer Protection Act: Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)*, 1980.

Scanlon, Thomas. "A Theory of Freedom of Expression". In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, setting aside a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 96. Appeal allowed, Beetz and McIntyre JJ. dissenting.

Yves de Montigny and *Richard Tardif*, for the appellant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *Q.C.*, *Luc Martineau* and *Marie-Josée Hogue*, for the respondent.

Pierre Valois and *Gilberte Bechara*, for the intervener Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Martin, Peter S. «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act». Dans Conférences Memorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires*. Paris: OCDE, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *La loi sur la protection du consommateur: Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans)*, 1980.

Scanlon, Thomas. «A Theory of Freedom of Expression». In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Société Radio-Canada. *Critères de la politique du code publicitaire*.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 96. Pourvoi accueilli, les juges Beetz et McIntyre sont dissidents.

Yves de Montigny et *Richard Tardif*, pour l'appelant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *c.r.*, *Luc Martineau* et *Marie-Josée Hogue*, pour l'intimée.

Pierre Valois et *Gilberte Bechara*, pour l'intervenant Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Grant S. Garneau, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Joseph J. Arvay and *Jennifer Button*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, *Q.C.*, and *Michel Sylvestre*, for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros and *Diane Lajoie*, for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LAMER AND WILSON JJ.—This appeal raises questions concerning the constitutionality, under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of ss. 248 and 249 of the Quebec *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, respecting the prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal (Kaufman and Jacques JJ.A.; Vallerand J.A. dissenting) on September 18, 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, allowing an appeal from the judgment of Hugessen A.C.J. of the Superior Court for the District of Montreal on January 8, 1982, [1982] C.S. 96, which dismissed the respondent's action for a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were *ultra vires* the legislature of the province of Quebec and subsidiarily that they were inoperative as infringing the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

Grant S. Garneau, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joseph J. Arvay et *Jennifer Button*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, *c.r.*, et *Michel Sylvestre*, pour les intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros et *Diane Lajoie*, pour l'intervenant la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER ET WILSON—Ce pourvoi soulève plusieurs questions relatives à la constitutionnalité, en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de l'al. 2*b*) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, qui interdisent la publicité télévisée destinée à des personnes âgées de moins de treize ans.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kaufman et Jacques; le juge Vallerand étant dissident) rendu le 18 septembre 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, prononcé par le juge en chef adjoint Hugessen le 8 janvier 1982, [1982] C.S. 96, lequel rejetait l'action intentée par l'intimée en vue de faire déclarer *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et, à titre subsidiaire, de les faire déclarer inopérants comme portant atteinte à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12.

I—The Relevant Legislative and Constitutional Provisions

The relevant provisions of the *Consumer Protection Act* are ss. 248, 249 and 252, which provide:

248. Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

249. To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of

(*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;

(*b*) the manner of presenting such advertisement;

(*c*) the time and place it is shown.

The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

252. For the purposes of sections 231, 246, 247, 248 and 250, "to advertise" or "to make use of advertising" means to prepare, utilize, distribute, publish or broadcast an advertisement, or to cause it to be distributed, published or broadcast.

The relevant provisions of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, are ss. 87 to 91 in Division II of Chapter VII, entitled "Advertising directed at children", which provide:

87. For the purposes of this Division, the word "child" means a person under 13 years of age.

88. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, under the following conditions:

(*a*) it must appear in a magazine or insert directed at children;

(*b*) the magazine or insert must be for sale or inserted in a publication which is for sale;

(*c*) the magazine or insert must be published at intervals of not more than 3 months; and

I—Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection du consommateur* sont les art. 248, 249 et 252:

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:

a) de la nature et de la destination du bien annoncé;

b) de la manière de présenter ce message publicitaire;

c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

252. Aux fins des articles 231, 246, 247, 248 et 250, on entend par faire de la publicité le fait de préparer, d'utiliser, de distribuer, de faire distribuer, de publier ou de faire publier, de diffuser ou de faire diffuser un message publicitaire.

Les dispositions pertinentes du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, sont les art. 87 à 91 de la section II du chapitre VII, intitulée «Publicité destinée à des enfants»:

87. Aux fins de la présente section, le mot «enfant» désigne une personne âgée de moins de 13 ans.

88. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants, aux conditions suivantes:

a) il doit être contenu dans une revue ou dans un encart qui est destiné à des enfants;

b) cette revue ou cet encart doit être offert en vente ou inséré dans une publication offerte en vente;

c) cette revue ou cet encart doit être publié à des intervalles n'excédant pas 3 mois; et

(*d*) the advertisement must meet the requirements of section 91.

89. An advertisement directed at children is exempted from the application of section 248 of the Act if its purpose is to announce a programme or show directed at them, provided that the advertisement is in conformity with the requirements of section 91.

90. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, if it is constituted by a store window, a display, a container, a wrapping or a label or if it appears therein, provided that the requirements of paragraphs *a* to *g*, *j*, *k*, *o* and *p* of section 91 are met.

91. For the purposes of applying sections 88, 89 and 90, an advertisement directed at children may not:

(*a*) exaggerate the nature, characteristics, performance or duration of goods or services;

(*b*) minimize the degree of skill, strength or dexterity or the age necessary to use goods or services;

(*c*) use a superlative to describe the characteristics of goods or services or a diminutive to indicate its cost;

(*d*) use a comparative or establish a comparison with the goods or services advertised;

(*e*) directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it;

(*f*) portray reprehensible social or family lifestyles;

(*g*) advertise goods or services that, because of their nature, quality or ordinary use, should not be used by children;

(*h*) advertise a drug or patent medicine;

(*i*) advertise vitamin in liquid, powdered or tablet form;

(*j*) portray a person acting in an imprudent manner;

(*k*) portray goods or services in a way that suggests an improper or dangerous use thereof;

(*l*) portray a person or character known to children to promote goods or services, except:

i. in the case of an artist, actor or professional announcer who does not appear in a publication or programme directed at children;

d) le message publicitaire doit être conforme aux exigences de l'article 91.

89. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants dont l'objet est d'annoncer un spectacle qui leur est destiné, à la condition que ce message soit conforme aux exigences de l'article 91.

90. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette de même que celui qui y apparaît, à la condition que les exigences des paragraphes *a* à *g*, *j*, *k*, *o* et *p* de l'article 91 soient respectées.

91. Aux fins de l'application des articles 88, 89 et 90, un message publicitaire destiné à des enfants ne peut:

a) exagérer la nature, les caractéristiques, le rendement ou la durée d'un bien ou d'un service;

b) minimiser le degré d'habileté, la force, l'adresse ou l'âge requis pour faire usage d'un bien ou d'un service;

c) employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service ou un diminutif pour en indiquer le coût;

d) employer un comparatif ou établir une comparaison en relation avec le bien ou le service qui fait l'objet du message publicitaire;

e) inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet;

f) représenter des habitudes de vie sociale ou familiale répréhensibles;

g) annoncer un bien ou un service qui, par sa nature, sa qualité ou son usage ordinaire, ne devrait pas être à l'usage d'un enfant;

h) annoncer un médicament ou une spécialité pharmaceutique;

i) annoncer une vitamine sous forme liquide, en poudre ou en comprimé;

j) représenter une personne agissant d'une façon imprudente;

k) représenter un bien ou un service de façon à en suggérer un usage impropre ou dangereux;

l) représenter une personne ou un personnage connu des enfants de façon à promouvoir un bien ou un service sauf:

i. s'il s'agit d'un artiste, d'un acteur ou d'un présentateur professionnel qui ne figure pas dans une publication ou une émission destinée aux enfants;

ii. in the case provided for in section 89 where he is illustrated as a participant in a show directed at children.

For the purposes of this paragraph, a character created expressly to advertise goods or services is not considered a character known to children if it is used for advertising alone;

(*m*) use an animated cartoon process except to advertise a cartoon show directed at children;

(*n*) use a comic strip except to advertise a comic book directed at children;

(*o*) suggest that owning or using a product will develop in a child a physical, social or psychological advantage over other children of his age, or that being without the product will have the opposite effect;

(*p*) advertise goods in a manner misleading a child into thinking that, for the regular price of those goods, he can obtain goods other than those advertised.

Sections 3 and 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* provide:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Sections 1, 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

ii. dans le cas prévu à l'article 89 à titre d'illustration de sa participation à un spectacle qui est destiné aux enfants.

Aux fins du présent paragraphe, n'est pas un personnage connu des enfants celui créé dans le but d'annoncer un bien ou un service, lorsqu'il est utilisé à cette fin seulement;

m) employer un procédé d'animation cinématographique sauf pour annoncer un spectacle d'animation cinématographique qui leur est destiné;

n) employer une bande illustrée sauf pour annoncer une publication de bandes illustrées qui leur est destinée;

o) suggérer que le fait de posséder ou d'utiliser un bien développe chez un enfant un avantage physique, social ou psychologique par rapport aux autres enfants de son âge, ou que la privation de cette marchandise a un effet contraire;

p) annoncer un bien d'une façon telle qu'un enfant soit faussement porté à croire que, pour le prix ordinaire de ce bien, il peut se procurer d'autres biens que celui annoncé.

Les articles 3 et 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec prévoient:

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

L'article premier, l'al. 2*b*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoient:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice.

II—The Respondent's Declaratory Action and the Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

In the fall of 1980 the respondent broadcast advertising messages which the Office de la protection du consommateur claimed were in contravention of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*. On November 21, 1980, following several warnings from the Office, the respondent instituted an action seeking a declaration that ss. 248 and 249 of the Act were *ultra vires* or alternatively inoperative. In December of that year some 188 charges of contravention of the Act were laid against the respondent. According to the respondent the charges were ultimately disposed of on the basis that the court which was seized of them lacked jurisdiction: *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74. An interlocutory injunction was granted against the respondent on June 26, 1981 by Landry J. of the Superior Court. That order was appealed. A motion to suspend the injunction pending the appeal was dismissed. A motion for contempt against the respondent and its vice-president was dismissed on the ground that the injunction order was too vague. The penal, injunction and contempt proceedings are not really relevant to the issues in the appeal but they serve to indicate the extent to which the respondent has become embroiled in the application of the challenged provisions and its interest in bringing its action for a declaration.

As appears from the judgment of Hugessen A.C.J. (as he then was), the principal contention of the respondent was that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were colourable legislation in that, while purporting to apply generally to commercial advertising directed to persons under thirteen years of age, their true purpose or object, as indicated by the regulations and the evidence of the nature of children's advertising at the time the provisions were adopted, was to prohibit television advertising directed to persons under thirteen

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

II—L'action en jugement déclaratoire de l'intimée et les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

Au cours de l'automne 1980, l'intimée a diffusé des messages publicitaires que l'Office de la protection du consommateur prétendait contrevenir aux art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Après avoir reçu plusieurs avertissements de l'Office, l'intimée a intenté, le 21 novembre 1980, une action en vue de faire déclarer *ultra vires* ou, subsidiairement, inopérants les art. 248 et 249 de la Loi. Au mois de décembre de la même année, quelque 188 accusations de contraventions à la Loi ont été déposées contre l'intimée. Selon cette dernière, les accusations ont finalement été rejetées pour le motif que le tribunal qui en avait été saisi n'avait pas compétence: *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74. Le juge Landry de la Cour supérieure a accordé une injonction interlocutoire contre l'intimée le 26 juin 1981. L'ordonnance a été portée en appel. Une requête visant à suspendre l'injonction jusqu'à ce qu'une décision soit rendue en appel a été rejetée. Une requête pour outrage contre l'intimée et son vice-président a été rejetée pour le motif que l'ordonnance d'injonction était trop vague. Les procédures pénales, les procédures relatives à l'injonction et à l'outrage ne sont pas vraiment pertinentes dans ce pourvoi mais elles illustrent bien les difficultés auxquelles l'intimée a fait face dans l'application des dispositions attaquées et son intérêt à intenter l'action déclaratoire.

Il ressort du jugement du juge en chef adjoint Hugessen (tel était alors son titre) que l'intimée prétendait essentiellement que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient de la législation déguisée en ce sens que, destinés apparemment à s'appliquer à l'ensemble de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans, leur véritable but ou objet, selon le règlement et la preuve relative à la nature de la publicité destinée aux enfants à l'époque de l'adoption des dispositions, était d'interdire

years of age. Hugessen A.C.J. expressed the respondent's contention as follows at p. 97: "The principal thrust of the plaintiff's [i.e. Irwin Toy's] attack is that this is colourable legislation. While the prohibition appears to be aimed at all forms of advertising directed to children, the exemptions granted by the regulations and the realities of commercial practice together result in the legislation having for principal, and indeed almost for exclusive purpose the prohibition of televised advertisements directed to children." In the Superior Court the respondent Irwin Toy adduced evidence to show that at the time the challenged provisions were adopted television was by a very large margin the advertising medium most used for children's advertising; that most of the other media used for children's advertising, such as magazines and inserts, were the subject of exemptions under ss. 87-91 of the regulations; and that the other media used for children's advertising that are not exempted from the prohibition in s. 248 of the Act are of such marginal and relatively little significance in practice as to make the prohibition in s. 248 essentially one, for all practical purposes, of television advertising alone. Hugessen A.C.J. conceded that if this were indeed the fact the legislation would be a colourable attempt to prohibit television advertising, but he took the view, acting on judicial notice of other forms of children's advertising, that the challenged provisions of the Act, as modified by the regulations, were not aimed exclusively at television advertising. Because of the submissions that were made in this Court with respect to his reasoning and findings on this issue we quote the pertinent passages of his reasons at p. 97 in full:

> There can be equally no doubt that the attacked legislation affects and is intended to affect television advertising. The words of section 249, quoted above, make this quite plain. Under the regulations, a number of other forms of advertising, notably that appearing in magazines specifically directed on children, are exempted from the prohibition. Plaintiff points out that television and children's magazines are the two principal vehicles which it uses for advertising aimed at children and that the exemption of the latter means that the

la publicité télévisée destinée aux enfants de moins de treize ans. Voici comment le juge Hugessen expose la prétention de l'intimée à la p. 97: [TRADUCTION] «Le principal moyen soulevé par la demanderesse [c.-à-d. Irwin Toy] est qu'il s'agit d'une législation déguisée. Bien que l'interdiction vise apparemment toute forme de publicité destinée aux enfants, l'effet combiné des exemptions prévues par le règlement et de la réalité des pratiques commerciales fait que la loi a comme objet principal, et même presque exclusif, l'interdiction de messages publicitaires télévisés destinés aux enfants». En Cour supérieure, l'intimée Irwin Toy a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'à l'époque de l'adoption des dispositions contestées, la télévision était de très loin le média le plus utilisé en matière de publicité destinée aux enfants; que la plupart des autres médias utilisés dans ce domaine, comme les revues et les encarts, étaient visés par les exemptions des art. 87 à 91 du règlement; que les autres médias de publicité destinée aux enfants, qui ne sont pas exemptés de l'application de l'art. 248 de la Loi, ont en pratique une importance secondaire et relativement minime de sorte que l'interdiction de l'art. 248 est essentiellement, une interdiction visant uniquement, à toutes fins utiles, la publicité télévisée. Le juge Hugessen a reconnu que, si tel était le cas, il s'agirait d'une loi déguisée visant à interdire la publicité télévisée mais il s'est dit d'avis, ayant pris connaissance d'office d'autres formes de publicité destinée aux enfants, que les dispositions contestées de la Loi, compte tenu des modifications apportées par le règlement, ne visaient pas exclusivement la publicité télévisée. En raison des arguments présentés devant cette Cour au sujet de son raisonnement et de ses conclusions à cet égard, nous reproduisons en entier les passages pertinents de ses motifs, à la p. 97:

> [TRADUCTION] On ne peut pas douter non plus que la loi attaquée vise et a pour but de viser la publicité télévisée. Ceci ressort clairement du libellé de l'art. 249 précité. En vertu du règlement, certaines autres formes de publicité, notamment celle apparaissant dans les revues destinées expressément aux enfants, sont exemptées de l'interdiction. La demanderesse souligne que la télévision et les revues pour enfants sont les deux principaux moyens qu'elle utilise en matière de publicité destinée aux enfants et que l'exemption prévue pour les

legislation is directed solely at the former. Plaintiff also points out that insofar as its business is concerned, there are no other practical advertising vehicles and that it does not use radio, billboards, direct mail or any of the various other possible supports for its publicity.

The argument is ingenious but seems to me to be based on a fallacious generalisation drawn from plaintiff's particular situation and practice. While it is no doubt true that plaintiff and other toy manufacturers have made heavy use of television for their advertising, it is certainly not the case that all advertising directed at children employs this medium. There is evidence before me of other vehicles being employed by other manufacturers who have a particular interest in the children's market and, even in the absence of such evidence, I believe I could take judicial notice of the fact that sporting goods, candy bars, breakfast cereals, fast foods, soft drinks and a whole range of other goods and services are promoted by means of advertisements directed wholly or largely at children. The vehicles employed can range all the way from billboards in hockey rinks or sports stadiums to giveaways in the form of hats or cards with pictures of athletes, to competitions or colouring books. With very few exceptions, all are covered by the prohibition in the legislation and are not exempted by the regulations. Hence the impugned sections are not aimed exclusively at television advertising.

Hugessen A.C.J. held that the purpose of the sections of the Act dealing with advertising, including the challenged provisions, was a valid one of consumer protection falling within provincial legislative jurisdiction under heads (13) and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. He indicated the relationship of the challenged provisions to the general purpose of the provisions respecting advertising in Title II as follows at p. 97:

As its name implies, the *Consumer Protection Act* has for its purpose the protection of the consumer against questionable business practices. Amongst such practices are misleading, deceptive or unfair advertising. The whole of Title II of the Act, comprising almost forty sections including the two presently under attack, deals with this subject. The evident aim and purpose is to make it more difficult for consumers to be led into making unwise bargains or to be subjected to undue pressures. It is not unreasonable for the Legislature to view children as being a particularly vulnerable target in

revues signifie que la loi vise uniquement la télévision. La demanderesse souligne également qu'en ce qui concerne son entreprise il n'existe aucun autre moyen de publicité efficace et qu'elle n'utilise pas la radio, les panneaux-réclames, les envois postaux ni aucun des divers autres supports publicitaires.

L'argument est ingénieux mais semble provenir d'une généralisation fallacieuse fondée sur une situation et des pratiques commerciales propres à la demanderesse. S'il est vrai que la demanderesse et d'autres fabricants de jouets ont largement utilisé la télévision pour leur publicité, on ne peut certainement pas affirmer que toute la publicité destinée aux enfants utilise ce média. J'ai la preuve devant moi que d'autres moyens sont utilisés par d'autres fabricants qui s'intéressent tout particulièrement au marché que constituent les enfants et, même en l'absence d'une telle preuve, je crois pouvoir prendre connaissance d'office du fait que la promotion d'articles de sport, de friandises, de céréales, d'aliments prêts-à-manger, de boissons gazeuses et d'un large éventail d'autres biens et services s'effectue par l'intermédiaire de la publicité destinée entièrement ou essentiellement aux enfants. La forme que peuvent prendre les moyens employés va des panneaux-réclames dans les stades ou dans les centres sportifs aux dons d'articles de promotion comme des chapeaux ou des photos d'athlètes, aux concours ou aux livres à colorier. Sous réserve de quelques rares exceptions, tous ces moyens sont visés par l'interdiction de la loi et ne sont pas exemptés par les règlements. Par conséquent, les articles attaqués ne visent pas exclusivement la publicité télévisée.

Le juge Hugessen a conclu que les articles de la Loi portant sur la publicité, y compris les dispositions contestées, avaient un objet valide, la protection du consommateur, relevant de la compétence législative provinciale en vertu des par. (13) et (16) de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a fait état du rapport entre les dispositions contestées et l'objet général des dispositions concernant la publicité dans le Titre II, à la p. 97:

[TRADUCTION] Comme son titre l'indique, la *Loi sur la protection du consommateur* a pour objet de protéger le consommateur contre les pratiques commerciales douteuses. La publicité fausse, trompeuse ou déloyale fait partie de ces pratiques. Tout le Titre II de la Loi, qui comprend presque quarante articles, dont les deux articles actuellement contestés, traite de cette question. De toute évidence, le but et l'objet sont de faire en sorte qu'il soit plus difficile pour les consommateurs d'être incités à conclure de mauvais marchés ou d'être soumis à des pressions indues. Ce n'est pas sans raison que le

this respect either as purchasers and consumers in their own right or as the means through which advertisers can bring pressure to bear upon their parents. Legislation aimed at regulating and controlling such advertising has a perfectly proper provincial purpose and is within the powers assigned to the Legislature under section 92 paragr. 13 and paragr. 16 of the *B.N.A. Act*.

With respect to the contention that the challenged provisions were inoperative because they had the effect of preventing the plaintiff from advertising by means of television, a matter within exclusive federal jurisdiction, Hugessen A.C.J., referring to the distinction between the message and the medium, applied the judgment of this Court in *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211, in which the Court distinguished between a regulation of television advertising applied to an advertiser and one applied to a television station or broadcast undertaking. Hugessen A.C.J. found it unnecessary to deal with the contention raised in the pleadings but not pressed in argument before him that the challenged provisions infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. He also summarily rejected a contention that the challenged provisions infringed the respondent's right to "commercial speech".

The respondent inscribed in appeal on January 14, 1982 from the judgment of the Superior Court dismissing its action for a declaration. On November 6, 1984, it applied to the Court of Appeal for leave to amend its declaration and inscription in appeal to invoke the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which entered into force after the judgment of the Superior Court, and to seek, in addition to the declaration already prayed for, a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were inoperative as infringing the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* and a declaration that the standard override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, purporting to exclude the application of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*, was *ultra vires*, as not being in conformity with the authority conferred

législateur considère les enfants comme une cible particulièrement vulnérable à cet égard, soit à titre d'acheteurs et de consommateurs indépendants soit à titre d'intermédiaires par lesquels les annonceurs peuvent exercer une pression sur les parents. La loi qui vise à réglementer et à contrôler cette publicité possède un objectif provincial tout à fait valable dans les limites des pouvoirs conférés à la législature en vertu des par. 13 et 16 de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.*

En ce qui concerne la prétention que les dispositions contestées sont inopérantes parce qu'elles ont pour effet d'empêcher la demanderesse de faire de la publicité par l'intermédiaire de la télévision, un domaine de compétence fédérale exclusive, le juge Hugessen, faisant état de la distinction entre le message et son support, a appliqué l'arrêt *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, dans lequel cette Cour a fait la distinction entre un règlement portant sur la publicité télévisée applicable à un annonceur et un règlement applicable à une station de télévision ou à une entreprise de radiodiffusion. Le juge Hugessen a conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter de l'argument, qui a été soulevé dans la procédure écrite mais ne l'a pas été dans les débats, selon lequel les dispositions contestées enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il a également rejeté sommairement la prétention que les dispositions contestées portaient atteinte au droit de l'intimée au «discours commercial».

Le 14 janvier 1982, l'intimée a interjeté appel du jugement de la Cour supérieure qui rejetait son action en jugement déclaratoire. Le 6 novembre 1984, l'intimée s'est adressée à la Cour d'appel pour obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration et son inscription en appel en vue d'invoquer la *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure, et d'obtenir, en plus de la déclaration déjà demandée, un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient inopérants parce qu'ils portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, et que la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui a pour objet d'exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*, était *ultra*

by s. 33 of the *Charter*. Leave to amend was granted by the Court of Appeal, and on December 13, 1984 the respondent's declaration was amended accordingly. The Court of Appeal also invited the parties to submit material that would be relevant to the question of justification under s. 1 of the *Charter*, should the challenged provisions be found to infringe s. 2(*b*) thereof, and this was done.

Like the Superior Court, the Court of Appeal disposed of the issue of validity under the division of powers on the basis of the judgment of this Court in *Kellogg's*, holding, without elaboration, that the case at bar was indistinguishable from *Kellogg's*. On the issue of validity of the override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, the Court applied its judgment in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, in which it had held that the standard override provision enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, and subsequent statutes and purporting to exclude the application of s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was *ultra vires* as not being in conformity with the authority conferred by s. 33 of the *Charter*. On the question of the alleged limitation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* the Court held that freedom of expression extended to commercial expression, that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringed freedom of expression and that the limit imposed on freedom of expression by these provisions was not justified under s. 1 of the *Charter*. It was on this last point that the members of the Court of Appeal differed. The majority (Kaufman and Jacques JJ.A.) were of the view that the s. 1 materials did not show, in respect of television advertising directed at children between the ages of six and thirteen, a sufficiently important legislative purpose to justify an interference with a guaranteed freedom. While they accepted that the materials established that advertising had a harmful effect on children of six years of age and under, they were of the opinion that it was not shown to have any harmful effect on other children within the contemplated age group so long as the product advertised was not

vires parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. La Cour d'appel a donné l'autorisation demandée et l'intimée a modifié sa déclaration en conséquence le 13 décembre 1984. La Cour d'appel a également invité les parties à soumettre des documents se rapportant à la question de la justification des dispositions en vertu de l'article premier de la *Charte*, pour le cas où il serait décidé que les dispositions contestées enfreignent l'al. 2*b*). Les parties l'ont fait.

Comme la Cour supérieure, la Cour d'appel a tranché la question de la validité selon le partage des pouvoirs en se fondant sur l'arrêt *Kellogg* de cette Cour et en concluant, sans élaborer davantage, que l'affaire en cause ne pouvait être distinguée de l'espèce. Sur la question de la validité de la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, la Cour d'appel a appliqué son arrêt *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, dans lequel elle avait conclu que la disposition dérogatoire type édictée par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* et des lois postérieures, visant à exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, était *ultra vires* parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. Sur l'allégation concernant la restriction de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, la Cour a conclu que la liberté d'expression s'étendait à l'expression commerciale, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portaient atteinte à la liberté d'expression et que la limite qu'ils imposaient à la liberté d'expression n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est sur ce dernier point que l'opinion des juges de la Cour d'appel diffère. Les juges de la majorité (les juges Kaufman et Jacques) ont exprimé l'avis qu'en ce qui concerne la publicité télévisée destinée à des enfants âgés de six à treize ans, les documents relatifs à l'article premier n'avaient pas démontré l'existence d'un objet législatif suffisamment important pour justifier une atteinte à une liberté garantie. Bien qu'ils aient reconnu que les documents démontraient que la publicité a des effets préjudiciables pour les enfants de six ans et moins, ils étaient d'avis que ces documents n'établissaient

injurious and the advertising was fair. Vallerand J.A., dissenting on this issue, agreed with his colleagues that the s. 1 materials did not clearly establish the allegedly harmful effect of television advertising directed at persons under 13 years of age but he was of the view that there were grounds for a serious concern about the possibility of such harm and that this concern made the legislative purpose behind the challenged provisions of sufficient importance to meet the first branch of the test under s. 1 laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Vallerand J.A. was further of the view that the means chosen—the total prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age—was the only effective means of dealing with the problem and that it was proportionate to the purpose served. Vallerand J.A. further rejected the contention that the challenged provisions were void for vagueness. In the result, the appeal from the judgment of the Superior Court was allowed and ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* declared to be inoperative.

III—The Constitutional Questions and the Issues in the Appeal

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Beetz J. in his order of January 30, 1987:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

pas que la publicité avait un effet préjudiciable sur les autres enfants du groupe d'âge visé tant que le produit annoncé n'était pas dommageable et tant que la publicité était loyale. Le juge Vallerand, dissident sur ce point, a convenu avec ses collègues que les documents relatifs à l'article premier n'établissaient pas clairement les effets préjudiciables allégués de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, mais il a exprimé l'avis que la possibilité même de l'existence de tels effets était matière à inquiétude assez sérieuse pour que l'objet législatif visé par les dispositions contestées soit suffisamment important pour répondre au premier volet du critère applicable en vertu de l'article premier, selon l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge Vallerand a également exprimé l'opinion que le moyen choisi, l'interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, était le seul moyen efficace de régler le problème et qu'il était proportionné aux fins poursuivies. Le juge Vallerand a également rejeté l'argument de la nullité des dispositions contestées pour cause d'imprécision. En fin de compte, la Cour d'appel a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure et déclaré inopérants les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

III—Les questions constitutionnelles et les questions litigieuses que soulève le pourvoi

Par ordonnance du 30 janvier 1987, le juge Beetz a formulé de la façon suivante les questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* *ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

The issues in the appeal in the order in which we propose to address them, to the extent necessary for the disposition of the appeal, may be summarized as follows:

1. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act ultra vires* the legislature of the province of Quebec or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

2. Are ss. 248 and 249 protected from the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the *Charter*?

3. Do ss. 248 and 249 infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*?

4. If so, is the limit imposed by ss. 248 and 249 on freedom of expression justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*?

5. Do ss. 248 and 249 infringe s. 7 of the Canadian *Charter* by creating a liability to deprivation of liberty in terms which are impermissibly vague, contrary to a principle of fundamental justice and to s. 1 of the *Charter*?

This appeal was heard at the same time as the appeals in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790. The issues respecting the validity of the standard override provision and whether freedom of expression extends to commercial expression are common to the three appeals. It is convenient, however, in this

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Les questions que soulève ce pourvoi, et l'ordre dans lequel nous proposons de les traiter dans la mesure où cela est nécessaire pour trancher ce pourvoi, peuvent être résumées de la façon suivante:

1. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

2. Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en conformité avec l'art. 33 de la *Charte*?

3. Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

4. Dans l'affirmative, la restriction imposée par les art. 248 et 249 à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise?

5. Les articles 248 et 249 enfreignent-ils l'art. 7 de la *Charte* canadienne en créant un risque de privation de liberté en des termes dont l'imprécision est inadmissible, contrairement à un principe de justice fondamentale et à l'article premier de la *Charte* canadienne?

Ce pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790. La question de la validité de la clause dérogatoire type et celle de savoir si la liberté d'expression s'étend à l'expression commerciale sont communes aux trois pourvois. Il convient toutefois, dans ce pourvoi, d'exa-

appeal to begin with consideration of the question of the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* under the division of powers because that issue logically precedes a consideration of whether the challenged provisions infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was the issue before the Superior Court and the issue that was disposed of first in the Court of Appeal. It was the issue on which the television broadcast interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc. (hereinafter referred to as "Pathonic") were granted leave to intervene. While the disposition of this issue by the Court of Appeal was not, of course, a ground of appeal by the Attorney General of Quebec, he addressed submissions to this issue, as did the respondent and the interveners.

IV—Whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Legislature of the Province of Quebec

Four separate issues emerge from the argument in this Court with respect to the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act:* (a) whether these provisions are distinguishable, in so far as their constitutional characterization is concerned, from the challenged provision of the advertising regulations under the *Consumer Protection Act* that was characterized by this Court in *Kellogg's, supra*, as having a valid provincial purpose; (b) whether, as contended by Pathonic, their effect on a television broadcast undertaking is such as to render them, despite the judgment of the Court in *Kellogg's*, inoperative in so far as television advertising is concerned; (c) whether they are practically and functionally incompatible with the regulatory scheme put into place by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) pursuant to the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; and (d) whether they amount to an invasion of the federal criminal law power. We discuss each of these issues in turn.

A. *The Constitutional Characterization of ss. 248 and 249*

In *Kellogg's*, the challenged provision was s. 11.53 of Division XI-A, entitled "Advertising

miner d'abord la question de la validité ou du caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* en regard du partage des pouvoirs parce que cette question précède logiquement l'examen de la violation possible de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'était la question soumise à la Cour supérieure et ce fut la première à être tranchée par la Cour d'appel. C'est sur cette question que les télédiffuseurs Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc. (ci-après appelés «Pathonic») ont eu l'autorisation d'intervenir. Bien que la décision de la Cour d'appel sur cette question n'ait évidemment pas été un des motifs de l'appel interjeté par le procureur général du Québec, ce dernier a présenté des arguments à son sujet tout comme l'intimée et les intervenants.

IV—Les articles 248 et 249 sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec?

Quatre questions distinctes ressortent des débats devant cette Cour concernant la validité ou le caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*: a) peut-on faire une distinction entre ces dispositions, en ce qui concerne leur qualification à des fins constitutionnelles, et la disposition contestée des règlements sur la publicité pris en application de la *Loi sur la protection du consommateur* dont cette Cour a dit, dans l'arrêt *Kellogg*, précité, qu'elle avait un objet provincial valide? b) l'effet de ces dispositions sur une entreprise de télédiffusion est-il tel que, malgré le jugement de la Cour dans l'arrêt *Kellogg*, il rend ces dispositions inopérantes en ce qui concerne la publicité télévisée, comme le prétend Pathonic? c) y a-t-il incompatibilité pratique et opérationnelle entre ces dispositions et le régime de réglementation mis en place par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en application de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11? et d) ces dispositions empiètent-elles sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel? Nous examinons chacune de ces questions séparément.

A. *La qualification constitutionnelle des art. 248 et 249*

Dans l'arrêt *Kellogg*, la disposition contestée était l'art. 11.53 de la section XI-A, intitulée

intended for children", of the General Regulations adopted pursuant to the authority conferred on the Lieutenant-Governor in Council by s. 102(*o*) of the *Consumer Protection Act* to make regulations "to determine standards for advertising goods, whether or not they are the object of a contract, or credit, especially all advertising intended for children". Section 11.53 of the regulations provided:

11.53 No one shall prepare, use, publish or cause to be published in Quebec advertising intended for children which:

. . .

(*n*) employs cartoons;

The Kellogg companies were charged with breaches of this provision in connection with certain television advertisements and an injunction was sought against them to restrain further infractions. An injunction was granted by the Superior Court, [1974] C.S. 498, but an appeal from this judgment was allowed by a majority of the Court of Appeal (Tremblay C.J. and Montgomery J.A.), [1975] C.A. 518, who held that since the content of television broadcasting fell within exclusive federal jurisdiction provincial legislation with respect to such content was inoperative, citing the judgment of this Court in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, in support of this conclusion. Turgeon J.A., dissenting, applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation incidentally affecting a matter. He held the challenged regulation and the law under which it was adopted to be within provincial jurisdiction although it might incidentally affect a matter within federal jurisdiction.

Martland J., with whom Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. concurred, held that the challenged provision validly applied to television advertising because it was part of a general regulation of advertising for children that had a valid provincial purpose and its effect on a television broadcast undertaking was a merely incidental one. Laskin C.J., dissenting, with whom Judson and Spence JJ. concurred, was of the view that the challenged provision could not validly

«Publicité destinée aux enfants», du Règlement général adopté en vertu du pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur en conseil par l'al. 102*o*) de la *Loi sur la protection du consommateur* «pour établir des normes concernant la publicité au sujet de tout bien faisant ou non l'objet d'un contrat ou crédit, spécialement toute publicité destinée aux enfants». L'article 11.53 du règlement prévoyait:

11.53 Nul ne peut, au Québec, préparer, utiliser, publier ou faire publier de la publicité destinée aux enfants qui:

. . .

n) emploie un dessin animé ou une bande illustrée (cartoon);

Les sociétés Kellogg avaient été accusées de plusieurs contraventions à cette disposition relativement à certaines annonces publicitaires à la télévision et on avait demandé une injonction pour leur interdire la perpétration d'autres infractions. La Cour supérieure avait accordé une injonction, [1974] C.S. 498, mais la Cour d'appel à la majorité (le juge en chef Tremblay et le juge Montgomery), [1975] C.A. 518, s'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, avait accueilli l'appel de cette décision en déclarant que, puisque le contenu des émissions de télévision relevait exclusivement du pouvoir législatif fédéral, la loi provinciale était inopérante en ce qui concernait ce contenu. Le juge Turgeon, dissident, avait fait une distinction entre une loi relative à une matière et une loi qui y touche incidemment. Il avait conclu que le règlement contesté et la loi en vertu de laquelle il avait été adopté, relevaient de la compétence provinciale même si le règlement pouvait toucher incidemment une matière de compétence fédérale.

Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré, le juge Martland a conclu que la disposition contestée s'appliquait validement à la publicité télévisée parce qu'elle faisait partie d'un règlement général sur la publicité destinée aux enfants qui avait un objet provincial valide et n'avait qu'incidemment un effet sur une entreprise de télédiffusion. Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Judson et Spence, le juge en chef Laskin, dissident, a

apply to prevent an advertiser from advertising its products on television because in such application it encroached on a matter within exclusive federal jurisdiction, the content of television broadcasting.

Like Turgeon J.A. in the Court of Appeal, Martland J. applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation which incidentally affects a matter, citing the judgment of the Court in *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238, as an analogous application of this distinction. He held that the challenged provision was aimed at certain kinds of advertising by advertisers and not at the operation of a television broadcast undertaking. He said at p. 225:

> In my opinion this regulation does not seek to regulate or to interfere with the operation of a broadcast undertaking. In relation to the facts of this case it seeks to prevent Kellogg from using a certain kind of advertising by any means. It aims at controlling the commercial activity of Kellogg. The fact that Kellogg is precluded from using televised advertising may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations but it does not change the true nature of the regulation. In this connection the case of *Carnation Company Ltd. v. The Quebec Agricultural Marketing Board* is analogous.

Martland J. stressed the fact that the regulation was being applied and the injunction sought against Kellogg and not against a television station. He reserved his opinion as to whether the regulation could be validly applied against a television station. He said at p. 225: "Whether the regulation could be applied to the television station itself or whether an injunction against Kellogg would bind such station does not arise in this case and I prefer to express no opinion with respect to it."

The disputed regulation in *Kellogg's*, as Martland J. observed, sought to prevent the advertiser "from using a certain kind of advertising by any means." It was concerned with a certain kind of advertising content but it applied to all advertising media employing such content. Moreover, it had a limited application to advertising content, merely

exprimé l'avis que la disposition contestée ne pouvait s'appliquer validement pour empêcher un annonceur de faire de la publicité télévisée à l'égard de ses produits parce qu'une telle application de la disposition empiétait sur une matière relevant de la compétence fédérale exclusive, le contenu des émissions de télévision.

Comme le juge Turgeon de la Cour d'appel, le juge Martland a fait une distinction entre une loi relative à une matière donnée et une loi qui y touche incidemment, citant l'arrêt de cette Cour *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238, pour illustrer une application comparable de cette distinction. Il a conclu que la disposition contestée visait certains types de publicités présentées par les annonceurs et non l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion. Il a dit à la p. 225:

> À mon avis, cette réglementation ne vise ni n'entrave l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. En l'espèce, elle tend à empêcher les Kellogg d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire. Elle vise à contrôler l'activité commerciale des Kellogg. Le fait que les Kellogg ne puissent se servir d'annonces publicitaires télévisées peut, incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision, mais cela ne modifie pas la vraie nature de la réglementation. À cet égard, l'arrêt *Carnation Company Ltd. c. La Régie des marchés agricoles du Québec* est comparable.

Le juge Martland a insisté sur le fait que le règlement et l'injonction demandée visaient Kellogg et non une station de télévision. Il ne s'est cependant pas prononcé sur la question de savoir si le règlement pouvait s'appliquer validement à l'égard d'une station de télévision. Il dit, à la p. 225: «La question de savoir si la réglementation s'applique à la station de télévision ou si une injonction émise contre les Kellogg liera cette station ne se pose pas en l'espèce et je préfère ne formuler aucune opinion à ce sujet».

Dans l'arrêt *Kellogg*, le juge Martland a souligné que le règlement contesté avait pour but d'empêcher l'annonceur «d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire». Il visait un certain type de contenu publicitaire mais il s'appliquait à tous les supports publicitaires faisant usage d'un tel contenu. En outre, son applica-

prohibiting the use of cartoons, but otherwise permitting children's advertising. It was thus a provision of general application in pursuit of the legislative object which Martland J. characterized as "to protect children in Quebec from the harmful effect of the kinds of advertising therein prohibited" (p. 223). It was aimed at all children's advertising employing cartoons, not at television advertising as such nor at the television broadcaster. The implication of the distinction emphasized by Martland J. between application to the advertiser and application to a broadcast undertaking is that provincial legislation of general application with respect to advertising content would only be considered to encroach on exclusive federal jurisdiction with respect to broadcast content to the extent it was applied to a broadcast undertaking, that is, to the control over content exercised by such an undertaking rather than by an advertiser.

In the case at bar the respondent contended that the challenged provision of the *Consumer Protection Act*, when read together with the regulations to which they are made expressly subject and considered in the light of the evidence of their practical effect, exhibit a different purpose or object from that of the regulation that was in issue in *Kellogg's*. The respondent contends that when the challenged provisions are seen in the context of the regulations and the evidence it is clear that they are aimed essentially and primarily at television as a medium of children's advertising, a matter within exclusive federal jurisdiction. In support of this contention the respondent emphasizes the relative importance of the prohibition of television advertising directed to persons under thirteen years of age, as indicated by the evidence and the extent of the exemptions provided by the regulations for other forms of children's advertising. The respondent contends that the trial judge was in error in taking judicial notice of the existence and relative importance of other forms of children's advertising. There is no doubt that the evidence adduced by the respondent at trial and the s. 1 and s. 9.1 materials submitted by the

tion au contenu publicitaire était limitée, interdisant seulement les dessins animés ou les bandes illustrées, mais permettant par ailleurs la publicité destinée aux enfants. Il s'agissait donc d'une disposition d'application générale dans la poursuite d'un objet législatif que le juge Martland a ainsi défini: «la protection des enfants du Québec contre les effets préjudiciables de certains types d'annonces publicitaires» (p. 223). La disposition visait toute publicité destinée aux enfants qui utilisait des dessins animés ou des bandes illustrées, et non la publicité télévisée en soi ni le télédiffuseur. L'incidence de la distinction, sur laquelle le juge Martland a insisté, entre l'application de la disposition à un annonceur et son application à une entreprise de radiodiffusion est que la législation provinciale d'application générale portant sur le contenu publicitaire ne serait réputée empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de contenu radiodiffusé que dans la mesure où elle serait applicable à une entreprise de radiodiffusion, c'est-à-dire au contrôle sur le contenu exercé par une telle entreprise plutôt que par un annonceur.

En l'espèce, l'intimée prétend que les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur*, compte tenu des réserves que peuvent y apporter les règlements et de leur effet pratique, ont un but ou un objet différent de celui du règlement visé dans l'arrêt *Kellogg*. L'intimée prétend que, lorsque les dispositions contestées sont examinées en corrélation avec les règlements et la preuve, il est clair qu'elles visent principalement et essentiellement la télévision comme support de publicité destinée aux enfants, une matière de compétence fédérale exclusive. À l'appui de cette prétention, l'intimée insiste sur l'importance relative de l'interdiction de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans telle qu'elle ressort de la preuve et de l'étendue des exemptions que le règlement prévoit pour les autres types de publicité destinée aux enfants. L'intimée prétend que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a pris connaissance d'office de l'existence et de l'importance relative des autres types de publicité destinée aux enfants. Il est clair que la preuve présentée par l'intimée en première instance et que les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 présentés par le

Attorney General of Quebec show that television advertising is by any measure the most important form of children's advertising. It is indisputably, however, not the only form as the exemptions indicate. Moreover, the genuine concern with the other forms of children's advertising is indicated by the extent to which the exempted forms are made subject to the content requirements of s. 91 of the regulations. The Attorney General of Quebec submitted that television advertising, because of its massive penetration and ease of access for children, did not lend itself to as precise regulation as other forms of communication and must therefore be the subject of a particular regime. The respondent argued that this was an admission that the prohibition in s. 248 of the Act was primarily directed at television advertising. We take it to have been in justification of a prohibition in the case of television advertising rather than a concession that the challenged provisions as modified by the regulations are aimed primarily at such advertising. The Attorney General of Quebec noted that there are other forms of children's advertising subject to the prohibition. On the whole, despite the fact that the relative impact on television advertising is much greater than it was in *Kellogg's*, we are of the opinion that ss. 248 and 249 of the Act, as modified by or completed by the regulations, can also be said to be legislation of general application enacted in relation to consumer protection, as in *Kellogg's*, rather than a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. In other words, the dominant aspect of the law for purposes of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. In effect, we agree with Hugessen A.C.J. on the general significance, for the purposes of characterization of the legislation, of the fact that other forms of advertising directed to persons under thirteen years, whatever be their relative importance, are not exempted from the prohibition. The existence of such other forms of children's advertising was not seriously challenged but rather their

procureur général du Québec révèlent que la publicité télévisée constitue de loin la forme la plus importante de publicité destinée aux enfants. Il est cependant indéniable que ce n'est pas la seule, comme l'indiquent d'ailleurs les exemptions. De plus, la préoccupation réelle que suscitent les autres formes de publicité destinée aux enfants ressort clairement de l'étendue de l'assujettissement de celles qui sont exemptées aux exigences imposées quant à leur contenu par l'art. 91 du règlement. Le procureur général du Québec soutient que la publicité télévisée, en raison de son impact massif et de sa facilité d'accès pour les enfants, ne se prête pas à une réglementation aussi précise que d'autres moyens de communication et doit donc être soumise à un régime particulier. L'intimée prétend qu'il admet donc que l'interdiction de l'art. 248 de la Loi vise principalement la publicité télévisée. Nous estimons qu'il s'agit de l'explication de l'interdiction quant à la publicité télévisée et non d'une admission que les dispositions contestées, telles que modifiées par le règlement, visent principalement cette publicité. Le procureur général du Québec fait observer que d'autres formes de publicité destinée aux enfants sont soumises à l'interdiction. Dans l'ensemble, bien que comparativement les répercussions des dispositions contestées en l'espèce sur la publicité télévisée soient beaucoup plus importantes que celles dont traitait l'affaire *Kellogg*, nous sommes d'avis que les art. 248 et 249 de la Loi, modifiés ou complétés par le règlement, peuvent également être qualifiés de dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur, comme dans l'affaire *Kellogg*, plutôt que de tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, d'édicter des dispositions relatives à la publicité télévisée. En d'autres termes, l'aspect dominant de la loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ou même principal de la loi. En fait, nous partageons l'opinion du juge Hugessen qu'il est significatif, aux fins de la qualification de la loi, que d'autres formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans, sans égard à leur

significance from the constitutional point of view in attempting to ascertain the dominant aspect of the legislation. The existence of such other forms of children's advertising did not rest entirely on the judicial notice taken by the trial judge, who said that even if there was not evidence of such other forms he would be prepared to take judicial notice of them. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not in our opinion a sufficient basis for a finding of colourability. There is no suggestion that the legislative or regulatory concern with these other forms of children's advertising is a mere pretense or façade for a primary, if not exclusive, purpose of regulating television advertising. It is not the relative importance of these other forms of advertising but the *bona fide* nature of the legislative concern with them that is in issue on the question of colourability.

importance relative, ne soient pas exemptées de l'interdiction. L'existence d'autres formes de publicité destinée aux enfants n'a pas été contestée sérieusement, c'est leur importance, d'un point de vue constitutionnel, pour tenter de déterminer l'aspect dominant de la loi qui a été contesté. L'existence de ces autres formes de publicité destinée aux enfants ne découle pas entièrement du fait que le juge de première instance en a pris connaissance d'office puisqu'il a dit que, même s'il n'y avait pas de preuve de l'existence de ces autres formes, il serait prêt à en prendre également connaissance d'office. À notre avis, l'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée. Rien n'indique que l'intérêt législatif ou réglementaire à l'égard de ces autres formes de publicité destinée aux enfants n'est qu'un simple prétexte ou une façade et que le but principal sinon exclusif en est de réglementer la publicité télévisée. Ce n'est pas l'importance relative de ces autres formes de publicité mais le caractère authentique de l'intérêt législatif qui est en cause quand il s'agit de savoir s'il y a législation déguisée.

B. *The Effect of ss. 248 and 249 on Broadcasting Undertakings*

The interveners Pathonic, as we understood their argument, did not contend, as did the respondent, that the challenged provisions of the *Consumer Protection Act* were distinguishable on their face in respect of the characterization of their purpose or object from the provision of the regulations that was considered in *Kellogg's*. They contended that the challenged provisions were rendered *ultra vires* or inoperative because of their effect on a television broadcast undertaking. They submitted that the prohibition of television advertising affected a vital part of the operation of such an undertaking and impaired the undertaking. The interveners suggested that what distinguished *Kellogg's* from the case at bar was the presence of a television undertaking in the proceedings. The presence of the interveners in the proceedings does not, of course, make the challenged provisions ones that are being applied to a television undertaking.

B. *L'effet des art. 248 et 249 sur les entreprises de télédiffusion*

Si nous comprenons bien leur argumentation, les intervenants Pathonic, contrairement aux intimés, ne prétendent pas que, pour ce qui est de la qualification de leur but ou objet, les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur* pouvaient, à la simple lecture, être distinguées, de la disposition réglementaire examinée dans l'arrêt *Kellogg*. Ils prétendent que les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes à cause de leur effet sur une entreprise de télédiffusion. Ils soutiennent que l'interdiction de la publicité télévisée porte atteinte à une partie vitale de l'exploitation d'une telle entreprise et constitue une entrave. Les intervenants ont laissé entendre que ce qui distinguait l'affaire *Kellogg* de la présente espèce était la présence d'une entreprise de télédiffusion dans les procédures. La présence des intervenants dans les procédures ne fait évidemment pas des dispositions contestées des dispositions

What the interveners really suggest is that had a television broadcast undertaking been represented in *Kellogg's* to establish the effect of a regulation of television advertising on such an undertaking the Court might have come to a different conclusion.

Recently, in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (*Bell Canada 1988*), Beetz J., writing for the Court, reviewed the principles of constitutional interpretation applicable to the regulation of federal undertakings. He distinguished between situations in which (1) a provincial law would, if applied to a federal undertaking, affect a vital part of its operations and (2) the effect of the provincial law on a federal undertaking, whether applied to it directly or not, would impair its operations (at pp. 859-60):

> The impairment test is not necessary in cases in which, without going so far as to impair the federal undertaking, the application of the provincial law affects a vital part of the undertaking . . . .
>
> In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralysing it.

The federal government has exclusive jurisdiction as regards "essential and vital elements" of a federal undertaking, including the management of such an undertaking, because those matters form the "basic, minimum and unassailable content" of the head of power created by operation of s. 91(29) and the exceptions in s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*. No provincial law touching on those matters can apply to a federal undertaking. However, where provincial legislation does not purport to apply to a federal undertaking, its incidental effect, even upon a vital part of the operation of the undertaking, will not normally render the provincial legislation *ultra vires*.

The case of *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

applicables à une entreprise de télédiffusion. Les intervenants veulent dire en réalité que si une entreprise de télédiffusion avait été représentée dans l'affaire *Kellogg* pour établir l'effet d'un règlement portant sur la publicité télévisée sur une telle entreprise, la Cour serait peut-être parvenue à une conclusion différente.

Récemment, dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (*Bell Canada 1988*), le juge Beetz, au nom de la Cour, a revu les principes d'interprétation constitutionnelle applicables à la réglementation des entreprises fédérales. Il a fait une distinction entre les situations dans lesquelles (1) une loi provinciale porterait atteinte à un élément essentiel de l'exploitation d'une entreprise fédérale si elle était appliquée à l'entreprise et (2) l'effet de la loi provinciale, appliquée directement ou non à une entreprise fédérale, entraverait son exploitation (aux pp. 859 et 860):

> . . . le test de l'entrave [est] insuffisant pour les cas où, sans aller jusqu'à l'entrave, l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale touche ou affecte un élément essentiel de cette entreprise . . .
>
> Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière.

Le gouvernement fédéral a compétence exclusive en ce qui concerne les «éléments vitaux ou essentiels» d'une entreprise fédérale, y compris sa gestion, parce que ces aspects forment le «contenu de base minimum et inattaquable» du pouvoir établi par l'application du par. 91(29) et les exceptions du par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune loi provinciale qui touche ces aspects ne peut s'appliquer à une entreprise fédérale. Toutefois, lorsque la loi provinciale n'a pas pour objet de s'appliquer à une entreprise fédérale, son effet accessoire, même à l'égard d'un élément essentiel de l'exploitation de l'entreprise, n'aura normalement pas pour effet de rendre la loi provinciale *ultra vires*.

L'arrêt *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

(P.C.), upon which Pathonic relied a great deal in its submissions, provides a counter-example to this last statement and illustrates the doctrine of impairment. The legislation there in issue, the Manitoba *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, c. 33, s. 162, provided that: "No person, firm, or corporation shall sell, or offer or agree to sell, or directly or indirectly attempt to sell, in Manitoba, any shares, stocks, bonds or other securities of or issued by any company unless the company has first been approved by the Board as one the securities of which are permitted to be sold in Manitoba and a certificate to that effect ... [is] issued by the Board." The Act exempted block sales of securities by companies to brokers but did regulate the sale of those securities by brokers to the public. In this sense, as Pathonic submitted, s. 162 did not apply to the companies themselves but applied, rather, to brokers. The issue before the Privy Council was whether s. 162 was *ultra vires* the province in so far as it purported to apply to the sale of the shares of a federally incorporated company.

In concluding that the province did not have jurisdiction to enact s. 162, Viscount Sumner, who delivered the judgment of their Lordships, considered the effect of the provision on federally incorporated companies (at pp. 266-67):

> An artificial person, incorporated under the powers of the Dominion with certain objects, invested by these powers with capacities to trade in pursuit of those objects and with the status and capacities of a Dominion incorporation, is ... liable in the most ordinary course of business to be stillborn from the moment of incorporation, sterilized in all its functions and activities, thwarted and interfered with in its first and essential endeavours to enter on the beneficial and active employment of its powers, by the necessity of applying to a Provincial executive for permission to begin to act and to raise its necessary capital, a permission which may be subjected to conditions or refused altogether according to the view, which in their discretion that executive may take of the plans, promises and prospects of a creation of the Dominion.

Despite the fact that s. 162 did not apply to federally incorporated companies, it succeeded, in-

(C.P.), sur lequel Pathonic s'appuie largement, est un contre-exemple de cette dernière affirmation et sert d'illustration à la théorie de l'entrave. La loi manitobaine en cause dans cette affaire, la *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, chap. 33, art. 162, prévoyait: [TRADUCTION] «Aucune personne, entreprise ou compagnie ne peut vendre, offrir ou convenir de vendre ou tenter, directement ou indirectement, de vendre, au Manitoba, des actions, des obligations ou d'autres valeurs d'une compagnie ou émises par une société à moins que celle-ci n'ait d'abord été agréée par la Commission comme société dont les valeurs mobilières peuvent être vendues au Manitoba en vertu d'un certificat [...] émis à cet effet par la Commission.» La vente en bloc de valeurs mobilières par les compagnies aux courtiers était exemptée de l'application de la loi mais la vente de ces valeurs par les courtiers au public était régie par la loi. Selon Pathonic, l'art. 162, en ce sens, ne s'appliquait pas aux compagnies elles-mêmes mais plutôt aux courtiers. Le Conseil privé devait décider si l'art. 162 était *ultra vires* de la province dans la mesure où il visait à s'appliquer à la vente des actions d'une compagnie constituée sous le régime fédéral.

En décidant que la province n'avait pas le pouvoir d'adopter l'art. 162, le vicomte Sumner, qui a rendu le jugement de leurs Seigneuries, a examiné l'effet de la disposition sur les compagnies constituées sous le régime fédéral (aux pp. 266 et 267):

> [TRADUCTION] Une personne morale, constituée en vertu des pouvoirs du Dominion en vue de certains objets, investie, par ces pouvoirs, de la capacité de faire des affaires pour parvenir à ces objets, du statut et des privilèges de la constitution en personne morale par le Dominion, est [...] susceptible, dans le cours ordinaire de ses affaires, d'être immobilisée dès le moment de sa constitution, d'être paralysée dans ses fonctions et ses activités, freinée et entravée dans son activité première et essentielle qui consiste à utiliser ses pouvoirs de façon active et lucrative, par l'obligation d'obtenir de l'exécutif de la province la permission de commencer à agir et d'amasser le capital nécessaire, permission qui peut être assortie de conditions ou refusée tout simplement selon l'opinion que se fait l'exécutif, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, des plans, de l'avenir et des projets d'une entité créée par le Dominion.

Bien que l'art. 162 ne s'appliquât pas aux compagnies constituées sous le régime fédéral, il avait

directly, in impairing their operation. That consequence was sufficient to render the provision *ultra vires* the province of Manitoba.

Although the impairment doctrine was developed in cases concerning the federal power to incorporate companies, Beetz J., in *Bell Canada 1988*, identified the relevance of this doctrine to the regulation of federal undertakings (at p. 862):

> [T]he transposition of the concept of impairment from the field of federally incorporated companies to that of federal undertakings may be valid in cases in which the application of provincial legislation to federal undertakings in fact impairs the latter, paralyses them or destroys them.

As the *Attorney-General for Manitoba* case makes clear, the concept of impairment extends not only to the direct application of provincial legislation but also to the indirect effect of that legislation. Thus, where provincial legislation applied to a federal undertaking affects a vital part of that undertaking or, though not applied directly to a federal undertaking, has the effect of impairing its operation, the legislation in question is *ultra vires*.

There is no doubt that television advertising is a vital part of the operation of a television broadcast undertaking. The advertising services of these undertakings therefore fall within exclusive federal legislative jurisdiction. It is well established that such jurisdiction extends to the content of broadcasting: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, and advertising forms a part of such content. However, ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. Nor did Pathonic contend that ss. 248 and 249 applied to television broadcasters. Indeed, it went so far as to submit that the province of Quebec was unable to regulate the advertising practices of television broadcasters because signals coming from outside the province and received directly by the public or re-distribut-

indirectement pour effet d'entraver leur exploitation. Cela suffisait à rendre cette disposition *ultra vires* de la province du Manitoba.

Même si la théorie de l'entrave a pris naissance dans des affaires relatives au pouvoir fédéral de constitution des compagnies, le juge Beetz, dans l'arrêt *Bell Canada 1988*, a fait ressortir la pertinence de cette théorie à l'égard de la réglementation des entreprises fédérales (à la p. 862):

> [L]a transposition de la notion d'entrave du domaine des compagnies à charte fédérale à celui des entreprises fédérales peut être utile dans les cas où l'application des lois provinciales aux entreprises fédérales entrave effectivement ces dernières, ou les paralyse, ou les détruit.

Selon l'arrêt *Attorney-General for Manitoba*, il est clair que la notion d'entrave s'étend non seulement à l'application directe de la loi provinciale mais également à l'effet indirect de cette loi. Ainsi, lorsque l'application de la loi provinciale touche un élément essentiel d'une entreprise fédérale ou, même si elle ne s'applique pas directement à cette entreprise, a pour effet d'entraver son exploitation, la loi en question est *ultra vires*.

Nul doute que la publicité télévisée est un élément essentiel d'une entreprise de télédiffusion. Les services de publicité de ces entreprises relèvent donc de la compétence exclusive du pouvoir fédéral. Il est bien établi que cette compétence s'étend au contenu de ce qui est diffusé: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, et que la publicité représente une partie de ce contenu. Cependant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* n'étaient pas destinées à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Pathonic ne prétend pas non plus que les art. 248 et 249 s'appliquent aux télédiffuseurs. En fait, Pathonic est allée jusqu'à soutenir que la province de Québec ne pouvait réglementer les pratiques publicitaires des télédiffuseurs parce que les signaux provenant de l'extérieur de la province

ed by a cable company could not be subject to the standards of the *Consumer Protection Act*. While this submission demonstrates that the Quebec government can only achieve partial success in controlling commercial advertising aimed at children, it also demonstrates that a province can aim to regulate provincial advertisers without applying its regulations to television broadcasters situate in the province. Therefore, the provisions in question do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation.

Do the provisions nevertheless have the effect of impairing the operation of a federal undertaking? The interveners adduced evidence showing the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs. This is not a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said, as in *Kellogg's* (at p. 225), is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations". Nor can it be said that the provisions have the potential to impair the operation of a broadcast undertaking. Interpreted strictly, as under the *Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)* produced by the Office de la protection du consommateur (October 8, 1980), products and services aimed exclusively at children "may not, for all practical purposes, be advertised during children's programs (unless the message is presented so that it cannot, in any way, arouse a child's interest)." Even if it were true, as Pathonic submitted, that applied this way, the provisions prevent the production of programs aimed at children since they remove potential funding for those programs—a contention which was denied by the Attorney General of Quebec, who insisted that advertisers were always free to aim their message

et captés directement par le public ou retransmis par une société de câblodistribution ne pouvaient être assujettis aux normes de la *Loi sur la protection du consommateur*. Bien que cet argument démontre que le gouvernement du Québec ne peut que partiellement réussir à contrôler la publicité télévisée destinée aux enfants, il démontre aussi qu'une province peut vouloir régir les annonceurs provinciaux sans appliquer ses règlements aux télédiffuseurs situés dans la province. Par conséquent, les dispositions en question ne portent pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en visant à s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation.

Quoi qu'il en soit, les dispositions ont-elles pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale? Les intervenants ont présenté des éléments de preuve pour montrer l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et pour établir que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants. Ce n'est pas suffisant pour conclure que l'effet des dispositions est d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise est «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer, comme dans l'arrêt *Kellogg* (à la p. 225), que les dispositions «[peuvent], incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision». On ne peut non plus affirmer que les dispositions constituent une entrave potentielle à l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. Interprétés strictement, comme dans le *Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité au moins de 13 ans)* publié par l'Office de la protection du consommateur (le 29 septembre 1980), les produits et services exclusivement destinés aux enfants «ne peuvent, à toutes fins pratiques, être annoncés dans les émissions pour enfants (à moins que la présentation du message ne soit telle qu'elle ne puisse, en aucune façon, susciter l'intérêt de l'enfant»). Même s'il était vrai, comme le soutient Pathonic, que les dispositions appliquées de cette façon empêchent la production d'émissions destinées aux enfants parce qu'elles suppriment leur financement éventuel—prétention

at adults rather than children, and which must also be considered in light of the explicit acceptance in the *Application Guide for Sections 248 and 249* (at p. 9) of educational advertising aimed at children produced by private companies—this would only demonstrate that the legislation constrains business decisions both for those who produce advertisements and for those who carry them. It should also be noted that Pathonic is subject to a parallel, though somewhat less stringent, requirement under the terms of the *Broadcast Code for Advertising to Children*, which Code is incorporated by reference as a condition of Pathonic's licence to carry on a broadcasting transmitting undertaking granted by the CRTC (at p. 3):

Pre-schoolers

Children of pre-school age often are unable to distinguish between program content and actual promotions. Therefore, any commercials scheduled for viewing during the school-day morning hours must be directed to the family, parent, or an adult, rather than to children.

Pathonic did not claim that such a limit on the conduct of its business had or could have the effect of disrupting its operations. Nor do we find that ss. 248 and 249 have or could have that effect.

C. *The Compatibility of ss. 248 and 249 with Federal Regulation*

Irwin Toy submitted that even if the effect of ss. 248 and 249 was not to impair the operation of a federal undertaking, these provisions conflicted with the declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11 (now R.S.C., 1985, c. B-9), which reads:

Broadcasting Policy for Canada

3. It is hereby declared that

. . .

(*c*) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only

que le procureur général du Québec nie, en insistant sur le fait que les annonceurs ont toujours la possibilité d'adresser leur message aux adultes plutôt qu'aux enfants et qu'il faut également envisager dans le contexte de la reconnaissance explicite contenue dans le *Guide d'application des articles 248 et 249* (à la p. 9) de la publicité éducative destinée aux enfants et produite par des sociétés privées—cela démontre simplement que la loi impose des restrictions aux décisions d'affaires que doivent prendre ceux qui conçoivent la publicité aussi bien que ceux qui la diffusent. Il convient également de souligner que Pathonic est assujetti à une exigence parallèle, quoique moins sévère, aux termes du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*; ce Code fait partie, par renvoi, des conditions de la licence que lui a délivrée le CRTC et qui l'autorise à exploiter une entreprise de radiodiffusion (à la p. 3):

Enfants d'âge préscolaire

Les enfants d'âge préscolaire sont souvent incapables de distinguer entre le contenu d'une émission et la promotion commerciale. Voilà pourquoi tout message publicitaire diffusé le matin pendant les heures de classe doit s'adresser à la famille entière, parents ou autres adultes, plutôt qu'aux enfants.

Pathonic n'a pas prétendu que cette restriction à la conduite de ses affaires avait ou pouvait avoir un effet perturbateur sur l'exploitation de son entreprise. Nous ne pouvons conclure non plus que les art. 248 et 249 ont ou pourraient avoir cet effet.

C. *La compatibilité des art. 248 et 249 avec la réglementation fédérale*

Irwin Toy soutient que, même si les art. 248 et 249 n'ont pas pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale, ces dispositions entrent en conflit avec la déclaration contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11 (maintenant L.R.C. (1985), chap. B-9):

Politique de la radiodiffusion pour le Canada

3. Il est, par les présentes, déclaré

. . .

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter

to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

The respondent argued that the only federal regulation restricting public access to television programming were the *Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381. Because these regulations do not restrict advertising aimed at children, and because s. 3 of the *Broadcasting Act* enshrines the right to freedom of expression subject only to generally applicable statutes or regulations, Irwin Toy submitted that the scheme of the *Broadcasting Act* provided legislative protection for their advertising activities. Under the doctrine of paramountcy, ss. 248 and 249, to the extent they purported to apply to television advertising, were therefore of no force or effect.

This argument cannot succeed. It is based, in part, on a misunderstanding of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23 (now R.S.C., 1985, c. I-21). The respondent concluded from ss. 2 and 3 of the *Interpretation Act* that the word "*loi*" in the French text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers only to federal laws of general application. Therefore, no provincial law of general application could restrict advertising. In fact, s. 2 of the *Interpretation Act* sets out the definition of various terms, including "*loi*" and the corresponding English term, "Act", as those terms are to be interpreted "in this Act", not as those terms are to be interpreted in every federal Act. Section 2 simply makes clear that the kind of Act or "*loi*" to which the *Interpretation Act* applies is a federal Act, not a provincial Act. That does not imply that whenever the word "loi" appears in a federal statute, it can only refer to a federal Act. Furthermore, the English text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers to "statutes", not "Acts". Thus, the definition of "Act" or "*loi*" in s. 2 of the *Interpretation Act* is simply not relevant. Even assuming that it could have that effect, the general declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act* does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings.

les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

L'intimée soutient que le seul règlement fédéral qui restreint l'accès du public à la programmation télévisée est le *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, chap. 381. Parce que ce règlement n'apporte pas de restrictions à la publicité destinée aux enfants et parce que l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît le droit à la liberté d'expression, sous la seule réserve des lois et des règlements d'application générale, Irwin Toy soutient que le régime de la *Loi sur la radiodiffusion* donne une protection législative à ses activités publicitaires. En vertu de la théorie de la prépondérance, les art. 248 et 249, dans la mesure où ils visent à s'appliquer à la publicité télévisée, sont donc inopérants.

Cet argument ne peut être accueilli. Il est en partie fondé sur une compréhension erronée de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 (maintenant L.R.C. (1985), chap. I-21). Se fondant sur les art. 2 et 3 de la *Loi d'interprétation*, l'intimée conclut que le mot «loi» dans le texte français de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* renvoie uniquement aux lois fédérales d'application générale. Par conséquent, aucune loi provinciale d'application générale ne peut restreindre la publicité. En fait, l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* définit divers termes, dont celui de «loi» et son équivalent anglais «*Act*», pour leur interprétation «[dans] la présente loi» (*in this Act*), et non dans toutes les lois fédérales. L'article 2 ne fait que préciser que le genre de «loi» ou «*Act*» visé par la *Loi d'interprétation* est une loi fédérale et non une loi provinciale. Cela ne signifie pas que chaque fois que le terme «loi» figure dans une loi fédérale, il ne peut s'agir que d'une loi fédérale. En outre, le texte anglais de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* utilise le terme «*statutes*» et non «*Acts*». Par conséquent, la définition des termes «loi» ou «*Act*» à l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* n'est tout simplement pas pertinente. À supposer même qu'elle puisse avoir cet effet, la déclaration générale contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne vise pas à empêcher les lois provinciales d'application générale d'avoir un effet accessoire sur les entreprises de télédiffusion.

More significantly, perhaps, the interveners, Pathonic, drew attention to a condition of its licence imposed by the CRTC pursuant to s. 17(1)(*a*) of the *Broadcasting Act* and typical of one of the conditions imposed on private television broadcasters:

> It is a condition of this licence that the licensee shall adhere to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children published by the Canadian Association of Broadcasters and to any amendment or amendments which may from time-to-time be made thereto.

As we understood their argument, Pathonic contended that such a condition of licence constituted regulatory action by the CRTC occupying the field as concerns television advertising aimed at children.

To address this argument, one must first outline the nature of the *Broadcast Code for Advertising to Children* and the manner in which it functions as an instrument of CRTC policy. According to Section A of the Code (revised, 1984):

> The Broadcast Code for Advertising to Children has been designed to complement the general principles for ethical advertising outlined in the Canadian Code of Advertising Standards which applies to all advertising. Both Codes are supplementary to all federal and provincial laws and regulations governing advertising, including those regulations and procedures established by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, the Department of Consumer and Corporate Affairs and Health and Welfare Canada.

The Code goes on to establish detailed guidelines which are in substance quite similar to the content standards established in the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* (albeit with respect to advertising not carried on television) and are in many cases more specific and demanding. The Code does, however, contemplate that advertisements which meet the requirements set out therein can aim at children. Indeed, it establishes a procedure for pre-clearance of advertisements by the "Children's Section of the Advertising Standards Council". Nevertheless, the Code is explicitly designed to supplement provincial and

Il est peut-être plus important encore de souligner que l'intervenant Pathonic a attiré notre attention sur une condition de sa licence que lui a imposée le CRTC en application de l'al. 17(1)*a*) de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui est habituellement imposée aux stations privées de télédiffusion:

> Cette licence est conditionnelle à ce que son titulaire s'engage à respecter les dispositions du Code de la publicité radio-télévisée destinée aux enfants publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et tout amendement qui pourra lui être apporté.

Si nous avons bien compris son argumentation, Pathonic prétend qu'une telle condition constitue une mesure de réglementation prise par le CRTC qui, de ce fait, occupe le champ de la publicité télévisée destinée aux enfants.

Pour traiter de cet argument, il faut d'abord expliquer la nature du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* et son rôle comme instrument de la politique du CRTC. Selon la section A du Code (révisée, 1984):

> Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été conçu pour servir de complément aux principes généraux d'éthique publicitaire énoncés dans le Code canadien des normes de la publicité, qui s'applique à toutes les formes de publicité. Ces deux codes sont des suppléments à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité, y compris les règlements et les directives émises par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le ministère de la Consommation et des Corporations ainsi que par Santé et Bien-être social Canada.

Le Code poursuit en donnant des directives détaillées qui sont semblables pour l'essentiel aux normes en matière de contenu établies dans le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (mais pour la publicité autre que télévisée) et qui, dans plusieurs cas, sont plus précises et exigeantes. Le Code prévoit cependant que les messages publicitaires conformes aux exigences établies peuvent s'adresser aux enfants. En fait, il prévoit une procédure d'approbation préalable des messages publicitaires par le «Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité». Quoi qu'il en soit, le Code

federal laws and does not purport to constitute the sole regulatory mechanism applicable to children's advertising.

While the Code is published by the Canadian Association of Broadcasters and is thus an instrument of self-regulation, it has been subject to formal consideration by the CRTC. On August 21, 1974, the CRTC issued a public announcement entitled "Broadcast Advertising to Children and Children's Programming" commenting on the Broadcast Code of Advertising and its relationship to CRTC policy (*Broadcast Advertising Handbook* (1978), at p. 11):

> Concern expressed to the Commission has indicated that even though the self-regulatory procedures of the Code have proven effective, further assurances were required to ensure adherence to the Code by legally enforceable procedures.
>
> The House of Commons Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, in its report on children's advertising, indicated that regardless of how excellent the procedures of self-regulation through the Broadcast Code might be, a stronger enforcement system would be desirable.
>
> The Commission, in conformity with its previous undertaking to ensure the effectiveness of the Code and to meet the expressed concerns, hereby gives notice
>
> 1. to all holders of licences to carry on broadcasting transmitting undertakings in Canada and all applicants for such licences, that adherence to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children will be made a specific condition of each licence; and
> 2. that a representative of the CRTC will formally represent the Commission at all deliberations of the Children's Advertising Sections of the Advertising Standards Council/Conseil des normes de la publicité which have the responsibility for pre-clearing all children's commercials.

Thus, by requiring, as a condition of licence, that television broadcasters adhere to the Code, and by participating in the pre-clearance deliberations respecting advertisements aimed at children, the CRTC has transformed the Code into more than an instrument of industry self-regulation; it has become the federal regulatory regime applicable to private television broadcasters.

est expressément conçu dans le but de compléter les lois fédérales et provinciales et ne prétend pas être le seul outil de réglementation applicable à la publicité destinée aux enfants.

Bien que le Code soit publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et constitue donc leur propre outil de réglementation, il a fait l'objet d'un examen formel du CRTC. Le 21 août 1974, le CRTC a publié un avis intitulé «La publicité destinée aux enfants et programmation pour enfants», qui traite du Code de la publicité radiotélévisée et de son rapport avec la politique du CRTC (*Guide de la publicité radiodiffusée* (1978), à la p. 12):

> Les opinions exprimées ont indiqué au Conseil que malgré l'efficacité des mesures auto-disciplinaires, des mesures additionnelles étaient nécessaires pour assurer le respect du code.
>
> Dans son rapport sur la publicité destinée aux enfants, le Comité permanent de la Chambre des Communes de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts a déclaré que malgré le mérite des méthodes auto-disciplinaires, il conviendrait d'imposer une procédure de mise en application plus ferme.
>
> Le Conseil, s'étant engagé à s'assurer de l'efficacité du code et à rassurer ceux que la situation inquiète, avise, par ces présentes
>
> 1. tous les titulaires de licence d'entreprises de radiodiffusion et tous les requérants, que le respect des dispositions du Code de la publicité destinée aux enfants deviendra une condition spécifique de toute licence de radiodiffusion; et,
> 2. qu'un délégué du C.R.T.C. représentera le Conseil à toutes les délibérations des départements de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité qui sont chargés d'approuver tous les messages commerciaux destinés aux enfants.

Ainsi, en exigeant, à titre de condition de la licence, que les télédiffuseurs se conforment au Code, et en participant à la procédure d'approbation préalable des messages publicitaires destinés aux enfants, le CRTC a donné au Code un statut autre qu'un simple outil de réglementation interne de l'industrie; il est devenu le système de réglementation fédéral applicable aux stations privées de radiodiffusion.

The regulatory regime put into place through the vehicle of the Code is designed to apply both to television broadcasters and to advertisers. However, as concerns advertisers, the CRTC does not claim to exercise any mandatory control. Conditions of licence apply only to broadcasters. The Code itself refers to the fact (at p. 6) that the Association of Canadian Advertisers, Inc. and the Canadian Toy Manufacturers Association have agreed to abide by the Code. But the Code does not purport to have the force of law with regard to them.

Consequently, can it be said that there is a conflict between a federal and provincial regulatory regime such that the doctrine of paramountcy must be invoked? It bears repeating that the federal conditions of licence on the one hand and provincial consumer protection legislation on the other apply to different actors: television broadcasters and advertisers. From a functional standpoint, however, any standard applied to television broadcasters will necessarily restrict the content of what advertisers produce for television, just as any standard applied to advertisers will necessarily restrict the content of what broadcasters show on television. Thus, if there is a "practical and functional incompatibility" (*Bell Canada 1988*, *supra*, at p. 867) between the standards applied to television advertisers and those applied to television broadcasters, the doctrine of paramountcy will come into play. If the two sets of standards are compatible, however, there is no need to invoke paramountcy. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, made the following observation in this regard (at p. 191):

> In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

Had the CRTC adopted the *Broadcast Code for Advertising to Children* not as "supplementary to all federal and provincial laws and regulations

Le système de réglementation mis en place par l'intermédiaire du Code est conçu pour s'appliquer tant aux télédiffuseurs qu'aux annonceurs. En ce qui concerne les annonceurs toutefois, le CRTC ne prétend exercer aucun contrôle obligatoire. Les conditions de la licence ne s'appliquent qu'aux télédiffuseurs. Le Code fait lui-même état du fait (à la p. 7) que l'Association canadienne des annonceurs Inc. et l'Association des manufacturiers canadiens de jouets ont accepté de se conformer au Code. Le Code ne prétend cependant pas avoir force de loi à leur égard.

Par conséquent, peut-on affirmer qu'il y a un conflit tel entre un système de réglementation fédéral et provincial qu'il faille invoquer la théorie de la prépondérance? Il faut répéter que les conditions applicables aux licences du fédéral, d'une part, et la loi provinciale sur la protection du consommateur, d'autre part, s'appliquent à des acteurs différents: les télédiffuseurs et les annonceurs. D'un point de vue fonctionnel, cependant, tout critère applicable aux télédiffuseurs aura automatiquement pour effet de restreindre le contenu de ce que les annonceurs produisent pour la télévision, au même titre que tout critère applicable aux annonceurs aura nécessairement pour effet de restreindre le contenu de ce que les télédiffuseurs présentent à la télévision. Par conséquent, s'il y a «incompatibilité pratique et opérationnelle» (*Bell Canada 1988*, précité, à la p. 867) entre les critères qui sont appliqués aux annonceurs à la télévision et les critères appliqués aux télédiffuseurs, la théorie de la prépondérance interviendra. Si toutefois les deux séries de critères sont compatibles, il est inutile d'invoquer la prépondérance. Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait la remarque suivante à ce sujet (à la p. 191):

> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Si le CRTC avait adopté le *Code de la publicité destinée aux enfants* non pas comme «supplément[. . .] à toutes les lois et à tous les règlements,

governing advertising", but rather as the sole and minimum standard to be applied, the question of conflict and functional incompatibility might have been a real one. But the federal and provincial schemes have been designed to exist side by side. Pre-clearance by the Children's Section of the Advertising Standards Council supplements a parallel evaluation system overseen by the Comité sur l'application des articles 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (see the *Application Guide for Sections 248 and 249*, op. cit., at p. 1). Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité» mais comme la seule norme minimale applicable, la question du conflit et de l'incompatibilité opérationnelle aurait pu véritablement se poser. Mais les systèmes fédéral et provincial ont été conçus pour coexister. L'approbation préalable par le Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité s'ajoute à un système parallèle d'évaluation qui relève du Comité sur l'application des art. 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (voir le *Guide d'application des articles 248 et 249*, *op. cit.*, à la p. 1). Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

D. *Sections 248 and 249 and the Criminal Law Power*

Irwin Toy's final submission concerning the division of powers was that the provisions in issue encroached on the criminal law power conferred on Parliament by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Section 278 of the *Consumer Protection Act* provides penalties, including fines and possible imprisonment, for those who are "guilty of an offence constituting a prohibited practice". Section 215 defines "prohibited practice" as "[a]ny practice contemplated in sections 219 to 251", and while the definition applies to Title II on business practices, there is no other definition of the term to explain its use in s. 278. However, s. 278 does not constitute the only sanction that can be applied against a breach of s. 248. Indeed, as we have already mentioned, the Office de la protection du consommateur at one stage sought an injunction ordering Irwin Toy to cease using commercial advertising aimed at children. Section 316 of the Act empowers the President of the Office to seek

D. *Les articles 248 et 249 et le pouvoir en matière de droit criminel*

Le dernier argument d'Irwin Toy concernant le partage des pouvoirs consiste à dire que les dispositions contestées empiètent sur le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement en matière de droit criminel. L'article 278 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des peines applicables, y compris des amendes et des peines d'emprisonnement, à celui «qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite». L'article 215 définit la «pratique interdite» comme «une pratique visée par les articles 219 à 251» et, bien que la définition s'applique au Titre II sur les pratiques de commerce, il n'existe aucune autre définition du terme pour expliquer son emploi à l'art. 278. L'article 278 ne constitue cependant pas la seule sanction applicable à une violation de l'art. 248. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, l'Office de la protection du consommateur, à un moment donné, a demandé une injonction ordonnant à Irwin Toy

injunctions against persons engaged in prohibited practices.

Having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. Subsection 92(15) of the *Constitution Act, 1867* provides that each provincial legislature may make laws respecting:

> 15. The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province made in relation to any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section.

This Court has on numerous occasions upheld provincial penal laws enacted in relation to otherwise valid provincial objectives: *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, and *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. The legislation here in issue is no different.

V—Whether ss. 248 and 249 Are Protected from the Application of the Canadian *Charter* by a Valid and Subsisting Override Provision

Section 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added to that Act by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, reads as follows:

> This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

Section 364 ceased to have effect by operation of s. 33(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* five years after it came into force, and it was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Charter*. The legislation enacting s. 364 came into

de cesser de faire usage de publicité commerciale destinée aux enfants. L'article 316 de la loi autorise le président de l'Office à demander des injonctions contre les personnes qui se livrent à des pratiques interdites.

Ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité, de par leur caractère véritable, comme des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que la législature de chaque province peut légiférer concernant:

> 15. L'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province sur des matières rentrant dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés au présent article;

Cette Cour a plusieurs fois déclaré valides des lois pénales provinciales adoptées à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776. Cela s'applique de la même manière aux dispositions législatives en cause ici.

V—Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur?

L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté à la Loi par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, se lit ainsi:

> La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

En vertu du par. 33(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 364 a cessé d'avoir effet cinq ans après son entrée en vigueur et il n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte*. La Loi édictant l'art. 364 est entrée en

force on June 23, 1982. As this Court decided in *Ford*, to the extent that s. 7 of the enacting legislation attempted to give retrospective effect to the override provisions it was of no force or effect. The result of this is that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7 and not on April 17, 1982 as the portion of s. 7 purporting to give retrospective effect to s. 1 envisaged. This means that s. 364 ceased to have effect on June 23, 1987 and that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision. As was stated in *Ford* (at p. 734), "on an application for a declaratory judgment in a case of this kind the Court should declare the law as it exists at the time of its judgment." We will thus proceed on the basis that ss. 248 and 249 are subject to the provisions of both the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

VI—Whether ss. 248 and 249 Limits Freedom of Expression as Guaranteed by the Canadian and Quebec Charters

A. *The Ford and Devine Appeals*

Although the issue relating to freedom of expression in this appeal was argued together with the *Ford* and *Devine* appeals, it is important to emphasize that, unlike in the present case, the two latter cases involved government measures restricting one's choice of language. As the Court stated in *Ford* (at p. 748):

> Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression.

Having determined that freedom of expression prevents prohibitions against using the language of one's choice, the question became whether, in the Court's words (at p. 766) "a commercial purpose removes the expression . . . from the scope of pro-

vigueur le 23 juin 1982. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ford*, dans la mesure où l'art. 7 de cette loi tentait de donner un effet rétroactif aux dispositions dérogatoires, il était inopérant. Il en résulte que les dispositions dérogatoires types édictées par l'art. 1 de la Loi sont entrées en vigueur le 23 juin 1982, en conformité avec le premier paragraphe de l'art. 7 et non le 17 avril 1982 comme l'envisageait la partie de l'art. 7 qui tentait de leur donner un effet rétroactif. Cela signifie que l'art. 364 a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987 et que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur. Comme il a été dit dans l'arrêt *Ford* (à la p. 734), «un tribunal saisi d'une requête en jugement déclaratoire devrait dire le droit tel qu'il existe au moment de son jugement». Nous allons donc poursuivre en tenant pour acquis que les art. 248 et 249 sont soumis tant aux dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qu'à celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

VI—Les articles 248 et 249 restreignent-ils la liberté d'expression garantie par les Chartes canadienne et québécoise?

A. *Les pourvois Ford et Devine*

Bien que la question de la liberté d'expression dans ce pourvoi ait été plaidée en même temps que les pourvois *Ford* et *Devine*, il est important de souligner que, à la différence de la présente espèce, les deux autres affaires portaient sur des mesures gouvernementales qui restreignaient l'usage de la langue de son choix. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Ford* (à la p. 748):

> La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression.

Dès lors qu'il était décidé que la liberté d'expression exclut l'interdiction d'utiliser la langue de son choix, la question, selon les termes de la Cour (à la p. 766), était devenue celle de savoir si «un but commercial exclut l'expression [. . .] du champ

tected freedom." Thus, while choice of language was the principal matter in those appeals, the commercial element to the expression in issue raised an ancillary question. As the Court made clear at the end of its discussion concerning freedom of expression (at p. 767):

> Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian *Charter* or to s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

The instant case concerns the regulation of advertising aimed at children and thus raises squarely the issues which were not treated in *Ford*. Whereas it was sufficient in *Ford* to reject the submission that the guarantee of freedom of expression does not extend to signs having a commercial message, this case requires a determination whether regulations aimed solely at commercial advertising limit that guarantee. This, in turn, requires an elaboration of the conclusion already reached in *Ford* that there is no sound basis on which to exclude commercial expression, as a category of expression, from the sphere of activity protected by s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

B. *The First Step: Was the Plaintiff's Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?*

Does advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? This question must be put even before deciding whether there has been a limitation of the guarantee. Clearly, not all activity is protected by freedom of expression, and governmental action restricting this form of advertising only limits the guarantee if the activity in issue was protected in the first place. Thus, for example, in *Reference Re Public Service*

d'application de la liberté garantie». Ainsi, bien que le choix de la langue ait constitué le point principal de ces pourvois, l'aspect commercial de l'expression considérée soulevait une question accessoire. Comme la Cour l'a dit clairement à la fin de son analyse de la liberté d'expression (à la p. 767):

> Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la *Charte* canadienne et l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

La présente espèce porte sur la réglementation de la publicité destinée aux enfants et soulève donc directement les questions qui n'ont pas été traitées dans l'arrêt *Ford*. Alors qu'il suffisait dans l'arrêt *Ford* de rejeter la prétention que la garantie de la liberté d'expression ne s'étendait pas à l'affichage comportant un message commercial, nous devons décider dans cette affaire si les règlements qui visent seulement la publicité commerciale restreignent cette garantie. Cette question, à son tour, exige que la Cour traite plus en détail de la conclusion déjà tirée dans l'arrêt *Ford* qu'il n'y a pas de raison valable d'écarter l'expression commerciale, comme catégorie d'expression, de la sphère des activités protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

B. *La première étape: l'activité de la demanderesse fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?*

La liberté d'expression vise-t-elle la publicité destinée aux enfants? Il faut poser cette question avant même de décider si la garantie a été restreinte. Il est clair que toute activité ne sera pas protégée par la liberté d'expression et que des mesures gouvernementales qui restreignent cette forme de publicité ne restreignent la garantie que si l'activité visée est elle-même protégée. Ainsi, par exemple, dans les arrêts *Renvoi relatif à la Public*

Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the majority of the Court found that freedom of association did not include the right to strike. The activity itself was not within the sphere protected by s. 2(*d*); therefore the government action in restricting it was not contrary to the *Charter*. The same procedure must be followed with respect to an analysis of freedom of expression; the first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression". If the activity is not within s. 2(*b*), the government action obviously cannot be challenged under that section.

The necessity of this first step has been described, with reference to the narrower concept of "freedom of speech", by Frederick Schauer in his work entitled *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) at p. 91:

> We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and ... something more than merely moving one's tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v.*

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, cette Cour, à la majorité, a conclu que la liberté d'association ne comprenait pas le droit de grève. L'activité elle-même ne relevait pas du champ protégé par l'al. 2*d*); par conséquent, le gouvernement n'enfreignait pas la *Charte* en la restreignant. Il faut faire le même cheminement pour l'analyse de la liberté d'expression; dans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression». Si l'activité ne relève pas de l'al. 2*b*), l'action gouvernementale ne peut évidemment pas être contestée en vertu de cet article.

Frederick Schauer, dans son ouvrage intitulé *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), parle de la nécessité de cette première étape au sujet de la notion plus restreinte de «liberté de parole», à la p. 91:

> [TRADUCTION] Nous tentons d'identifier les choses qu'une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n'englobent évidemment pas la totalité de l'activité humaine mais [...] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression

Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:

> ... is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(*b*) challenge would proceed.

The content of expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression:

était [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté» (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327); pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu» (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306). Et comme la Cour européenne l'affirmait dans l'affaire *Handyside*, Cour Eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24, à la p. 23, la liberté d'expression:

> ... vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique».

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2*b*).

Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression: par

for example, the written or spoken word, the arts, and even physical gestures or acts. While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. As McIntyre J., writing for the majority in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, observed in the course of discussing whether picketing fell within the scope of s. 2(*b*), at p. 588:

> Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence.

Indeed, freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure.

The broad, inclusive approach to the protected sphere of free expression here outlined is consonant with that suggested by some leading theorists. Thomas Emerson, in his article entitled "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, notes (at p. 886) that:

> ... the theory of freedom of expression involves more than a technique for arriving at better social judgments through democratic procedures. It comprehends a vision of society, a faith and a whole way of life. The theory grew out of an age that was awakened and invigorated by the idea of a new society in which man's mind was free, his fate determined by his own powers of reason, and his prospects of creating a rational and enlightened civilization virtually unlimited. It is put forward as a prescription for attaining a creative, progressive, exciting and intellectually robust community. It contemplates a mode of life that, through encouraging toleration, skepticism, reason and initiative, will allow man to realize his full potentialities. It spurns the alternative of

exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes. Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. Comme le faisait observer le juge McIntyre, au nom de la majorité, dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, lorsqu'il avait à décider si le piquetage relevait de la portée de l'al. 2*b*) (à la p. 588):

> Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence.

En fait, la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure.

Cette large interprétation du champ de la liberté d'expression est conforme à celle de certains théoriciens connus. Thomas Emerson dans son article «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, souligne (à la p. 886) que:

> [TRADUCTION] ... la théorie de la liberté d'expression est plus qu'une méthode pour parvenir à de meilleurs jugements sociaux par des procédures démocratiques. Elle englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. La théorie vient d'une époque qui a trouvé son éveil et sa vigueur dans l'idée d'une nouvelle société dans laquelle la pensée était libre, le sort de l'homme était déterminé par le pouvoir de la raison et la possibilité de créer une civilisation rationnelle et éclairée était presque illimitée. Elle est présentée comme le moyen de parvenir à une société créatrice, progressiste, stimulante et intellectuellement solide. Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et

a society that is tyrannical, conformist, irrational and stagnant.

D. F. B. Tucker in his book *Law, Liberalism and Free Speech* (1985) describes what he calls a "deontological approach" to freedom of expression as one in which "the protected sphere of liberty is delineated by interpreting an understanding of the democratic commitment" (p. 35). It is upon precisely this enterprise that we have embarked.

Thus, the first question remains: Does the advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? Surely it aims to convey a meaning, and cannot be excluded as having no expressive content. Nor is there any basis for excluding the form of expression chosen from the sphere of protected activity. As we stated in *Ford*, *supra*, at pp. 766-67:

> Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*.

Consequently, we must proceed to the second step of the inquiry and ask whether the purpose or effect of the government action in question was to restrict freedom of expression.

It bears repeating that in *Ford*, the discussion of commercial expression ended at this first stage. The Court had already found that the aim of ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* was to prohibit the use of one's language of choice. The centrality of choice of language to freedom of expression transcends any significance that the context in which the expression is intended to be used might have. It was therefore unnecessary in that case to inquire further whether the restriction of commercial expression limited freedom of expression.

C. *The Second Step: Was the Purpose or Effect of the Government Action to Restrict Freedom of Expression?*

Having found that the plaintiff's activity does fall within the scope of guaranteed free expression,

l'initiative. Elle écarte l'idée d'une société tyrannique, conformiste, irrationnelle et stagnante.

D. F. B. Tucker, dans son ouvrage *Law, Liberalism and Free Speech* (1985), aborde la liberté d'expression selon une approche qu'il qualifie de «déontologique» où [TRADUCTION] «la sphère de liberté protégée est délimitée par l'interprétation d'une vision de l'engagement démocratique» (p. 35). C'est précisément dans cette voie que nous sommes engagés.

La première question demeure: La publicité destinée aux enfants entre-t-elle dans le champ de la liberté d'expression? Il est certain qu'elle vise à transmettre une signification et qu'elle ne peut être écartée pour n'avoir pas de contenu expressif. Il n'y a aucune raison non plus d'exclure la forme d'expression choisie du champ des activités protégées. Comme nous le disions dans *Ford*, précité, aux pp. 766 et 767:

> Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Par conséquent, il nous faut passer à la deuxième étape de l'examen et nous demander si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée était de restreindre la liberté d'expression.

Il faut répéter que, dans l'arrêt *Ford*, l'analyse de l'expression commerciale a pris fin à cette première étape. La Cour avait déjà conclu que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* visaient à interdire l'usage de la langue de son choix. L'importance primordiale du choix de la langue pour la liberté d'expression transcende l'importance que pourrait avoir le contexte dans lequel on veut utiliser l'expression. Il était donc inutile dans *Ford*, de pousser l'analyse pour décider si la restriction de l'expression commerciale limitait la liberté d'expression.

C. *La deuxième étape: l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale était-il de restreindre la liberté d'expression?*

Ayant décidé que l'activité de la demanderesse relève du champ d'application de la garantie de la

it must next be determined whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity. The importance of focussing at this stage on the purpose and effect of the legislation is nowhere more clearly stated than in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-32 where Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, observed:

> In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.
>
> Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

Dickson J. went on to specify how this inquiry into purpose and effects should be carried out (at p. 334):

> In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability

liberté d'expression, il faut maintenant décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d'une signification par cette activité. Nulle part l'importance, à cette étape, d'une analyse de l'objet et de l'effet de la loi n'est affirmée plus clairement que dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 331 et 332, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer:

> À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité: un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.
>
> De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssés dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Le juge Dickson a poursuivi en précisant comment cet examen de l'objet et de l'effet devrait se faire (à la p. 334):

> Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il

and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

If the government's purpose, then, was to restrict attempts to convey a meaning, there has been a limitation by law of s. 2(*b*) and a s. 1 analysis is required to determine whether the law is inconsistent with the provisions of the Constitution. If, however, this was not the government's purpose, the court must move on to an analysis of the effects of the government action.

a. Purpose

When applying the purpose test to the guarantee of free expression, one must beware of drifting to either of two extremes. On the one hand, the greatest part of human activity has an expressive element and so one might find, on an objective test, that an aspect of the government's purpose is virtually always to restrict expression. On the other hand, the government can almost always claim that its subjective purpose was to address some real or purported social need, not to restrict expression. To avoid both extremes, the government's purpose must be assessed from the standpoint of the guarantee in question. Just as the division of powers jurisprudence of this Court measures the purpose of government action against the ambit of the heads of power established under the *Constitution Act, 1867*, so too, in cases involving the rights and freedoms guaranteed by the Canadian *Charter*, the purpose of government action must be measured against the ambit of the relevant guarantee. It is important, of course, to heed Dickson J.'s warning against a "theory of shifting purpose" (*Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 335): "Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable." This is not to say that the degree to which a purpose remains or becomes pressing and substantial cannot change over time. In *Big M Drug Mart*, Dickson J.'s principal concern was to avoid characterizing purposes in a way that shifted over time. But it is equally true that the government cannot have had

serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Donc, si l'objet du gouvernement était de restreindre la transmission d'une signification, la loi a apporté une restriction à l'al. 2*b*) et il faut déterminer en vertu de l'article premier si la loi est incompatible avec les dispositions de la Constitution. Cependant, si là n'était pas l'objet du gouvernement, la Cour doit poursuivre l'analyse et examiner l'effet de l'action gouvernementale.

a. L'objet

Dans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, il faut se garder de dériver vers l'un ou l'autre de deux extrêmes. D'un côté, la plus grande part de l'activité humaine comporte un élément d'expression et l'on pourrait conclure, selon un critère objectif, que l'un des aspects de l'objet poursuivi par le gouvernement est presque toujours de restreindre l'expression. D'un autre côté, le gouvernement peut presque toujours prétendre que le but poursuivi, d'un point de vue subjectif, correspondait à un besoin social véritable ou perçu, et non de restreindre l'expression. Pour éviter ces deux extrêmes, l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même. Tout comme la jurisprudence de cette Cour sur le partage des pouvoirs évalue l'objet de l'action gouvernementale en regard de la portée des pouvoirs établis en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même, dans les cas relatifs aux droits et aux libertés garantis par la *Charte* canadienne, il faut évaluer l'objet de l'action du gouvernement en regard de la portée de la garantie pertinente. Évidemment, il est important de tenir compte de la mise en garde du juge Dickson contre la «théorie de l'objet changeant» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335): «L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque». Cela ne veut pas dire que la mesure dans laquelle un objet est ou devient urgent et réel ne peut changer avec le temps. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson voulait

one purpose as concerns the division of powers, a different purpose as concerns the guaranteed right or freedom, and a different purpose again as concerns reasonable and justified limits to that guarantee. Nevertheless, the same purpose can be assessed from different standpoints when interpreting the division of powers, limitation of a guarantee, or reasonable limits to that guarantee.

principalement éviter de qualifier l'objet visé d'une façon qui changerait avec le temps. Mais il est tout aussi vrai que le gouvernement n'a pu viser un objet donné dans le contexte du partage des pouvoirs, un objet différent dans le contexte du droit ou de la liberté garantie et un autre objet encore dans le contexte des limites raisonnables et justifiées à cette garantie. Par contre, le même objet peut être évalué de différents points de vue lorsqu'on interprète le partage des pouvoirs, les restrictions apportées à une garantie ou les limites raisonnables.

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. Archibald Cox has described the distinction as follows (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. Voici comment Archibald Cox fait cette distinction (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

> The bold line ... between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

> [TRADUCTION] La ligne de démarcation [...] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to content", even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distri-

restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction "tied to content". It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a "manner of expression" need not lead inexorably to restricting a content. Of course, rules can be framed to appear neutral as to content even if their true purpose is to control attempts to convey a meaning. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, a municipal by-law forbidding distribution of pamphlets without prior authorization from the Chief of Police was a colourable attempt to restrict expression.

If the government is to assert successfully that its purpose was to control a harmful consequence of the particular conduct in question, it must not have aimed to avoid, in Thomas Scanlon's words ("A Theory of Freedom of Expression", in Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), at p. 161):

> a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.

In each of Scanlon's two categories, the government's purpose is to regulate thoughts, opinions, beliefs or particular meanings. That is the mischief in view. On the other hand, where the harm caused by the expression in issue is direct, without the intervening element of thought, opinion, belief, or a particular meaning, the regulation does aim at a harmful physical consequence, not the content or form of expression.

In sum, the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the

bution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d'expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu. Il va de soi que les règlements peuvent être rédigés de façon à paraître neutres quant au contenu même si leur véritable objet est de contrôler la transmission d'un message. Par exemple, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, on a décidé qu'un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts sans l'obtention préalable de l'autorisation du chef de police constituait une tentative déguisée de restreindre l'expression.

Pour que le gouvernement puisse démontrer que son but était de prévenir une conséquence préjudiciable de la conduite visée, il faut que son but n'ait pas été d'éviter, pour reprendre les propos de Thomas Scanlon («A Theory of Freedom of Expression», dans Dworkin, éd., *The Philosophy of Law* (1977), à la p. 161):

> [TRADUCTION] a) que certains individus subissent un préjudice qui serait l'adoption de croyances erronées par suite de ces actes d'expression; b) que des conséquences préjudiciables se produisent par suite d'actes exécutés en raison de ces actes d'expression si le lien entre les actes d'expression et les actes préjudiciables qui s'ensuivent tient uniquement au fait que l'acte d'expression a incité les agents à croire (ou a favorisé leur tendance à croire) que ces actes valaient d'être exécutés.

Dans chacune des deux catégories établies par Scanlon, l'objet que poursuit le gouvernement est de réglementer des pensées, des opinions, des croyances ou des significations particulières. C'est le méfait visé. En revanche, lorsque le préjudice causé par l'expression en cause est direct, sans qu'aucun élément particulier de pensée, d'opinion, de croyance ou de signification n'intervienne, le règlement vise une conséquence matérielle préjudiciable et non le contenu ou la forme de l'expression.

En résumé, la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie

guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

b. Effects

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

We have already discussed the nature of the principles and values underlying the vigilant protection of free expression in a society such as ours. They were also discussed by the Court in *Ford* (at pp. 765-67), and can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. It is not enough that shouting, for example, has an expressive element. If the plaintiff challenges the effect of government action

en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

b. Les effets

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. Par exemple, il ne suffirait pas de dire que des cris comportent un élément d'expres-

to control noise, presuming that action to have a purpose neutral as to expression, she must show that her aim was to convey a meaning reflective of the principles underlying freedom of expression. The precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is, of course, a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis. But the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

c. Sections 248 and 249

There is no question but that the purpose of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* was to restrict both a particular range of content and certain forms of expression in the name of protecting children. Section 248 prohibits, subject to regulation, attempts to communicate a commercial message to persons under thirteen years of age. Section 249 identifies factors to be considered in deciding whether the commercial message in fact has that prohibited content. At first blush, the regulations exempting certain advertisements transform the prohibition into a "time, place or manner" restriction aiming only at the form of expression. According to ss. 88 to 90 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, an advertisement can be aimed at children if: (1) it appears in certain magazines or inserts directed at children; (2) it announces a programme or show directed at children; or (3) it appears in or on a store window, display, container, wrapping, or label. Yet, even if all advertising aimed at children were permitted to appear in the manner specified, the restriction would be tied to content because it aims to restrict access to the particular message being conveyed. However, the regulations in question do more than just restrict the manner in which a particular content must be expressed. They also restrict content directly. Section 91 provides that even where advertisements directed at children are permitted, such advertisements must not, for example "use a superlative to describe the characteristics of goods or services" or

sion. Si la demanderesse conteste l'effet d'une action gouvernementale qui vise à réglementer le bruit, dans l'hypothèse que le but de cette action est neutre quant à l'expression, elle doit démontrer que son but est de transmettre un message qui reflète les principes qui sous-tendent la liberté d'expression. La délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève évidemment d'un examen judiciaire qui doit être fait dans chaque cas. Mais la demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

c. Les articles 248 et 249

Il ne fait pas de doute que l'objet des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* était de restreindre à la fois un type particulier de signification et certaines formes d'expression au nom de la protection des enfants. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, l'art. 248 interdit la transmission d'un message commercial à des enfants de moins de treize ans. L'article 249 énonce les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si le message commercial a réellement le contenu que la loi interdit. À première vue, le règlement qui exempte certains messages publicitaires transforme l'interdiction en une restriction quant «au moment, à l'endroit ou à la manière» qui viserait seulement la forme de l'expression. Selon les art. 88 à 90 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, un message publicitaire peut être destiné aux enfants: (1) s'il paraît dans certaines revues ou certains encarts destinés aux enfants; (2) s'il annonce une émission ou un spectacle destinés aux enfants; ou (3) s'il est constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette. Pourtant, même si toute publicité destinée aux enfants était autorisée à condition d'être faite de la manière prescrite, la restriction serait liée au contenu parce qu'elle vise à limiter l'accès au message particulier qui est transmis. Cependant, le règlement en question fait plus que restreindre la manière dont un contenu particulier doit être exprimé. Il restreint le contenu directement. L'article 91 prévoit que, même lorsque les messages publicitaires destinés aux enfants

"directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it". Furthermore, it is clear from the substantial body of material submitted by the Attorney General of Quebec as well as by the intervener, Gilles Moreau, president of the Office de la protection du consommateur, that the purported mischief at which the Act and regulations were directed was the harm caused by the message itself. In combination, therefore, the Act and the regulations prohibit particular content of expression. Such a prohibition can only be justified if it meets the test under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

D. *Summary and Conclusion*

When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step in the analysis is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still

sont permis, ces messages ne doivent pas, par exemple, «employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service» ou «inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet». En outre, il ressort clairement de la masse imposante de documents soumis par le procureur général du Québec ainsi que par l'intervenant Gilles Moreau, président de l'Office de la protection du consommateur, que le prétendu méfait que la Loi et le règlement visaient était le tort causé par le message lui-même. Par conséquent, l'effet combiné de la loi et du règlement est d'interdire un message particulier. Une telle restriction ne peut être justifiée que si elle passe l'épreuve de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

D. *Résumé et conclusion*

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour

claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

In the instant case, the plaintiff's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. They fall to be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

VII—Whether the Limit on Freedom of Expression Imposed by ss. 248 and 249 Is Justified Under s. 9.1 of the Quebec *Charter* or s. 1 of the Canadian *Charter*

The issues raised in this part are as follows: (a) whether the meaning, role and effect of s. 9.1 of the Quebec *Charter* are essentially different from that of s. 1 of the Canadian *Charter*; (b) whether the scheme put into place by ss. 248 and 249 is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law"; (c) whether the materials (hereinafter referred to as the s. 1 and s. 9.1 materials) relied on by the Attorney General of Quebec are relevant to justifying ss. 248 and 249 as a reasonable limit upon freedom of expression; and (d) whether the s. 1 and s. 9.1 materials justify banning commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

En l'espèce, l'activité de la demanderesse relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Elles doivent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

VII—La restriction que les art. 248 et 249 apportent à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ou de l'article premier de la *Charte* canadienne?

Les questions traitées dans ce chapitre sont les suivantes: a) le sens, le rôle et l'effet de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise sont-ils essentiellement différents de ceux de l'article premier de la *Charte* canadienne? b) le régime mis en place par les art. 248 et 249 est-il à ce point vague qu'il ne constitue pas une restriction prescrite «par une règle de droit»? c) les documents (ci-après appelés les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1) sur lesquels s'appuie le procureur général du Québec sont-ils pertinents pour démontrer que les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression? et d) les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans?

A. *The Meaning of s. 9.1 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

The respondent, Irwin Toy, argued that s. 3 of the Quebec *Charter* provides an absolute guarantee of free expression. On the respondent's submission, absent legislation declaring that these provisions apply notwithstanding the Quebec *Charter*, it was not open to the Attorney General to argue that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit to the s. 3 guarantee. However, in *Ford*, *supra*, this Court drew the following conclusion about s. 9.1 of the Quebec *Charter* (at pp. 769-70):

> In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion.

Since the test of rational connection and proportionality under s. 9.1 of the Quebec *Charter* is essentially the same as the test under s. 1 of the Canadian *Charter*, the two tests will be considered together.

B. *Whether ss. 248 and 249 Are too Vague to Constitute a Limit Prescribed by Law*

The respondent contended that ss. 248 and 249 were insufficiently precise to constitute a limit prescribed by law. For convenience, the two provisions are reproduced here:

> **248.** Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.
>
> **249.** To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of
>
> (*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;
>
> (*b*) the manner of presenting such advertisement;
>
> (*c*) the time and place it is shown.
>
> The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intend-

A. *Le sens de l'art. 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

L'intimée, Irwin Toy, soutient que l'art. 3 de la *Charte* québécoise donne une garantie absolue à la liberté d'expression. Selon l'intimée, en l'absence d'une loi qui déclarerait que ces dispositions s'appliquent nonobstant la *Charte* québécoise, le procureur général du Québec ne pourrait soutenir que les art. 248 et 249 constituent une limite raisonnable à la garantie de l'art. 3. Dans l'arrêt *Ford*, précité, cette Cour a cependant tiré la conclusion suivante quant à l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise (aux pp. 769 et 770):

> En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion.

Puisque le critère de la proportionnalité et du lien rationnel à l'égard de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise est essentiellement le même que le critère relatif à l'article premier de la *Charte* canadienne, les deux critères seront examinés ensemble.

B. *Les articles 248 et 249 sont-ils trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit?*

L'intimée soutient que les art. 248 et 249 ne sont pas assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Par souci de commodité, les dispositions sont reproduites ici:

> **248.** Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.
>
> **249.** Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:
>
> *a*) de la nature et de la destination du bien annoncé;
>
> *b*) de la manière de présenter ce message publicitaire;
>
> *c*) du moment ou de l'endroit où il apparaît.
>
> Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois et à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des

ed for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

The respondent's attack on the vagueness of these provisions was threefold: (1) ss. 248 and 249, read together, are confusing if not contradictory; (2) the courts are given insufficient guidance respecting how to interpret the ban on commercial advertising directed at children; and (3) there is too much scope for discretion to promulgate regulations. The third argument need not be addressed because this Court has already concluded that a limit is "prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements" (*R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51 *per* Le Dain J. for the Court). (Emphasis added.) A regulation promulgated pursuant to the statutory discretion such as the one here impugned can itself constitute a limit prescribed by law. Thus, only the first two arguments will be addressed.

a. Confusion and Contradiction

The respondent alleged that the last paragraph of s. 249 makes it all but impossible for the manufacturer of a children's product to know whether an advertisement of that product will run afoul of s. 248. One author has commented on the paragraph to the same effect (Martin, "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act" in Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec* (1980), at p. 222):

When this provision is read carefully, it seems that printed materials or broadcast time aimed only at adults are both covered, and this would appear to take away from the original provisions of this section in which it is said that account must be taken of the context of the presentation of the advertisement. When this section is read as a whole, it would seem that the fact that the advertisement appeared in the *Atlantic Monthly*, or the like, cannot be invoked as creating any presumption that an advertisement was not directed to children. On the

personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

L'argumentation de l'intimée quant au caractère imprécis de ces dispositions comporte trois volets: (1) les art. 248 et 249 forment un ensemble confus, voire contradictoire; (2) ils ne fournissent pas aux tribunaux d'indications suffisantes sur la façon d'interpréter l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants; et (3) le pouvoir discrétionnaire d'adopter des règlements est trop large. Il n'est pas nécessaire de traiter du troisième argument parce que cette Cour a déjà conclu qu'une restriction «est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application» (*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain au nom de la Cour). (Je souligne.) Un règlement promulgué en vertu d'un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, tel que celui en l'espèce, constitue une restriction prescrite par une règle de droit. Par conséquent seuls les deux premiers arguments seront examinés.

a. La confusion et la contradiction

L'intimée allègue que le dernier paragraphe de l'art. 249 fait qu'il est presque impossible pour le fabricant d'un produit pour enfant de savoir si un message publicitaire relatif à ce produit sera contraire à l'art. 248. Un auteur a fait la même observation au sujet de ce paragraphe (Martin, «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act» dans Conférences Mémorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur* (1980), à la p. 222):

[TRADUCTION] Lorsqu'on lit la disposition attentivement, il semble que les imprimés ou que la période de diffusion destinés seulement aux adultes soient tous deux visés, ce qui diffère apparemment du début de cet article dans lequel il est dit qu'on doit tenir compte du contexte de la présentation du message publicitaire. Lorsque l'article est pris dans son ensemble, il semble que le fait que le message publicitaire paraisse dans l'*Atlantic Monthly* ou une publication de ce genre ne puisse être invoqué à l'appui de l'existence d'une présomption que le

other hand, this fact could be taken into account as part of the context of the presentation of the advertisement. There is, in short, a contradiction in terms in the article and some redrafting appears required.

We conclude that s. 249 can be given a sensible construction. The narrow purpose of the last paragraph is to ensure that the three factors to be weighed by the judge, *viz.* the nature and intended purpose of the goods advertised, the manner of presenting the advertisement, and the time and place it is shown, are always weighed together. The last paragraph addresses only the third factor—time and place. It makes clear that children's product advertising, if presented in a manner aimed to attract children, is not permitted even if adults form the largest part of the public likely to see the advertisement. Of course if, in assessing "manner of presentation", the judge concludes that no children were likely to see the advertisement, it is also unlikely that the means chosen were designed to attract children. But the factors must all be weighed according to the balance of probabilities. No presumption is to be drawn by considering the third factor alone. Read this way, there is nothing inherently confusing or contradictory about ss. 248 and 249.

b. Judicial Discretion

The respondent contended that the test set out in ss. 248 and 249 leaves an inordinately wide discretion in the judge to determine whether a commercial advertisement was aimed at children. It cites the Introduction to the *Application Guide for Sections 248 and 249*, which comments on the prohibition against commercial advertising directed at children:

[T]he terms of the law can lend to different interpretations, thus allowing for some discretion in its application. This discretion is evident, for instance, in the determination of precisely what is meant by "intended for children". Therefore, the Office considers it important to make public the standards it has set to determine whether or not a given advertisement is permitted under the Act.

message publicitaire n'était pas destiné aux enfants. Par contre, ce fait pourrait être pris en considération à titre d'élément du contexte de la présentation du message publicitaire. Bref, il y a une contradiction dans les termes de l'article et sa rédaction mériterait d'être reprise.

Nous sommes d'avis qu'il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249. Le dernier paragraphe a pour objet restreint d'assurer que les trois facteurs dont le juge doit tenir compte, c.-à-d. la nature et la destination des biens annoncés, la manière de présenter le message publicitaire et le moment ou l'endroit où il apparaît, sont évalués ensemble. Le dernier paragraphe ne porte que sur le troisième facteur, le moment et l'endroit. Il dit clairement qu'une publicité pour un produit destiné aux enfants présentée de façon à attirer l'attention des enfants est interdite même si le public susceptible de la voir est composé en majeure partie d'adultes. Évidemment lorsque, après évaluation de «la manière de présenter» un message publicitaire, le juge conclut qu'aucun enfant n'est susceptible de le voir, il est également peu probable que les moyens choisis aient été conçus pour attirer l'attention des enfants. Mais il faut évaluer tous les facteurs selon la prépondérance des probabilités. On ne peut tirer aucune présomption de l'examen du troisième facteur seul. Interprétés de cette façon, les art. 248 et 249 n'ont rien d'intrinsèquement confus ou contradictoire.

b. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

L'intimée prétend que le critère établi par les art. 248 et 249 confère au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour décider si un message publicitaire est destiné aux enfants. L'intimée cite l'introduction du *Guide d'application des articles 248 et 249* qui traite de l'interdiction de faire de la publicité commerciale destinée aux enfants:

Cependant, les termes mêmes de la loi peuvent prêter à diverses interprétations, créant ainsi une marge discrétionnaire dans son application. Par exemple, une telle discrétion existe dans la détermination de ce que l'on entend par «destinée à des enfants». L'Office croit donc important de publier les critères qu'il a établis pour déterminer si une publicité est permise ou non, eu égard à la loi.

The respondent suggested that this reference to "discretion" made by the very agency charged with administering the statute demonstrates that ss. 248 and 249 are imprecise.

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Sections 248 and 249 do provide an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age. As explained above, s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. The courts are not simply given a discretion to ban whichever advertisements they please. In order to help advertisers comply with the ss. 248 and 249 standards, the Office de la protection du consommateur developed a more detailed series of guidelines which are not binding on the courts. One cannot infer from the existence of the guidelines that the courts have no intelligible standard to apply. One can only infer that the Office found it reasonable, as part of its mandate, to provide a voluntary pre-clearance mechanism allowing advertisers in most cases to substitute administrative decision-making for judicial decision-making.

C. *The Relevance of the s. 1 and s. 9.1 Materials*

The respondent contended that only evidence of legislative objective contemporary with the adop-

L'intimée a expliqué que la mention de l'existence d'une «marge discrétionnaire» dans un document émanant de l'organisme chargé de l'application de la loi démontre bien que les art. 248 et 249 sont imprécis.

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Les articles 248 et 249 fournissent une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans. Comme on l'a déjà expliqué, l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Il ne confère pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'interdire les messages publicitaires qu'ils veulent. Afin d'aider les annonceurs à se conformer aux critères des art. 248 et 249, l'Office de la protection du consommateur a donné une série de directives détaillées qui ne lient pas les tribunaux. On ne peut déduire de l'existence des directives que les tribunaux n'ont pas de norme intelligible à appliquer. On peut seulement en déduire que l'Office a jugé raisonnable, dans le cadre de son mandat, d'établir une procédure volontaire d'approbation préalable qui permet aux annonceurs dans la plupart des cas de soumettre leurs annonces à un processus décisionnel administratif plutôt que judiciaire.

C. *La pertinence des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1*

L'intimée prétend que seuls les éléments de preuve relatifs à l'objet visé par le législateur,

tion of ss. 248 and 249 was relevant to deciding whether these sections constitute a reasonable limit to freedom of expression. It therefore attacked the relevance of studies post-dating the enactment of the *Consumer Protection Act* and upon which the government did not rely in adopting the legislation.

Where the basis for its legislation is not obvious, the government must bring forward cogent and persuasive evidence demonstrating that the provisions in issue are justified having regard to the constituent elements of the s. 1 or s. 9.1 inquiry (see *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138). In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 335). However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 769). It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances.

The respondent claimed that the legislative debates provide no evidence of the intention of the government in enacting ss. 248 and 249 and therefore argued that all other evidence is superfluous. Yet, the following statement of the Minister responsible for the legislation, commenting on why the government chose the thirteen-year-old age limit, gives an adequate sense of the general purpose underlying the legislation (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), December 12, 1978—No. 226, at p. B-9501):

existant à l'époque de l'adoption des art. 248 et 249, sont pertinents pour décider si ces articles constituent une limite raisonnable à la liberté d'expression. Elle conteste donc la pertinence des études postérieures à l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*, études dont le gouvernement ne disposait pas au moment de l'adoption de la loi.

Lorsque le fondement de sa loi n'est pas clair, le gouvernement doit présenter une preuve forte et persuasive afin d'établir que les dispositions en cause sont justifiées compte tenu des éléments constitutifs de l'analyse en vertu de l'article premier ou de l'art. 9.1 (voir *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138). Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine (voir *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335). Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 769). Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances.

L'intimée prétend que les débats parlementaires n'apportent aucune preuve quant à l'intention du gouvernement lors de l'adoption des art. 248 et 249 et allègue donc que toute autre preuve est superflue. Cependant, la déclaration suivante du ministre responsable de la loi, au sujet des motifs pour lesquels le gouvernement a choisi la limite de treize ans, explique assez bien l'objet général de la loi (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), le 12 décembre 1978—nº 226, à la p. B-9501):

[TRANSLATION] **Ms. Payette:** What we wished to avoid at all costs—I think in response to an observation by the Office concerning the messages currently broadcast—was not actually reaching children. The proposal that pre-school age children be covered by the Bill did not seem adequate in the circumstances. It seemed to us that thirteen years of age was a good limit. It is possible that certain children are able to draw distinctions and make choices by the age of twelve. Certainly from the age of fourteen they are generally able to do so. So it seemed to us that thirteen, though arbitrary, was fair.

And since we have relied upon a regulatory framework which has been in place for a number of years and which uses the age of thirteen as a cut-off, we adopted that age, on the basis of our experience to date.

The question becomes whether the evidence submitted by the government establishes that children under 13 are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

One might wonder why the Attorney General did not tender in evidence certain reports and studies that were used by the government both in enacting the legislation and subsequently in reviewing its operation. Nor did the Attorney General rely upon the deliberations of the two legislative committees, one convened in 1976 and the other in 1978, which held hearings concerning revisions to the *Consumer Protection Act*. In her testimony before the 1978 committee, the Minister made repeated reference to studies conducted for the government and, in particular, to a document tabled with the committee and prepared by the Office de la protection du consommateur respecting the proposed legislation on children's advertising. None of these materials were filed. In September 1985, the Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children prepared a report entitled *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*. The Attorney General did not see fit to put this report before the Court. We are left to assess the

Mme Payette: Ce que nous voulions éviter à tout prix—je pense que c'est à partir d'une observation de la part de l'office quant aux messages qui sont télédiffusés présentement—c'était de ne pas rejoindre véritablement les enfants. La proposition qui nous était faite d'inclure dans le projet de loi des enfants d'âge préscolaire ne nous paraissait pas une proposition suffisante dans les circonstances. Il nous paraissait que treize ans était une bonne moyenne. Il se peut que certains enfants, à douze ans, soient en mesure de faire des distinctions, de faire des choix. Il est sûr qu'à partir de quatorze ans, en général, ils sont en mesure de le faire. Alors, il nous paraissait que treize ans était arbitraire et juste à la fois.

Et comme on s'appuie aussi sur une réglementation qui est en vigueur depuis un certain nombre d'années et qui comprend l'âge de treize ans, nous avons retenu cet âge, à partir des expériences qui ont été faites jusqu'à maintenant.

La question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la loi peuvent être utilisées à cette fin.

On peut se demander pourquoi le procureur général n'a pas présenté en preuve certains rapports et certaines études que le gouvernement a utilisés tant au moment de l'adoption de la loi qu'après, au moment de la révision de son application. Le procureur général ne s'est pas servi non plus des délibérations de deux commissions parlementaires, l'une convoquée en 1976 et l'autre en 1978 pour tenir des audiences au sujet des modifications à apporter à la *Loi sur la protection du consommateur*. Dans son témoignage devant la commission en 1978, la ministre a fait appel à plusieurs reprises aux études menées pour le compte du gouvernement et, en particulier, à un document déposé auprès de la commission et préparé par l'Office de la protection du consommateur au sujet du projet de loi sur la publicité destinée aux enfants. Aucun de ces documents n'a été déposé. En septembre 1985, le Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants a préparé un rapport intitulé *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux*

constitutionality of the legislation on the basis of the material that was filed.

D. *Whether the s. 1 and s. 9.1 Materials Justify Banning Commercial Advertising Directed at Persons Under Thirteen Years of Age*

It is now well established that the onus of justifying the limitation of a right or freedom rests with the party seeking to uphold the limitation, in this case the Attorney General of Quebec, and that the analysis to be conducted is that set forth by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, *supra*.

a. Pressing and Substantial Objective

The first part of the test involves asking whether the objective sought to be achieved by the impugned legislation relates to concerns which are "pressing and substantial in a free and democratic society". Dickson C.J. explained this requirement in *Oakes* at pp. 138-39:

> First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Because we have already found that the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by freedom of expression and that the purpose of the legislation is to prohibit particular content of expression in the name of protecting children, it is far from onerous to require that the concern underlying the restrictive legislation be a pressing and substantial one. Without such a high standard of justification, enshrined rights and freedoms would be stripped of most of their value.

enfants. Le procureur général a jugé bon de ne pas présenter ce rapport à la Cour. Il nous reste donc à examiner la constitutionnalité de la loi à partir des documents déposés.

D. *Les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans*?

Il est maintenant bien établi qu'il incombe à la partie qui cherche à maintenir la restriction apportée à un droit ou à une liberté, en l'espèce le procureur général du Québec, de justifier cette restriction et que l'analyse doit être faite de la façon décrite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

a. Un besoin urgent et réel

La première étape de l'analyse consiste à se demander si l'objectif que cherche à atteindre la loi contestée se rapporte à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique». Le juge en chef Dickson a expliqué cette exigence dans l'arrêt *Oakes*, aux pp. 138 et 139:

> En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

Puisque nous avons déjà conclu que les activités de la demanderesse relèvent du champ des activités protégées par la liberté d'expression et que l'objet de la loi est d'interdire un contenu particulier d'expression au nom de la protection des enfants, ce n'est pas trop demander que d'exiger que la préoccupation qui a donné lieu à la législation restrictive soit urgente et réelle. Sans cette norme élevée de justification, les droits et libertés protégés par la Constitution perdraient une grande partie de leur valeur.

In our view, the Attorney General of Quebec has demonstrated that the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and that the purpose of the legislation is one of great importance. The concern is for the protection of a group which is particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising. In the words of the Attorney General of Quebec, [TRANSLATION] "Children experience most manifestly the kind of inequality and imbalance between producers and consumers which the legislature wanted to correct." The material given in evidence before this Court is indicative of a generalized concern in Western societies with the impact of media, and particularly but not solely televised advertising, on the development and perceptions of young children. (For example: Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082; Canadian Association of Broadcasters, *Broadcast Code for Advertising to Children*, op. cit.; *Canadian Broadcasting Corporation, Commercial Acceptance Policy Guideline*, see in particular "The CBC and Children's Advertising"; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21st ed. 1980), see in particular "Responsibility Towards Children"; Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising* (1982); and J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). Broadly speaking, the concerns which have motivated both legislative and voluntary regulation in this area are the particular susceptibility of young children to media manipulation, their inability to differentiate between reality and fiction and to grasp the persuasive intention behind the message, and the secondary effects of exterior influences on the family and parental authority. Responses to the perceived problems are as varied as the agencies and governments which have promulgated them. However the consensus of concern is high.

À notre avis, le procureur général du Québec a fait la preuve que la préoccupation qui a abouti à l'adoption de la loi contestée était urgente et réelle et que l'objet de la loi était d'une très grande importance. La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. Selon les termes mêmes du procureur général du Québec, «Ce sont eux qui vivent le plus manifestement cette situation d'infériorité et de déséquilibre entre producteurs et consommateurs que le législateur a voulu corriger». Les documents présentés en preuve devant cette Cour font état d'une préoccupation généralisée dans les sociétés occidentales à l'égard de l'effet des médias et particulièrement, mais pas seulement, celui de la publicité télévisée, sur le développement et les perceptions des jeunes enfants. (Par exemple: Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada,* (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082; Association canadienne des radiodiffuseurs, *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, *op. cit.*; Société Radio-Canada, *Critères de la politique du code publicitaire*, voir en particulier, «Radio-Canada et la publicité destinée aux enfants»; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21e éd. 1980), voir en particulier «Responsibility Towards Children»; Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires* (1982); et J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). De façon générale, les préoccupations à l'origine de la loi et de la réglementation volontaire dans ce domaine concernent la vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale. Les solutions apportées aux problèmes perçus sont aussi variées que les agences et gouvernements qui les ont formulées. Tous s'accordent cependant sur l'importance du problème.

In establishing the factual basis for this generally identified concern, the Attorney General relied heavily upon the U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, which contains a thorough review of the scientific evidence on the subject as at 1981. The Report emerged from a rulemaking proceeding initiated by the FTC. The Report's assessment both of children's cognitive ability to evaluate television advertising directed at them and of the possible remedies to mitigate the adverse effects of such advertising are relevant here. One of its principal conclusions is that young children (2-6) cannot distinguish fact from fiction or programming from advertising and are completely credulous when presented with advertising messages (at pp. 34-35):

> In summary, the rulemaking record establishes that the specific cognitive abilities of young children lead to their inability to fully understand child-oriented television advertising, even if they grasp some aspects of it. They place indiscriminate trust in the selling message. They do not correctly perceive persuasive bias in advertising, and their life experience is insufficient to help them counter-argue. Finally, the content, placement and various techniques used in child-oriented television commercials attract children and enhance the advertising and the product. As a result, children are not able to evaluate adequately child-oriented advertising.

The Report thus provides a sound basis on which to conclude that television advertising directed at young children is *per se* manipulative. Such advertising aims to promote products by convincing those who will always believe.

It is reasonable to extend this conclusion in two ways. First, it can be extended to advertising in other media. For example, the OECD Report, op. cit., discusses children's advertising in all media including television, although the greatest body of evidence focusses on the persuasive force of television advertising. Second, it can be extended to advertising aimed at older children (7-13). The Attorney General filed a number of studies reach-

Pour établir le contexte factuel de cette préoccupation générale, le procureur général s'est surtout fondé sur le U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, qui contient une étude approfondie de la preuve scientifique qui existait sur le sujet en 1981. Le rapport découle d'une procédure de réglementation établie par le FTC. Dans ce rapport, l'analyse des capacités cognitives des enfants pour évaluer la publicité télévisée qui leur est destinée et des moyens possibles de minimiser les effets nuisibles de cette publicité, est pertinente en l'espèce. Selon l'une des principales conclusions du rapport, les jeunes enfants (de 2 à 6 ans) sont incapables de distinguer la fiction de la réalité ou les messages publicitaires des émissions proprement dites, et ils croient aveuglément ce que présente les messages publicitaires (aux pp. 34 et 35):

> [TRADUCTION] En résumé, le dossier produit en vue d'établir des règlements démontre qu'en raison de leurs capacités cognitives spécifiques, les jeunes enfants sont incapables de bien comprendre la publicité télévisée qui leur est destinée même s'ils en saisissent certains aspects. Ils croient aveuglément le message de vente. Ils ne perçoivent pas correctement la distorsion persuasive de la publicité et leur expérience de la vie n'est pas suffisante pour leur permettre d'envisager un point de vue contraire. Enfin, le contenu, l'endroit et les diverses techniques de la publicité commerciale destinée aux enfants sont choisis pour attirer les enfants et mettre en valeur la publicité et le produit. Par conséquent, les enfants sont incapables d'évaluer correctement la publicité qui leur est destinée.

Le rapport étaye solidement la conclusion que la publicité télévisée destinée aux jeunes enfants est en soi manipulatrice. Elle vise à promouvoir des produits en convainquant ceux qui sont toujours prêts à tout croire.

Il est raisonnable d'étendre la portée de cette conclusion de deux façons. Premièrement, elle peut s'appliquer à la publicité dans d'autres médias. Par exemple, le rapport de l'OCDE, précité, porte sur la publicité destinée aux enfants dans tous les médias, y compris la télévision, bien que la majeure partie de la preuve se rapporte à la force persuasive de la publicité télévisée. Deuxièmement, elle peut s'appliquer à la publicité destinée à des

ing somewhat different conclusions about the age at which children generally develop the cognitive ability to recognize the persuasive nature of advertising and to evaluate its comparative worth. The studies suggest that at some point between age seven and adolescence, children become as capable as adults of understanding and responding to advertisements. The majority in the Court of Appeal interpreted this evidence narrowly and found that it only justified the objective of regulating advertising aimed at children six or younger, not the regulation of advertising aimed at children between the ages of seven and thirteen. They concluded, and we agree, that the evidence was strongest with respect to the younger age category. Opinion is more divided when children in the older age category are involved. But the legislature was not obliged to confine itself solely to protecting the most clearly vulnerable group. It was only required to exercise a reasonable judgment in specifying the vulnerable group.

enfants plus âgés (7 à 13 ans). Le procureur général a déposé un certain nombre d'études qui arrivent à des conclusions quelque peu différentes quant à l'âge auquel les enfants acquièrent des capacités cognitives suffisantes pour reconnaître la nature persuasive de la publicité et évaluer sa valeur relative. Les études permettent de dire que quelque part entre l'âge de sept ans et l'adolescence, les enfants deviennent tout aussi capables que les adultes de comprendre les messages publicitaires et d'y réagir. La Cour d'appel, à la majorité, a donné une interprétation restrictive à cette preuve et a conclu qu'elle justifiait uniquement l'objectif de réglementation de la publicité destinée aux enfants de six ans ou moins et non la publicité destinée aux enfants de sept à treize ans. Elle a conclu, et nous partageons son avis, que la preuve était plus convaincante à l'égard des plus jeunes. Les opinions ne sont pas unanimes quant à la catégorie des plus âgés. Le législateur n'était cependant pas obligé de se limiter seulement à protéger le groupe le plus clairement vulnérable. Il était tenu seulement d'exercer un jugement raisonnable dans l'identification du groupe vulnérable.

As Dickson C.J. noted in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82, commenting on the legislative decision to exempt businesses having seven or fewer employees from a Sunday closing rule:

> I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as a cut-off point for eligibility for the exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(*a*) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

Comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, au sujet de la décision législative d'exempter les commerces qui comptaient sept employés ou moins de l'obligation de fermer leurs portes le dimanche:

> J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2*a*), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

The same can be said of evaluating competing credible scientific evidence and choosing thirteen, as opposed to ten or seven, as the upper age limit

On peut dire la même chose de l'évaluation de preuves scientifiques crédibles mais divergentes et du choix de treize ans plutôt que de dix ou de sept

for the protected group here in issue. Where the legislature mediates between the competing claims of different groups in the community, it will inevitably be called upon to draw a line marking where one set of claims legitimately begins and the other fades away without access to complete knowledge as to its precise location. If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another. In dealing with inherently heterogeneous groups defined in terms of age or a characteristic analogous to age, evidence showing that a clear majority of the group requires the protection which the government has identified can help to establish that the group was defined reasonably. Here, the legislature has mediated between the claims of advertisers and those seeking commercial information on the one hand, and the claims of children and parents on the other. There is sufficient evidence to warrant drawing a line at age thirteen, and we would not presume to re-draw the line. We note that in *Ford*, *supra*, at pp. 777-79, the Court also recognized that the government was afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence.

ans comme l'âge limite supérieur du groupe protégé en cause. Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. Quand on traite de groupes hétérogènes en soi et définis en fonction de l'âge ou d'une caractéristique analogue à l'âge, la preuve qu'une forte majorité du groupe requiert le genre de protection prévue par le gouvernement peut permettre d'établir que le groupe a été défini de façon raisonnable. En l'espèce, le législateur a arbitré entre les revendications des annonceurs et de ceux qui demandent une information de nature commerciale, d'une part, et les revendications des enfants et des parents, d'autre part. La preuve est suffisante pour tracer la ligne de démarcation à l'âge de treize ans et nous ne nous permettrions pas de retracer la ligne. Soulignons que, dans l'arrêt *Ford*, précité, aux pp. 777 à 779, la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

In sum, the objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation, *viz.* to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Indeed, that goal is reflected in general contract doctrine (see, for example, *Civil Code of Lower Canada*, arts. 987 and 1001 to 1011 respecting contracts with minors). Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising and advertisements directed at children would take advantage of this. The legislature reasonably concluded that advertisers should be precluded from taking advantage of children both by inciting them to

Bref, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. De plus, ce but ressort de la théorie générale des contrats (voir, par exemple, les art. 987 et 1001 à 1011 du *Code civil du Bas-Canada* sur les contrats conclus avec des mineurs). Les capacités des enfants ne sont pas aussi développées que celles des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et les messages publicitaires destinés aux enfants tirent avantage de ce fait. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher que

make purchases and by inciting them to have their parents make purchases. Either way, the advertiser would not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern. We thus conclude that the Attorney General has discharged the onus under the first part of the *Oakes* test.

b. Means Proportional to the Ends

The second part of the s. 1 and s. 9.1 test involves balancing a number of factors to determine whether the means chosen by the government are proportional to its objective. As Dickson C.J. stated in *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 768:

> Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights.

i. *Rational Connection*

There can be no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Simply put, adver-

les annonceurs exploitent les enfants soit en les incitant à acheter soit en les incitant à presser leurs parents d'acheter. D'une façon comme de l'autre, l'annonceur ne pourrait pas tirer profit de la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle. Nous sommes donc d'avis que le procureur général s'est acquitté de l'obligation que lui imposait la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*.

b. Des moyens proportionnels aux fins

La deuxième partie du critère des articles premier et 9.1 exige qu'on soupèse un certain nombre de facteurs pour déterminer si les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 768:

> En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

i. *Le lien rationnel*

Il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux

tisers are prevented from capitalizing on the inability of children either to differentiate between fact and fiction or to acknowledge and thereby resist or treat with some skepticism the persuasive intent behind the advertisement. In the present case, we are of the opinion that the evidence does establish the necessary rational connection between means and objective. In *Ford*, by contrast, no rational connection was established between excluding all languages other than French from signs in Quebec and having the reality of Quebec society communicated through the "*visage linguistique*".

ii. *Minimal Impairment*

We turn now to the requirement that "the means, even if rationally connected to the objective ... should impair 'as little as possible' the right or freedom in question": *Oakes*, *supra*, at p. 139. We would note that in this context, the standard of proof is the civil standard, that is, proof on the balance of probabilities. Furthermore, as Dickson C.J. observed in *Oakes*, *supra*, at p. 137:

> Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:
>
> > The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. En termes simples, on veut empêcher les annonceurs de tirer profit de l'incapacité des enfants de distinguer la réalité de la fiction ou de reconnaître la force persuasive cachée du message publicitaire, et donc d'y résister ou d'y réagir avec un certain scepticisme. En l'espèce, nous sommes d'avis que la preuve démontre l'existence du lien rationnel nécessaire entre les moyens et l'objectif. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, aucun lien rationnel n'avait été établi entre l'exclusion de toutes les autres langues que le français de l'affichage au Québec et la communication de la réalité de la société québécoise à travers son «visage linguistique».

ii. *L'atteinte minimale au droit ou à la liberté*

Abordons maintenant l'autre exigence selon laquelle, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, «le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question»: *Oakes*, précité, p. 139. Nous tenons à souligner qu'à cet égard la norme de preuve est celle qui s'applique en matière civile, c.-à-d. la preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 137:

> La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 495:
>
> > [TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

This observation is particularly relevant to the "minimal impairment" branch of the *Oakes* proportionality test. The party seeking to uphold the limit must demonstrate on a balance of probabilities that the means chosen impair the freedom or right in question as little as possible. What will be "as little as possible" will of course vary depending on the government objective and on the means available to achieve it. As the Chief Justice wrote in *Oakes, supra*, at p. 139:

> Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups.

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude. In *Edwards Books and Art Ltd., supra*, Dickson C.J. expressed an important concern about the situation of vulnerable groups (at p. 779):

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it

Cette remarque est particulièrement pertinente relativement au volet de «l'atteinte minimale» du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. C'est à la partie qui cherche à maintenir la restriction qu'il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les moyens choisis portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Ce qui est «le moins possible» va bien sûr varier selon l'objectif du gouvernement et les moyens dont il dispose pour l'atteindre. Comme le Juge en chef l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 139:

> Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes.

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir. Dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a exprimé une préoccupation importante en ce qui concerne la situation des groupes vulnérables (à la p. 779):

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par

is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 772).

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions: see *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, at p. 276. The same degree of certainty may not be achievable in cases involving the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources.

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

The strongest evidence for the proposition that this ban impairs freedom of expression as little as possible comes from the FTC Report. Because the

exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions: voir *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, à la p. 276. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées.

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

La meilleure preuve à l'appui de l'affirmation que cette interdiction porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression provient du rap-

Report found that children are not equipped to identify the persuasive intent of advertising, content regulation could not address the problem. The Report concluded that the only effective means for dealing with advertising directed at children would be a ban on all such advertising because "[a]n informational remedy would not eliminate nor overcome the cognitive limitations that prevent young children from understanding advertising" (p. 36). However, the Report also concluded that such a ban could not be implemented either on the basis of audience composition data or on the basis of a definition of "advertising directed at children". It thus counselled against a ban (at p. 2):

[T]he record establishes that the only effective remedy would be a ban on all advertisements oriented toward young children, and such a ban, as a practical matter, cannot be implemented.

The Report gave two reasons why a ban could not be implemented on the basis of audience composition data. First, according to the Report, viewing audiences were not so sufficiently segmented that one could implement a total ban on advertising during time periods when, on the basis of television ratings, programming is directed at young children. Only one network program was identified as attracting a viewing audience composed, over 30 per cent, by young children. Second, if the percentage were relaxed to, say, 20 per cent, a total ban on advertising would catch too many non-children and would still fail to catch all programs frequently watched by young children (at pp. 39-41):

The data indicate that if either a 50% or a 30% audience cutoff figure is used (*i.e.* when young children constitute 50% or 30% of the actual viewing audience), advertising on only one network program (Captain Kangaroo) would be affected. Advertising on more programs would be included in a ban only if the cutoff figure were lowered to 20%. However, the staff believes that utilizing a 20% cutoff figure would not be advisable because the use of such a low cutoff figure would affect the viewing of the 80% of the audience who are not young

port de la FTC. Parce qu'on a conclu dans le rapport que les enfants n'ont pas la capacité de discerner le but persuasif du message publicitaire, une réglementation du contenu ne pouvait régler le problème. Selon les conclusions du rapport, le seul moyen efficace de traiter de la publicité destinée aux enfants était de l'interdire tout à fait car [TRADUCTION] «[u]n correctif informationnel n'éliminerait ni ne surmonterait les limites cognitives qui empêchent les jeunes enfants de comprendre ce que sont les messages publicitaires» (p. 36). Cependant, on conclut également dans le rapport qu'une telle interdiction ne pourrait être mise en œuvre ni à partir des données sur la composition de l'auditoire ni à partir d'une définition de la «publicité destinée aux enfants». En conséquence, le rapport ne recommandait pas l'interdiction (à la p. 2):

[TRADUCTION] [L]es documents ont révélé que le seul correctif efficace serait d'interdire toute publicité destinée aux jeunes enfants et cette interdiction ne peut, à toutes fins pratiques, être mise en œuvre.

Le rapport fait état de deux raisons pour lesquelles une interdiction ne pourrait être mise en œuvre à partir de données sur la composition de l'auditoire. Premièrement, selon le rapport, les catégories de téléspectateurs ne sont pas assez compartimentées pour que l'on puisse interdire totalement la publicité pendant des périodes d'écoute au cours desquelles, d'après les cotes d'écoute, les émissions sont destinées aux jeunes enfants. On a identifié une seule émission du réseau qui attirait un auditoire composé de plus de 30 p. 100 de jeunes enfants. Deuxièmement, si le pourcentage était ramené à 20 p. 100 par exemple, une interdiction absolue viserait trop de téléspectateurs autres que des enfants et n'atteindrait toujours pas toutes les émissions que les enfants regardent fréquemment (aux pp. 39 à 41):

[TRADUCTION] Les données indiquent que si une tranche de 50 p. 100 ou de 30 p. 100 de l'auditoire était utilisée (c.-à-d. lorsque les jeunes enfants représentent 50 p. 100 ou 30 p. 100 des téléspectateurs réels), la publicité présentée au cours d'une seule émission du réseau (Captain Kangaroo) serait touchée. Ce n'est que si la tranche était réduite à 20 p. 100 qu'un plus grand nombre d'émissions seraient touchées par l'interdiction. Le personnel de la Commission ne recommande pas l'utilisation d'une tranche réduite à 20 p. 100 parce que

children and who do not have their cognitive limitations . . . .

Staff believes that implementing a ban utilizing a 20% figure would not be advisable because the ban's scope would still be underinclusive from the standpoint of advertising affected and the proportion of the child's total television viewing affected . . . Further analysis of viewing data for young children (two to five) indicates more specifically that if a 20% cutoff figure were used, advertising on only 24 network programs would be affected, 22 of which are shown on Saturday or Sunday mornings. The use of a 20% figure would not include advertising on child-oriented programs shown during other time periods. Only 13% of a young child's weekly viewing of television occurs on weekend mornings.

Because the FTC Report focussed on the effect of advertising aimed at young children (2-6) and proceeded on the basis that advertising directed at older children (7-13) did not pose a problem, it concluded, reasonably enough, that no definition could distinguish adequately between advertising directed at young children and advertising directed at older children (at pp. 44-45):

[The preliminary] Staff Report suggested a definition of "advertising directed to children" based on program design. A remedy based on this definition would ban advertising "in or adjacent to programs that have been designated as children's programs using some *a priori* judgments." The major and inherent drawback to this definition is that it does not distinguish between programs designed for younger children and those designed for older children . . . .

The lack of specificity in categorizing children's programs as being primarily for two-six year olds appears to coincide with the industry's practice of not directing advertisements solely to young children. For instance, CBS stated: "while certain advertisers who use television may wish to address young viewers, they rarely, if ever, limit their appeal to the young children alone."

Sections 248 and 249 preserve the rationale for a ban contained in the FTC Report at the same time as overcoming the practical limitations sug-

cela toucherait 80 p. 100 de téléspectateurs qui ne sont pas de jeunes enfants et n'ont pas leurs limites cognitives . . .

Le personnel ne recommande pas la mise en œuvre d'une interdiction fondée sur le chiffre de 20 p. 100 parce que l'étendue de l'interdiction serait encore insuffisante du point de vue de la publicité visée et de la proportion de la période d'écoute totale des enfants [. . .] Une analyse plus poussée des périodes d'écoute chez les jeunes enfants (deux à cinq ans) indique plus précisément que, si une tranche de 20 p. 100 était utilisée, seule la publicité de 24 émissions présentées sur le réseau serait touchée et que 22 de ces émissions sont présentées le samedi ou le dimanche matin. L'utilisation d'une tranche de 20 p. 100 ne viserait pas les émissions destinées aux enfants présentées au cours d'autres périodes d'écoute. Les matins de la fin de semaine représente seulement 13 p. 100 de la période d'écoute hebdomadaire d'un jeune enfant.

Parce que le rapport portait surtout sur l'effet de la publicité destinée aux jeunes enfants (2 à 6 ans) et tenait pour acquis que celle destinée aux plus âgés (7 à 13 ans) ne soulevait aucune difficulté, la FTC a conclu assez raisonnablement qu'aucune définition ne permettait de faire une distinction adéquate entre la publicité destinée aux jeunes enfants et celle destinée aux enfants plus âgés (aux pp. 44 et 45):

[TRADUCTION] Le personnel a proposé dans le rapport [provisoire] une définition de «publicité destinée aux enfants» fondée sur la planification des émissions. Si un correctif était apporté selon cette définition, la publicité serait interdite «au cours ou aux alentours d'émissions qui sont qualifiées d'émissions pour enfants à partir de jugements préconçus». Le défaut majeur et inhérent de cette définition est qu'elle n'établit pas de distinctions entre les émissions destinées aux plus jeunes enfants et celles destinées aux plus âgés . . .

L'absence de précision dans la classification des émissions pour les enfants de deux à six ans, paraît coïncider avec la pratique commerciale de ne pas adresser les messages publicitaires uniquement aux jeunes enfants. Par exemple, CBS a déclaré: «bien que certains annonceurs qui utilisent la télévision puissent vouloir s'adresser aux jeunes auditeurs, il arrive rarement, sinon jamais, qu'ils adressent exclusivement leurs messages aux jeunes enfants.»

Les articles 248 et 249 conservent le raisonnement qui selon le rapport de la FTC justifierait l'interdiction tout en apportant une solution aux

gested therein. The sections contemplate a larger age group than that envisaged by the FTC Report, and always allow advertising aimed at adults, thereby avoiding the difficulties identified in the Report both with a ban based on audience composition and with a ban based on the definition of "advertising directed to children". The *Application Guide for Sections 248 and 249* helps to illustrate this. It specifies a number of time periods during the day when, based on Bureau of Broadcast Measurement (BBM) statistics, over 15 per cent of the audience is made up of children aged 2 to 11. It was possible to arrive at these time periods despite the FTC's arguments precisely because a larger target group was specified. Furthermore, using this larger target group, it was possible for the Office de la protection du consommateur to identify products and advertising methods aimed at children. In this way, the 15 per cent cut-off does not serve to justify a ban on all advertising (as the 20 per cent cut-off discussed by the FTC was designed to do). By specifying categories of (1) products, (2) advertisements and (3) audience, the Guide allows for a sophisticated appraisal of when an advertisement is aimed at children. These three categories are drawn directly from s. 249 and their elaboration by the Office is an attempt to perform the same balancing test required of the courts. Three categories of products are specified: (1) those aimed exclusively at children (toys, and certain candies and foods); (2) those having a large attraction for children (certain cereals, desserts and games); and (3) those aimed at adults. Four categories of advertisements are specified: (1) those not likely to interest children; (2) those not designed to interest children; (3) those directed only partly to children; and (4) those aimed mainly at children. Three categories of audience are specified: (1) children compose over 15 per cent; (2) children compose between 5 per cent and 15 per cent; and (3) children compose less than 5 per cent. On this basis, the Guide sets forth a table according to which different kinds of advertisements for the various product categories will be permitted depending upon audience composition. There is a system of pre-clearance run by a committee of the Office which helps advertisers to

limites pratiques qui y sont mentionnées. Les articles visent un groupe d'âge plus large que celui envisagé dans le rapport de la FTC et autorisent toujours les messages publicitaires destinés aux adultes, évitant ainsi les difficultés que le rapport associe à une interdiction fondée sur la composition de l'auditoire et à une interdiction fondée sur la définition de l'expression «publicité destinée aux enfants». Le *Guide d'application des articles 248 et 249* illustre bien ce point. Il identifie un certain nombre de périodes d'écoute pendant la journée au cours desquelles plus de 15 p. 100 de l'auditoire, selon les statistiques du Bureau of Broadcast Measurement (BBM), sont des enfants de 2 à 11 ans. Il a été possible d'identifier ces périodes d'écoute malgré les arguments de la FTC, justement parce qu'on a utilisé un groupe cible plus large. En outre, à partir de ce groupe cible plus large, l'Office de la protection du consommateur a pu identifier les produits et méthodes publicitaires destinés aux enfants. De cette façon, la tranche de 15 p. 100 ne sert pas à justifier l'interdiction de toute publicité (comme était censée le faire la tranche de 20 p. 100 examinée par la FTC). En identifiant les catégories (1) de produits, (2) de messages publicitaires et (3) d'auditeurs, le Guide prévoit une évaluation très élaborée pour déterminer quand un message publicitaire est destiné aux enfants. Ces trois catégories proviennent directement de l'art. 249 et l'Office les a conçues dans le but d'appliquer le même critère que les tribunaux utilisent lorsqu'ils soupèsent différents facteurs. Trois catégories de produits sont identifiées: (1) les produits exclusivement destinés aux enfants (les jouets, certaines friandises et certains aliments); (2) les produits qui présentent un attrait marqué pour les enfants (certains jeux, certaines céréales et certains desserts); et (3) les produits destinés aux adultes. Quatre catégories de messages publicitaires sont identifiées: (1) les messages qui ne sont pas susceptibles d'intéresser les enfants; (2) les messages qui ne sont pas conçus pour intéresser les enfants; (3) les messages partiellement destinés aux enfants; et (4) les messages principalement destinés aux enfants. Trois catégories d'auditoires sont identifiées: (1) l'auditoire qui comprend plus de 15 p. 100 d'enfants; (2) l'auditoire qui com-

determine whether any given commercial is subject to the ban.

While ss. 248 and 249 do not incorporate all the details included in the Guide, they do put into place the framework for a practicable ban on advertising directed at children. The courts, rather than the Office de la protection du consommateur, are left with the final word as to whether, for example, the strictest limit on advertising should apply where children compose over 15 per cent of the audience rather than, for example, 20 per cent. But if a ban is the only effective means to achieve the legislative objective, and if such a ban can only be implemented using a flexible balancing test, the legislature cannot be faulted for leaving that balancing to the courts. Indeed, this should help to ensure that minimal impairment of free expression is a constant factor in the application of the law.

Of course, despite the FTC Report's conclusions to the contrary, the respondent argued that a ban was not the only effective means for dealing with the problem posed by children's advertising. In particular, it pointed to the self-regulation mechanism provided by the *Broadcast Code for Advertising to Children* as an obvious alternative and emphasized that Quebec was unique among industrialized countries in banning advertising aimed at children (see Boddewyn, op. cit.) The latter assertion must be qualified in two respects. First, as of 1984, Belgium, Denmark, Norway and Sweden did not allow any commercials on television and radio. Second, throughout Canada, as in Italy, the public network does not accept children's commercials (except, in the case of the CBC, during "family programs"). Consequently, Quebec's ban on advertising aimed at children is not out of proportion

prend entre 5 p. 100 et 15 p. 100 d'enfants; et (3) l'auditoire qui comprend moins de 5 p. 100 d'enfants. À partir de cela, le Guide a établi une grille qui indique les différents types de messages publicitaires associés aux diverses catégories de produits qui seront permis selon la composition de l'auditoire. Un comité de l'Office responsable d'un système d'approbation préalable aide les annonceurs à déterminer si un message publicitaire donné risque d'être interdit.

Bien que les art. 248 et 249 ne reprennent pas tous les éléments contenus dans le Guide, ils fournissent le cadre qui permet effectivement d'interdire les messages publicitaires destinés aux enfants. En dernier ressort, il appartient aux tribunaux et non à l'Office de la protection du consommateur de décider si, par exemple, la restriction la plus sévère à la publicité devrait s'appliquer lorsque l'auditoire comprend plus de 15 p. 100 d'enfants plutôt que par exemple 20 p. 100. Mais si l'interdiction est le seul moyen efficace d'atteindre l'objectif du législateur, et si une telle interdiction ne peut être appliquée que grâce à un critère souple qui permet de soupeser les différents facteurs, on ne peut reprocher au législateur de laisser cette tâche aux tribunaux. Cela pourrait d'ailleurs permettre d'assurer que l'atteinte minimale à la liberté d'expression est un facteur constant dans l'application de la loi.

Évidemment, malgré les conclusions contraires du rapport de la FTC, l'intimée a soutenu que l'interdiction de la publicité n'était pas le seul moyen efficace de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Elle a fait valoir en particulier le mécanisme d'autodiscipline prévu dans le *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* comme un autre moyen évident et a insisté sur le fait que le Québec était seul parmi les pays industrialisés à interdire la publicité destinée aux enfants (voir Boddewyn, *op. cit.*) La dernière affirmation mérite d'être nuancée à deux égards. Premièrement, depuis 1984, la Belgique, le Danemark, la Norvège et la Suède interdisent la diffusion de messages publicitaires à la télévision et à la radio. Deuxièmement, partout au Canada, comme en Italie, le réseau public n'accepte pas les messages publicitaires destinés aux enfants (sauf, dans le

to measures taken in other jurisdictions. Nor is legislative action to protect vulnerable groups necessarily restricted to the least common denominator of actions taken elsewhere. Based on narrower objectives than those pursued by Quebec, some governments might reasonably conclude that self-regulation is an adequate mechanism for addressing the problem of children's advertising. But having identified advertising aimed at persons under thirteen as *per se* manipulative, the legislature of Quebec could conclude, just as reasonably, that the only effective statutory response was to ban such advertising.

In sum, the evidence sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. In *Ford*, there was no evidence of any kind introduced to show that the exclusion of all languages other than French was necessary to achieve the objective of protecting the French language and reflecting the reality of Quebec society. What evidence was introduced established, at most, that a marked preponderance for the French language in the "*visage linguistique*" was proportional to that objective. The Court was prepared to allow a margin of appreciation to the government despite the fact that less intrusive measures, such as requiring equal prominence for the French language, were available. But there still had to be an

cas de Radio-Canada, au cours des «émissions familiales»). Par conséquent, l'interdiction que le Québec impose à la publicité destinée aux enfants n'est pas disproportionnée en comparaison des mesures adoptées dans d'autres ressorts. De plus, les mesures législatives visant à protéger des groupes vulnérables ne se limitent pas nécessairement au plus petit commun dénominateur des mesures prises ailleurs. Selon des objectifs plus limités que ceux que recherche le Québec, il se peut que certains gouvernements concluent raisonnablement que l'autodiscipline est un moyen approprié de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Mais ayant conclu que la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans était en soi manipulatrice, le législateur québécois pouvait tout aussi raisonnablement conclure que la seule solution législative efficace était de l'interdire.

En résumé, la preuve montre le caractère raisonnable de la conclusion du législateur que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants constituait l'atteinte minimale à la liberté d'expression qui répondait à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants contre la manipulation qu'exerce la publicité. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Dans l'arrêt *Ford*, aucun élément de preuve n'avait été présenté pour démontrer que l'exclusion de toutes les langues autres que le français était nécessaire pour parvenir à l'objectif visé qui était de protéger la langue française et de refléter la réalité de la société québécoise. Les éléments de preuve présentés établissaient tout au plus qu'une nette prédominance de la langue française dans le «*visage linguistique*» serait proportionnelle à cet objectif. La Cour était prête à reconnaître au gouvernement une certaine

evidentiary basis for concluding that the means chosen were proportional to the ends and impaired freedom of expression as little as possible. In *Ford*, that evidentiary basis did not exist.

latitude dans cette évaluation même s'il existait des mesures constituant une intrusion moindre, comme exiger que le français soit aussi en évidence que toute autre langue. Mais il fallait quand même fournir des éléments de preuve à l'appui de la conclusion que les moyens choisis étaient proportionnels aux fins poursuivies et qu'ils portaient le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Ford*, ces éléments de preuve étaient inexistants.

iii. *Deleterious Effects*

There is no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products. Thus, there is no prospect that "because of the severity of the deleterious effects of [the] measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve" (*Oakes*, at p. 140). The final component of the proportionality test is easily satisfied. In *Ford*, by contrast, the Attorney General of Quebec underscored the importance of the "*visage linguistique*" for francophone identity and culture and yet the effect of the measure taken was to prohibit the public manifestation of the identity and culture of non-francophones.

iii. *Les effets préjudiciables*

En l'espèce, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants. Il n'y a donc aucun risque «qu'en raison de la gravité [des] effets préjudiciables [de la mesure] sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir» (*Oakes*, à la p. 140). Le dernier élément du critère de proportionnalité est respecté. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, le procureur général du Québec avait souligné l'importance du «*visage linguistique*» pour l'identité et la culture francophones et, pourtant, la mesure prise avait pour effet d'interdire la manifestation publique de l'identité et la culture des non-francophones.

c. Conclusion

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, we conclude that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and would accordingly uphold the legislation under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

c. Conclusion

À partir des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1, nous concluons que les art. 248 et 249 apportent une restriction raisonnable à la liberté d'expression et que la loi est donc valide en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

VIII—Whether ss. 248 and 249 Violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

One issue remains to be considered. The respondent alleges that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the *Charter*. The legislation contemplates a possible restriction to liberty which could occur, so the argument goes, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent submits that s. 278 of the *Consumer Protection Act*, read together with ss. 248 and 249, provides for penal sanctions based on a prohibition which is impermissibly vague. The appellant takes no position on the question of whether the principles of fundamental justice give rise to "vagueness doctrine". Its submission is simply that the law is not vague—a submission which was accepted by Vallerand J.A., the only justice in the court below to deal with the question.

We have determined in the context of the s. 1 discussion that ss. 248 and 249 are not vague in terms of either confusion and contradiction or judicial discretion. Thus, there could only be a further challenge under s. 7 if a stricter vagueness test were applied to the penal sanction.

There is, however, an issue logically prior to that of vagueness, namely whether corporations can invoke s. 7 of the *Charter* in their aid. In order to properly understand the submissions of the respondent in this regard, we reproduce here the statutory scheme of penalties against contraventions of ss. 248 and 249.

278. Every person other than a corporation who is guilty of an offence constituting a prohibited practice or who infringes paragraph *b, c, d, e* or *f* of section 277 is liable

(*a*) for the first offence, to a fine of two hundred dollars to five thousand dollars;

(*b*) for a subsequent offence to the same provision of this act or a regulation committed within a period of two years, to a fine of four hundred dollars to ten thousand dollars, to imprisonment for not more than six months, or to both a fine and imprisonment.

VIII—Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il nous reste à examiner une question. L'intimée affirme que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Selon son argument, la loi pourrait apporter une restriction à la liberté qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'intimée soutient que l'art. 278 de la *Loi sur la protection du consommateur*, en corrélation avec les art. 248 et 249, prévoit des sanctions pénales fondées sur une interdiction dont le manque de précision est inadmissible. L'appelant n'a pas pris position sur la question de savoir si les principes de justice fondamentale font jouer la «doctrine de l'imprécision». Son argument est simplement que la loi n'est pas imprécise, argument accepté par le juge Vallerand qui est le seul, en Cour d'appel, à en avoir traité.

Nous avons décidé dans le contexte de l'analyse en vertu de l'article premier que les art. 248 et 249 ne sont pas imprécis, quant aux allégations relatives à la confusion, à la contradiction ou au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Ainsi, il ne serait possible de les contester en vertu de l'art. 7 que si on appliquait à la sanction pénale un critère plus sévère du caractère imprécis.

Cependant une question doit logiquement précéder celle de l'imprécision, celle de savoir si les sociétés peuvent invoquer l'art. 7 de la *Charte*. Afin de bien comprendre les arguments de l'intimée à cet égard, nous reproduisons le régime des peines que la loi prévoit lorsqu'il y a violation des art. 248 et 249.

278. Une personne autre qu'une corporation qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite ou qui enfreint les paragraphes *b*, *c*, *d*, *e* ou *f* de l'article 277 est passible:

a) pour une première infraction, d'une amende de $200 à $5 000;

b) pour une infraction subséquente à une même disposition de la présente loi ou d'un règlement commise dans un délai de deux ans, d'une amende de $400 à $10 000, d'un emprisonnement d'au plus six mois ou à la fois d'une amende et d'un emprisonnement.

A corporation guilty of an offence contemplated in the preceding paragraph is liable to a minimum fine five times greater and to a maximum fine ten times greater than those provided for in the preceding paragraph.

Section 215 establishes that ss. 248 and 249 constitute "prohibited practices" within the meaning of the above section:

215. Any practice contemplated in sections 219 to 251 constitutes a prohibited practice for the purposes of this title.

282. Where a corporation is guilty of an offence against this act or any regulation, every director or representative of such corporation who had knowledge of the said offence is deemed to be a party to the offence and is liable to the penalty provided for in section 278 or 279 for a person other than a corporation, unless he establishes to the satisfaction of the court that he did not acquiesce in the commission of such offence.

Imprisonment is clearly one of the penalties envisioned for contravention of, *inter alia*, ss. 248 and 249 of the Act. A corporation is not, for obvious reasons, subject to imprisonment. By virtue of s. 282 of the Act, directors of corporations are deemed to be parties to offences committed by the corporation and are therefore liable to the penalties listed above. It is, therefore, the directors and representatives of corporations who risk, pursuant to the Act, a restriction of liberty of the kind envisioned in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In the present case, proceedings are brought only against the company and not against any individuals. In the context of physical restriction to liberty, it would be left to officers of a company whose conduct was impugned pursuant to s. 282 of the Act to raise a s. 7 argument in terms of vagueness or imputation of corporate liability to individuals. This circumstance does not arise in the present case.

In order to put forward a s. 7 argument in a case of this kind where the officers of the corporation are not named as parties to the proceedings, the corporation would have to urge that its own life, liberty or security of the person was being deprived in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. In our opinion, a corporation cannot avail itself of the protection offered by

Une corporation coupable d'une infraction visée à l'alinéa précédent est passible d'une amende minimale cinq fois plus élevée et d'une amende maximale dix fois plus élevée que celles qui sont prévues à l'alinéa précédent.

L'article 215 prévoit que les art. 248 et 249 constituent des «pratiques interdites» au sens de l'article précédent:

215. Constitue une pratique interdite aux fins du présent titre une pratique visée par les articles 219 à 251.

282. Lorsqu'une corporation commet une infraction à la présente loi ou à un règlement, un administrateur ou un représentant de cette corporation qui avait connaissance de l'infraction est réputé être partie à l'infraction et est passible de la peine prévue aux articles 278 ou 279 pour une personne autre qu'une corporation, à moins qu'il n'établisse à la satisfaction du tribunal qu'il n'a pas acquiescé à la commission de cette infraction.

La peine d'emprisonnement est clairement envisagée lorsqu'il y a violation, entre autres, des art. 248 et 249 de la Loi. Il va de soi qu'une société ne peut faire l'objet d'une peine d'emprisonnement. En vertu de l'art. 282 de la Loi, les administrateurs de sociétés sont réputés être parties aux infractions perpétrées par la société et sont donc passibles des peines énumérées ci-dessus. Ce sont donc les administrateurs et les représentants des sociétés qui risquent, selon la loi, de subir une restriction de liberté du genre de celle envisagée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. En l'espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. Dans le contexte d'une restriction physique à la liberté, il appartiendrait aux dirigeants d'une société dont la conduite est contraire à l'art. 282 de la Loi de soulever en vertu de l'art. 7 des arguments fondés sur l'absence de précision ou sur l'attribution à des individus d'une responsabilité qui revient à la société. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Pour invoquer des arguments fondés sur l'art. 7 dans un cas comme celui-ci, où les dirigeants de la société ne sont pas identifiés comme des parties à l'instance, la société devrait faire valoir qu'on a porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. À notre avis, une société ne peut invoquer la protec-

s. 7 of the *Charter*. First, we would have to conceive of a manner in which a corporation could be deprived of its "life, liberty or security of the person". We have already noted that it is nonsensical to speak of a corporation being put in jail. To say that bankruptcy and winding up proceedings engage s. 7 would stretch the meaning of the right to life beyond recognition. The only remaining argument is that corporations are protected against deprivations of some sort of "economic liberty".

There are several reasons why we are of the view that this argument can not succeed. It is useful to reproduce s. 7, which reads as follows:

> **7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

What is immediately striking about this section is the inclusion of "security of the person" as opposed to "property". This stands in contrast to the classic liberal formulation, adopted, for example, in the Fifth and Fourteenth Amendments in the American Bill of Rights, which provide that no person shall be deprived "of life, liberty or property, without due process of law". The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of "security of the person" has, in our estimation, a dual effect. First, it leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term "property" are not within the perimeters of the s. 7 guarantee. This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within "security of the person". Lower courts have found that the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property—contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of *Charter* interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the

tion qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, nous aurions à établir de quelle manière une société peut être privée du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Nous avons déjà souligné que c'est un non-sens de dire d'une société qu'elle est condamnée à l'emprisonnement. Affirmer qu'une procédure de faillite et de liquidation fait intervenir l'art. 7, reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie. Le seul autre argument est de prétendre que les sociétés sont protégées contre la privation d'une sorte de «liberté économique».

Plusieurs raisons nous amènent à rejeter cet argument. Il est utile de citer encore l'art. 7:

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ce qui frappe immédiatement dans cet article c'est l'inclusion de l'expression «la sécurité de sa personne» par opposition à «propriété». Cela contraste avec la formulation classique libérale qui, par exemple, a été adoptée dans les Cinquième et Quatorzième amendements de la Constitution américaine, qui prévoient que nul ne sera privé [TRADUCTION] «de la vie, de la liberté et de sa propriété sans l'application régulière de la loi». À notre avis, l'exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la «sécurité de sa personne» a un double effet. Premièrement, cela permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme «propriété», ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression «sécurité de sa personne». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des «droits économiques» couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales—tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats—que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en

same ilk as corporate-commercial economic rights. In so stating, we find the second effect of the inclusion of "security of the person" to be that a corporation's economic rights find no constitutional protection in that section.

That is, read as a whole, it appears to us that this section was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings. In this regard, the case of *Big M Drug Mart*, *supra*, is of no application. There are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved.

IX—Disposition and Answers to Constitutional Questions

For these reasons the appeal is allowed with costs and the constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

Answer: No, except in so far as section 364 is given retrospective effect by section 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21. However, because s. 364 expired on June 23, 1987, there is

sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Ce faisant, nous concluons que l'inclusion de l'expression «sécurité de sa personne» à l'art. 7 a comme deuxième effet de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société.

En effet il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. À cet égard, l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, ne trouve aucune application. Il n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu.

IX—Dispositif et réponses aux questions constitutionnelles

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli avec dépens et les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

Réponse: Non, sauf dans la mesure où l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, lui accorde un effet rétroactif. Cependant, puisque l'effet de l'art. 364 a pris fin le

no valid and subsisting override provision.

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* but are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* *ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

Answer: No.

The reasons of Beetz and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by the majority. They have set out the facts and the statutory provisions and regulations which are under consideration here and I need not repeat them. They have also set out the constitutional questions that were settled by Beetz J. which frame the issues arising in this case.

I would agree with my colleagues in their answer to the first question, to the effect that because of the expiration of s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, there is no valid and subsisting override provision affecting the disposition of this case. I would agree as well with the answer to Question 3, to the effect that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the legislature of Quebec nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11. My point of disagreement with my colleagues arises from their answer to the second question. While I agree with them

23 juin 1987, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur.

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise mais sont justifiés en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'intimée ne peut invoquer l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Beetz et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la majorité dans ce pourvoi. Ils énoncent les faits ainsi que les dispositions législatives et réglementaires en cause. Je n'ai donc pas besoin d'y revenir. Ils énoncent également les questions constitutionnelles formulées par le juge Beetz quant aux points litigieux dans cette affaire.

Je souscris à la réponse donnée par mes collègues à la première question: puisque l'effet de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, a pris fin, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur qui puisse influencer l'issue de ce pourvoi. Je souscris aussi à la réponse donnée à la troisième question: les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec et ces dispositions ne sont pas privées de leur effet par l'application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11. Mon point de désaccord avec

that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, I do not agree that they may be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

I would not wish in these reasons to attempt to set out the limits of the application of s. 2(*b*) of the *Charter* and to define in general terms the extent of the protected activity under s. 2(*b*). I would content myself by observing that this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, has held that commercial expression has the protection of s. 2(*b*). At pages 766-67, it was said:

> Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. It is worth noting that the courts below applied a similar generous and broad interpretation to include commercial expression within the protection of freedom of expression contained in s. 3 of the Quebec *Charter*. Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

It is evident then that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* restrict forms of expression which fall within the protection of s. 2(*b*). Since I agree that the two sections in their prohibition of advertising aimed at children infringe the s. 2(*b*) right, the only question in issue is whether the sections can be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

mes collègues tient à leur réponse à la deuxième question. Si je conclus, comme eux, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12, je ne suis pas d'accord pour dire qu'ils peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

Je préfère ne pas tenter, dans les présents motifs, de définir les limites de l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte* et de délimiter, en termes généraux, le champ des activités protégées par cet alinéa. Je me contenterai de faire observer que cette Cour, dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, a décidé que l'expression commerciale était protégée par l'al. 2*b*). Voici ce que la Cour a dit, aux pp. 766 et 767:

> Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Notons que les tribunaux d'instance inférieure ont eu recours au même genre d'interprétation large et généreuse pour faire bénéficier l'expression commerciale de la protection accordée à la liberté d'expression de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Il est donc évident que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* restreignent des formes d'expression qui bénéficient de la protection de l'al. 2*b*). Puisque je suis d'accord que les deux articles, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent un droit protégé par l'al. 2*b*), la seule question à trancher est de savoir si les articles peuvent être justifiés comme limites raisonnables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

The Importance of Freedom of Expression

Freedom of expression under s. 2(*b*) is guaranteed as a fundamental freedom. Its importance and its value are surely beyond question. My colleagues have recognized this and referred to various authorities which recognize the importance of the principle. They have referred to the words of Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, which describe the concept as "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" and, as well, to those of Rand J. in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, that it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence". They referred to other authorities on the subject. I would observe, as well, that freedom of expression has long been recognized in Canada as a principle of fundamental importance and even before the adoption of the *Charter*, the courts of this country had elevated the principle to virtual constitutional status (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 584-86).

Section 1

It is settled that to override a constitutional guarantee a government supporting a limitation imposed by law must show a purpose or objective of pressing and substantial importance. Certainly, the promotion of the welfare of children is an objective of pressing and substantial concern for any government.

Can it be said that the welfare of children is at risk because of advertising directed at them? I am not satisfied that any case has been shown that it is. There was evidence that small children are incapable of distinguishing fact from fiction in advertising. This is hardly surprising: many adults have the same problem. Children, however, do not remain children. They grow up and, while advertising directed at children may well be a source of irritation to parents, no case has been shown here that children suffer harm. Children live in a world of fiction, imagination and make believe. Children's literature is based upon these concepts. As they mature, they make adjustments and can be

L'importance de la liberté d'expression

La liberté d'expression est une liberté fondamentale garantie par l'al. 2*b*). Son importance et sa valeur ne peuvent certainement pas être mises en doute. Mes collègues l'admettent et citent divers textes qui reconnaissent l'importance du principe. Ils citent le juge Cardozo, dans *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, qui décrit la liberté d'expression comme [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté», ainsi que le juge Rand, dans *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, qui l'estime [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu». Ils citent d'autres textes sur ce point. Je ferai observer aussi que la liberté d'expression est reconnue depuis longtemps au Canada comme un principe d'importance fondamentale et même que, bien avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont élevé ce principe à un statut virtuellement constitutionnel (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 584 à 586).

L'article premier

Il est bien établi que, pour déroger à une garantie constitutionnelle, le gouvernement qui préconise une limite imposée par une règle de droit doit démontrer l'existence d'un but ou d'un objectif répondant à une préoccupation réelle et urgente. Il est certain que promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement.

Mais peut-on dire que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être? Je ne suis pas convaincu que cela a été démontré. Certaines preuves soumises indiquent que les jeunes enfants sont incapables de faire une distinction entre la réalité et la fiction dans la publicité. Ce n'est pas surprenant: bien des adultes ont le même problème. Toutefois, les enfants ne restent pas des enfants. Ils grandissent et, s'il est sans doute vrai que la publicité destinée aux enfants est une source d'irritation pour les parents, il n'a nullement été démontré qu'elle fait du tort aux enfants. Les enfants vivent dans le monde de la fiction, de l'imaginaire et du semblant. La littéra-

expected to pass beyond the range of any ill which might be caused by advertising. In my view, no case has been made that children are at risk. Furthermore, even if I could reach another conclusion, I would be of the view that the restriction fails on the issue of proportionality. A total prohibition of advertising aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

In conclusion, I would say that freedom of expression is too important to be lightly cast aside or limited. It is ironic that most attempts to limit freedom of expression and hence freedom of knowledge and information are justified on the basis that the limitation is for the benefit of those whose rights will be limited. It was this proposition that motivated the early church in restricting access to information, even to prohibiting the promulgation and reading of the scriptures in a language understood by the people. The argument that freedom of expression was dangerous was used to oppose and restrict public education in earlier times. The education of women was greatly retarded on the basis that wider knowledge would only make them dissatisfied with their role in society. I do not suggest that the limitations imposed by ss. 248 and 249 are so earth shaking or that if sustained they will cause irremediable damage. I do say, however, that these limitations represent a small abandonment of a principle of vital importance in a free and democratic society and, therefore, even if it could be shown that some child or children have been adversely affected by advertising of the kind prohibited, I would still be of the opinion that the restriction should not be sustained. Our concern should be to recognize that in this century we have seen whole societies utterly corrupted by the suppression of free expression. We should not lightly take a step in that direction, even a small one.

ture enfantine se fonde sur ces concepts. Lorsqu'ils mûrissent, les enfants évoluent et on peut s'attendre à ce qu'ils se mettent hors de la portée de tout mal qui pourrait résulter de la publicité. À mon avis, il n'a aucunement été prouvé qu'il y a danger pour les enfants. De plus, même si je pouvais parvenir à une autre conclusion, je serais d'avis par ailleurs que la restriction doit échouer sur la question de la proportionnalité. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

En conclusion, je dirai que la liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. Il est ironique de constater que la plupart des restrictions à la liberté d'expression, et donc au droit à la connaissance et à l'information, sont justifiées par l'argument que cette restriction est pour le bien de ceux dont les droits seront limités. C'est ce postulat qui a amené l'église primitive à restreindre l'accès à l'information et même à interdire la diffusion et la lecture des Écritures dans une langue comprise par le peuple. L'argument selon lequel la liberté d'expression était dangereuse a été utilisé pour faire opposition à l'instruction publique à ses débuts ou pour la limiter. L'instruction pour les femmes a subi un grand retard parce qu'on disait que de plus larges connaissances ne feraient que les rendre insatisfaites de leur rôle dans la société. Je ne dis pas que les limites imposées par les art. 248 et 249 sont d'une importance colossale ni que leur maintien causerait un dommage irréparable. Je dis cependant que ces limites représentent une brèche dans un principe d'importance vitale pour une société libre et démocratique et que, pour cette raison, même s'il pouvait être démontré que la publicité du type de celle qui est interdite a été préjudiciable à un ou plusieurs enfants, je serais quand même d'avis de ne pas maintenir cette restriction. Notre préoccupation devrait être de reconnaître qu'au cours de ce siècle, nous avons été les témoins de la corruption profonde de sociétés tout entières par la suppression de la libre expression. Nous ne devrions pas à la légère faire un pas, même petit, dans cette direction.

It must be recognized that freedom of expression despite its singular importance is, like all rights, subject to limitations. It is not absolute. We have all heard the familiar statement that nobody has a right to shout "fire" in a crowded theatre. It illustrates the extreme and obvious case, but there will, of course, be other cases where limitations on the right may well be necessary and therefore justifiable. This, however, in my view, is not such a case. Freedom of expression, whether political, religious, artistic or commercial, should not be suppressed except in cases where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for the time necessary for the protection of the community.

In my view, no justification can be found under s. 1 of the *Charter* for these sections, and I would dismiss the appeal and answer constitutional Question No. 2 as follows:

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* and are not justified under s. 1 of the of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. In agreement with the majority, s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

Appeal allowed with costs, BEETZ *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson and Yves de Montigny, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Il faut admettre que la liberté d'expression, malgré son importance particulière, est, comme tous les droits, sujette à restrictions. Elle n'est pas absolue. On a souvent dit que personne n'a le droit de crier «au feu» dans une salle de spectacles remplie de spectateurs. Cela illustre un cas extrême et parfaitement clair, mais il y aura, bien sûr, d'autres situations dans lesquelles il sera nécessaire, et donc justifié, de restreindre ce droit. Mais tel n'est pas, à mon avis, le cas en l'espèce. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité.

À mon avis, on ne peut trouver de justification à ces articles en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je rejetterais donc le pourvoi et répondrais à la deuxième question constitutionnelle de la manière suivante:

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise et ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ni de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. En accord avec la majorité, je conclus que l'art. 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BEETZ *et* MCINTYRE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Jean-K. Samson et Yves de Montigny, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Solicitors for the intervener Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitors for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

Procureurs de l'intervenant Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureurs des intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

University of Regina *Appellant*

v.

Dr. Martin L. Cohnstaedt *Respondent*

INDEXED AS: COHNSTAEDT *v.* UNIVERSITY OF REGINA

File No.: 19816.

1989: January 30; 1989: April 27.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Contracts — Employment — Assessment of abilities — Tenured professor to be assigned work and assessed pursuant to agreement with university — Early retirement to be waived if reasonable standards of tenured professor met — Assignments on which assessment based not including all aspects of tenured professor's work — Professor's skills found to be wanting and notification of early retirement given — Whether or not agreement between parties breached such that evaluation invalid and employment wrongfully ended.

Appellant entered into a formal agreement with respondent, a tenured professor, in an attempt to resolve difficulties existing between the professor and his department. Respondent was to perform the academic duties assigned to him over the course of a year by two deans who were to assess his performance. It was agreed that if respondent's work met a reasonable standard for a full professor the university would accord him the same treatment as any other tenured professor and waive its requirement that he take early retirement. Appellant was assigned work involving scholarship and research performance and public service but none involving teaching or administrative skills. When respondent's work was assessed to be below standard, appellant immediately notified him of his retirement. Respondent challenged the assessment and sought a declaration that the termination of his appointment was invalid because of (i) a failure of natural justice in the procedure followed, and (ii) a breach of the agreement with the university. The trial judge upheld the deans' assessment and implicitly found that no breach of contract had occurred. The Court of Appeal reversed this decision.

Université de Regina *Appelante*

c.

Martin L. Cohnstaedt *Intimé*

RÉPERTORIÉ: COHNSTAEDT *c.* UNIVERSITÉ DE REGINA

N° du greffe: 19816.

1989: 30 janvier; 1989: 27 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Contrats — Emploi — Évaluation des aptitudes — Professeur titulaire devant être affecté à des tâches et évalué conformément à une entente avec l'université — Renonciation à la retraite anticipée si les normes de qualité raisonnable applicables à un professeur titulaire sont respectées — Évaluation fondée sur des affectations ne comportant pas tous les aspects du travail d'un professeur titulaire — Aptitudes du professeur jugées insuffisantes et signification d'un avis de retraite anticipée — Y a-t-il eu violation de l'entente intervenue entre les parties de sorte que l'évaluation n'est pas valable et qu'il y a eu cessation d'emploi injustifiée?

L'appelante a conclu une entente formelle avec l'intimé, un professeur titulaire, pour tenter de résoudre les difficultés existant entre ce professeur et son département. L'intimé devrait exécuter les fonctions académiques auxquelles il serait affecté au cours d'une année par deux doyens qui évalueraient son rendement. Il était convenu que, si le travail de l'intimé était d'une qualité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire, l'université lui accorderait le même traitement qu'à tout autre professeur titulaire et renoncerait à son exigence de retraite anticipée. On a confié à l'appelant du travail impliquant un rendement pédagogique, une qualité de recherche et des services à la collectivité, mais rien qui faisait intervenir une aptitude à enseigner ou des capacités administratives. Après que le travail de l'intimé eut été jugé d'une qualité inférieure à la norme, l'appelante l'a immédiatement avisé qu'il serait mis à la retraite. L'intimé a contesté l'évaluation et demandé un jugement déclarant que la cessation de sa charge était invalide pour cause de violation (i) des principes de justice naturelle dans la procédure suivie et (ii) de l'entente intervenue avec l'université. Le juge de première instance a maintenu l'évaluation faite par les doyens et a conclu implicitement à l'absence de toute violation de contrat. La Cour d'appel a infirmé cette décision.

Held: The appeal should be allowed in part.

The university, pursuant to the agreement, undertook to evaluate respondent on all aspects of his performance: his teaching skills, his scholarship and research abilities, his administrative skills and his level of public performance. It also undertook to give respondent assignments that would be subject to evaluation. These obligations were not met. The deans, while charged with assigning respondent work that would be subject to assessment, did not have a discretion to assign no work or to assign insufficient work for evaluation. The failure to give respondent sufficient duties to permit a thorough assessment of his performance amounted to a breach of the agreement. The actual assessment was accordingly invalid and respondent's employment wrongfully ended.

It was not necessary to discuss the arguments concerning natural justice.

Cases Cited

Referred to: *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1986), 45 Sask. R. 197, [1987] 2 W.W.R. 1, 18 Admin. L.R. 1, 12 C.C.E.L. 265, allowing an appeal from a judgment of Forbes J. (1982), 45 Sask. R. 232. Appeal allowed in part.

Gordon Kuski, *Q.C.*, and *Pamela Conklin*, for the appellant.

John Beke, *Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The respondent, Dr. Cohnstaedt, was appointed as a tenured professor to the Sociology Department of the appellant University in 1967. As early as 1969 there were signs of discontent within the Department concerning the presence and performance of Dr. Cohnstaedt.

There is no need to recount at length the events prior to the formation of the agreement which is

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

Selon l'entente intervenue, l'université s'est engagée à faire une évaluation de tous les aspects du rendement de l'intimé: son aptitude à enseigner, son rendement pédagogique et la qualité de sa recherche, ses capacités administratives et son niveau de services à la collectivité. Elle s'est également engagée à lui confier des tâches qui feraient l'objet d'une évaluation. Ces obligations n'ont pas été respectées. Bien qu'ils fussent chargés de confier à l'intimé des tâches qui feraient l'objet d'une évaluation, les doyens n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de ne lui confier aucun travail ou de lui confier un travail insuffisant aux fins de l'évaluation. L'omission de confier à l'intimé des tâches suffisantes pour permettre une évaluation complète de son rendement équivaut à une violation de l'entente intervenue. L'évaluation faite n'est donc pas valable et c'est à tort qu'on a mis fin à l'emploi de l'intimé.

Il n'est pas nécessaire d'analyser les arguments concernant la justice naturelle.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1986), 45 Sask. R. 197, [1987] 2 W.W.R. 1, 18 Admin. L.R. 1, 12 C.C.E.L. 265, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Forbes (1982), 45 Sask. R. 232. Pourvoi accueilli en partie.

Gordon Kuski, *c.r.*, et *Pamela Conklin*, pour l'appelante.

John Beke, *c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—L'intimé, M. Cohnstaedt, fut nommé professeur titulaire au département de sociologie de l'université appelante en 1967. Dès 1969 des signes de mécontentement se manifestèrent à l'intérieur du département relativement à la présence et au rendement de M. Cohnstaedt.

Il n'est pas nécessaire de relater en détail les événements antérieurs à l'entente qui fait l'objet

the subject of this case. Suffice it to say that there was tension and acrimony between the parties. On one view of the facts, the University was engaged in an attempt to dismiss a tenured professor who was disruptive and unable or unwilling to perform his functions properly. On another view of the facts, Dr. Cohnstaedt was the victim of political manoeuvering within the Sociology Department, with his removal being sought on personal and ideological grounds.

Regardless of the view of the facts taken, the events culminated in the parties entering into the following agreement on May 18, 1977:

MEMORANDUM OF AGREEMENT made the 18th day of May, 1977

BETWEEN: DOCTOR M. L. COHNSTAEDT, of the Town of Lumsden, in the Province of Saskatchewan, (hereinafter referred to as Cohnstaedt)

OF THE FIRST PART

and

THE UNIVERSITY OF REGINA, (hereinafter referred to as the University)

OF THE SECOND PART

WHEREAS Cohnstaedt has commenced an action against The University of Regina as Q.B. No. 474 of 1975 which action has been set for trial commencing May 24, 1977;

AND WHEREAS the parties hereto have reached agreement whereby the dispute being litigated has been fully resolved;

NOW THEREFORE THE PARTIES HERETO AGREE AS FOLLOWS:

1. Cohnstaedt shall be forthwith assigned to the Department of Sociology and Social Studies and immediately thereafter seconded for an indefinite period to work under the joint direction of the Dean of Arts and the Dean of Social Work (hereafter referred to as "the Deans").

2. Cohnstaedt shall be shown as a Professor of Sociology and a member of the Department of Sociology in the University telephone directory, the general calendar and publications issued by the University where members of the Department of Sociology and Social Studies are listed, but shall not attend Department of Sociology meetings or take any part in the department's affairs except at the request of the head of the Department of

du pourvoi. Il suffit de dire qu'il existait de la tension et de l'aigreur entre les parties. Selon une version des faits, l'université a tenté de remercier un professeur titulaire qu'elle considérait perturbateur, incapable et peu désireux de remplir ses fonctions adéquatement. Selon une autre version, M. Cohnstaedt a été victime de manœuvres politiques au sein du département de sociologie, son renvoi étant recherché pour des motifs personnels et idéologiques.

Quelle que soit la version retenue, les parties ont finalement conclu l'entente suivante le 18 mai 1977:

[TRADUCTION]

PROTOCOLE D'ENTENTE intervenu ce 18 mai 1977

ENTRE: LE DOCTEUR M. L. COHNSTAEDT, de la ville de Lumsden, province de Saskatchewan, (ci-après Cohnstaedt)

D'UNE PART

et

L'UNIVERSITÉ DE REGINA, (ci-après l'université)

D'AUTRE PART

ATTENDU QUE Cohnstaedt a intenté contre l'université de Regina une action portant le nº de greffe Q.B. 474 de 1975, dont l'audition a été fixée au 24 mai 1977;

ET ATTENDU QUE les parties aux présentes sont arrivées à une entente qui règle entièrement leur différend;

EN CONSÉQUENCE, LES PARTIES AUX PRÉSENTES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT:

1. Cohnstaedt sera immédiatement affecté au département de Sociologie et de Sciences sociales, puis, immédiatement après, détaché pendant une période indéfinie pour travailler sous la direction conjointe du doyen des Arts et du doyen du Service social (ci-après «les doyens»).

2. Cohnstaedt sera inscrit comme professeur de sociologie et membre du département de Sociologie dans l'annuaire téléphonique de l'université, dans l'annuaire général et les publications préparés par l'université lorsque les membres du département de Sociologie et des Sciences sociales y sont énumérés, mais il n'assistera pas aux réunions du département de Sociologie ni ne participera aux affaires du département si ce n'est à la

Sociology and Social Studies. He shall receive notices of all department meetings, copies of minutes and other documents or memoranda issued by the Department and normally circulated to members of the Department.

3. Cohnstaedt shall perform such academic duties as shall be hereafter assigned to him by the Deans during the period ending April 30, 1978, at which time his work during the said period shall be assessed as hereafter provided.

4. Cohnstaedt's academic work as assigned to him shall be assessed by the Deans forthwith after April 30, 1978, and if his work shall be judged to be of a quality such as might reasonably be expected of a full professor with the University, the University agrees, subject to paragraphs 2 and 5 hereof, to thereafter treat him as any other tenured professor and to waive the requirement for early retirement contained in the agreement made between the University and Cohnstaedt dated October 7, 1972.

5. In the event of such waiver, Cohnstaedt shall thereafter continue to work under the Deans as a seconded member of the Department of Sociology and Social Studies until his retirement or until he shall be invited by the University to participate in the work of the Department of Sociology and Social Studies. While working under the direction of the Deans he shall continue as a seconded member of the Department of Sociology and Social Studies subject to the terms of paragraph 2 hereof and shall continue to work at the direction of and be responsible to the Deans.

6. In the event the Deans judge his performance during the said period ending April 30, 1978, to be inadequate (i.e. of a standard below that which might reasonably be expected of a full professor at the University) then Cohnstaedt shall continue to be bound by his undertaking in the said agreement of October 7, 1972, to retire effective June 30, 1978.

7. There shall be no appeal from the joint decision of the Deans, however, in the event that the Deans are unable to agree, the assessment shall be made by a board of three members to be selected as follows:

(a) a nominee to be appointed by the President of the University;

(b) a nominee to be appointed by Cohnstaedt;

(c) a chairman to be agreed upon by the nominees or in the event of failure so to agree to be selected by the Visitor of the University of Regina.

demande du chef du département de Sociologie et de Sciences sociales. Il recevra avis de toutes les réunions du département, copie des procès-verbaux et d'autres documents ou notes préparés par le département et ordinairement distribués aux membres du département.

3. Cohnstaedt exécutera les fonctions académiques auxquelles l'affecteront les doyens pendant la période se terminant le 30 avril 1978, date à laquelle le travail qu'il aura effectué pendant ladite période sera évalué de la manière prescrite ci-après.

4. Immédiatement après le 30 avril 1978, les doyens évalueront le travail académique qui lui aura été confié et si on juge que son travail est d'une qualité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université, l'université convient, sous réserve des paragraphes 2 et 5 des présentes, de le traiter par la suite comme tout autre professeur titulaire et de renoncer à l'exigence de retraite anticipée contenue dans l'entente intervenue entre l'université et Cohnstaedt le 7 octobre 1972.

5. Dans l'éventualité de cette renonciation, Cohnstaedt continuera de travailler sous la direction des doyens à titre de membre en détachement du département de Sociologie et de Sciences sociales jusqu'à sa retraite ou jusqu'à ce que l'université l'invite à participer au travail du département de Sociologie et de Sciences sociales. Pendant son travail sous la direction des doyens, il demeurera un membre en détachement du département de Sociologie et de Sciences sociales sous réserve des conditions du paragraphe 2 des présentes et il continuera à travailler sous la direction des doyens et à répondre devant eux.

6. Si les doyens estiment que son rendement pendant ladite période se terminant le 30 avril 1978 est insuffisant (c.-à-d. d'une qualité inférieure à celle à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université), Cohnstaedt continuera alors d'être lié par l'engagement qu'il a pris dans ladite entente du 7 octobre 1972 de prendre sa retraite à compter du 30 juin 1978.

7. La décision conjointe des doyens sera sans appel. Cependant, si les doyens sont incapables de s'entendre, l'évaluation sera faite par un comité de trois membres choisis de la manière suivante:

a) un représentant nommé par le recteur de l'université;

b) un représentant nommé par Cohnstaedt;

c) un président nommé par les représentants ou, s'ils ne parviennent pas à s'entendre pour le nommer, il sera choisi par l'inspecteur de l'université de Regina.

8. The University shall forthwith pay and Cohnstaedt accepts the sum of $1100.00 in full settlement for increments denied him during his employment with the University.

9. Cohnstaedt agrees to forthwith discontinue the action he has commenced against the University of Regina, being Q.B. No. 474 of 1975 and also releases the University from all claims and demands involved in such litigation and which are alleged in such action to have accrued to him.

10. The University affirms that it has no present intention to change the office or other facilities of the University currently available to Cohnstaedt and agrees that no such change shall be made until his retirement without the prior consent of the Deans.

On June 29, 1978, Deans Stalwick and Robinson notified the President of the University that they had carried out their assessment of Dr. Cohnstaedt. They were of the opinion that his work was "of a standard below that which might reasonably be expected of a full professor at the University". Without waiting for the reasons for this assessment, the University moved immediately to notify Dr. Cohnstaedt that his retirement from the University, pursuant to the agreement, would take effect June 30, 1978.

Dr. Cohnstaedt challenged this assessment which, in his view, amounted to a "dismissal". He sought a declaration that the termination of his appointment was invalid because of a failure of natural justice in the procedure followed. He also claimed that the procedure followed was in breach of his agreement with the University.

Court of Queen's Bench (1982), 45 Sask. R. 232

At the end of the trial, Dr. Cohnstaedt sought leave to amend his statement of claim to incorporate allegations that there was bias in the assessment process, and that the Deans failed to act fairly towards him in assigning and assessing his work. Dr. Cohnstaedt also sought leave to include the allegation that:

23. The assignment and the assessment of Dr. Cohnstaedt as contemplated by the agreement was subject to the principles of natural justice and the defendant, in the manner in which the work was assigned and assessed

8. L'université payera immédiatement la somme de 1 100 $, que Cohnstaedt accepte en paiement complet des augmentations qui lui ont été refusées au cours de son emploi auprès de l'université.

9. Cohnstaedt convient de se désister immédiatement de l'action qu'il a intentée contre l'université de Regina, portant le n° de greffe Q.B. 474 de 1975, et dégage l'université de toutes les réclamations et demandes que comporte ce litige et auxquelles il prétend avoir droit dans ladite action.

10. L'université affirme qu'elle n'a pas l'intention présentement de modifier le bureau et les autres installations qu'elle met actuellement à la disposition de Cohnstaedt et elle s'engage à n'y apporter aucune modification jusqu'à sa retraite sans le consentement préalable des doyens.

Le 29 juin 1978, les doyens Stalwick et Robinson avisaient le recteur de l'université qu'ils avaient évalué le rendement de M. Cohnstaedt. Ils estimaient que son travail était «d'une qualité inférieure à celle à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université». Sans attendre les motifs de cette évaluation, l'université avisait immédiatement M. Cohnstaedt que, conformément à l'entente intervenue, il serait mis à la retraite à compter du 30 juin 1978.

Monsieur Cohnstaedt a contesté cette évaluation qui, à son avis, équivalait à un «renvoi». Il a intenté une poursuite pour faire déclarer que la cessation de sa charge était invalide, invoquant violation des principes de justice naturelle dans la procédure suivie. Il a également prétendu que cette procédure violait l'entente intervenue avec l'université.

La Cour du Banc de la Reine (1982), 45 Sask. R. 232

À la fin du procès, M. Cohnstaedt a demandé l'autorisation d'amender sa déclaration de manière à y insérer l'allégation que le processus d'évaluation était entaché de partialité et que les doyens n'avaient pas agi équitablement à son égard dans l'attribution et l'évaluation de son travail. Monsieur Cohnstaedt a également demandé la permission d'ajouter l'allégation suivante:

[TRADUCTION] 23. L'affectation de M. Cohnstaedt et l'évaluation de son rendement envisagées par l'entente étaient assujetties aux principes de justice naturelle et, étant donné la manière dont le travail a été attribué et

failed to adhere to the principles of natural justice, especially, inter alia, involving a biased person in the assignment and assessment of the work.

Forbes J. held that there was no evidence to substantiate the allegations which were the subject of the amendments. He refused to allow the proposed amendments to the statement of claim.

As to the merits of the case, Forbes J. regrettably did not discuss, weigh or assess any of the evidence in his short reasons. His brief conclusion, at p. 234, was that:

> ... I am satisfied that the two Deans acted diligently and objectively with bona fides and fairness in their task of making an assessment of the performance of the plaintiff, and under the circumstances the assessment of the two Deans should not be disturbed.

It is implicit in this conclusion that Forbes J. found there was no breach of contract. However, it is not possible to ascertain the interpretation given by Forbes J. to the terms of the agreement.

Court of Appeal (1986), 45 Sask. R. 197

On appeal, Dr. Cohnstaedt challenged the refusal of the trial judge to allow the amendments to his statement of claim. Tallis J.A., writing for himself and for Cameron J.A., determined that the evidence required to support the proposed amendments had been adduced at trial. Tallis J.A. determined that allowing the amendments would cause no prejudice to the respondent and that the amendments should have been granted. The amendment was allowed in the appeal "in order to deal with the real issues in the controversy".

The majority of the Court of Appeal was of the view that the contract established a "domestic tribunal" to which the rules of procedural fairness would apply. Tallis J.A. then determined, at p. 225, that:

> We reject the respondent's [here appellant] contention that the appellant [here respondent] has, by contract, deprived himself of any procedural safeguards that flow from his status as a tenured professor. Whether he could contract himself out of such a right is a question that we do not need to decide because the

évalué, la défenderesse n'a pas respecté les principes de justice naturelle, notamment, en faisant intervenir une personne partiale dans l'attribution et l'évaluation du travail.

Le juge Forbes, ayant conclu qu'il n'y avait pas de preuve des allégations au soutien des amendements recherchés, les a refusés.

Quant au fond, le juge Forbes n'a malheureusement analysé, apprécié ou évalué aucun des éléments de preuve dans ses brefs motifs, dont la conclusion se lit, à la p. 234:

> [TRADUCTION] ... je suis convaincu que les deux doyens ont agi avec diligence et objectivité, de bonne foi et équitablement dans leur évaluation du rendement du demandeur, et dans les circonstances l'évaluation faite par les deux doyens ne saurait être modifiée.

Il est implicite dans cette conclusion que le juge Forbes estimait qu'il n'y avait pas eu violation du contrat. Il n'est cependant pas possible de déterminer quelle interprétation il a donnée aux termes de l'entente.

La Cour d'appel (1986), 45 Sask. R. 197

En appel, M. Cohnstaedt a contesté le refus du juge de première instance d'autoriser les amendements à sa déclaration. Le juge Tallis, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Cameron, a estimé que la preuve requise à l'appui des amendements proposés avait été faite en première instance. Il a conclu qu'autoriser ces amendements ne causerait aucun préjudice à l'intimée et qu'ils auraient dû être autorisés. Les amendements ont été permis en appel [TRADUCTION] «pour examiner les vraies questions en litige».

La Cour d'appel à la majorité a exprimé l'avis que le contrat établissait un «tribunal interne» auquel s'appliquaient les règles d'équité procédurale. Le juge Tallis a alors conclu, à la p. 225:

> [TRADUCTION] Nous rejetons l'allégation de l'intimée [l'appelante en l'espèce] que l'appelant [l'intimé en l'espèce] a renoncé par contrat à toute garantie procédurale qui découle de son statut de professeur titulaire. Il ne nous est pas nécessaire de trancher la question de savoir s'il pouvait se priver d'un tel droit par contrat parce que

language of the contract does not mandate such a conclusion.

Tallis J.A., while not setting out any specific procedural safeguards to be met, found that at a very minimum, there should have been some sort of pre-termination process or hearing.

Tallis J.A. also found, at p. 228, that the following term was implicit in the contract:

> ... that the appellant [here respondent] would be assessed on the usual factors for evaluating the work of a full time professor, namely, his teaching skills; his scholarship and research performance; his administrative abilities and his level of public service.

The majority found that this implied term was breached by the University because, during the assessment year, Dr. Cohnstaedt received no teaching assignments and was not given any administrative responsibilities of any significance.

In spite of objections by the University, and in spite of a contrary finding by the trial judge, the majority of the Court of Appeal determined that an agreement as to the appropriate amount of damages had been reached by the parties. The "agreement" stipulated the sum of $333,024 as representing Dr. Cohnstaedt's loss with respect to salary and pension benefits. The majority allowed the appeal of Dr. Cohnstaedt, and awarded him that amount in damages.

Hall J.A. dissented. While Tallis J.A. had made an extensive review of the relationship between the parties from the time Dr. Cohnstaedt was appointed to the University, Hall J.A. was of the view that only the agreement and the events subsequent to its formation could be considered.

Hall J.A. canvassed events subsequent to the agreement in great detail. He determined that the Deans had acted diligently and in good faith. In Hall J.A.'s view, nothing more was required by the agreement. He found that there was no requirement under the contract for the Deans to assign any particular type of work to Dr. Cohnstaedt. In

les termes du contrat ne commandent pas une telle conclusion.

Bien qu'il n'ait pas énuméré les garanties procédurales en question, le juge Tallis a conclu qu'à tout le moins il aurait dû y avoir une certaine procédure ou audition antérieure à la cessation d'emploi.

Le juge Tallis a également déterminé, à la p. 228, que le contrat comportait implicitement la condition suivante:

> [TRADUCTION] ... que l'appelant [l'intimé en l'espèce] soit évalué en fonction des facteurs habituellement utilisés pour évaluer le travail d'un professeur à temps plein, savoir son aptitude à enseigner, son rendement pédagogique, la qualité de sa recherche, ses capacités administratives et son niveau de services à la collectivité.

La majorité a conclu que l'université avait violé cette condition implicite parce qu'au cours de l'année visée par l'évaluation on n'avait confié à M. Cohnstaedt aucune tâche d'enseignement ni aucune responsabilité administrative d'importance.

En dépit des objections de l'université et de la conclusion contraire du juge de première instance, la Cour d'appel a jugé que les parties s'étaient entendues sur un montant représentant les dommages-intérêts. Cette «entente» prévoyait que la somme de 333 024 $ représentait la perte subie par M. Cohnstaedt du chef du traitement et des prestations de retraite. La cour à la majorité a accueilli l'appel de M. Cohnstaedt et lui a accordé ce montant à titre de dommages-intérêts.

Le juge Hall a été dissident. Alors que le juge Tallis avait examiné à fond les relations entre les parties depuis le moment où M. Cohnstaedt avait été nommé à l'université, le juge Hall a exprimé l'avis que seuls l'entente et les événements subséquents à sa signature pouvaient faire l'objet d'un examen.

Il a examiné minutieusement les événements postérieurs à l'entente et a jugé que les doyens avaient agi avec diligence et bonne foi. À son avis, l'entente n'exigeait rien de plus. Il a conclu que rien dans le contrat n'exigeait que les doyens con-

his view of the matter, the appeal should have been dismissed.

Issues

The appellant University argued before this Court that the situation between Dr. Cohnstaedt and the University was governed by the agreement of May 18, 1977. As such, the problem was purely one of contract and did not involve administrative law principles. It was the appellant's contention that since the present matter did not involve a disciplinary process subject to judicial review, the principles enunciated by this Court in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, did not apply. It argued that there was a "qualitative difference" between a disciplinary process and an academic performance evaluation. It further maintained that the Court of Appeal erred in imposing on the assessment process established by the agreement in this case a "duty of fairness", as outlined in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. The appellant also contested the decision of the Court of Appeal to allow the amendments to the statement of claim.

Counsel for the respondent argued that in removing Dr. Cohnstaedt from office the University committed a breach of the employment contract, the 1977 agreement, and the principles of natural justice. It was argued by the respondent that according to principles of natural justice, Dr. Cohnstaedt had a right to see his assessment and respond to it. It was further argued that the assessment procedure was tainted with unfairness. In addition, the respondent maintained that the failure to assign teaching duties for the purposes of the assessment constituted a breach of the 1977 agreement.

Analysis

On my view of the matter it is unnecessary to consider any of the incidents which occurred prior to the formation of the 1977 agreement.

fient un genre particulier de travail à M. Cohnstaedt. À son avis, l'appel aurait dû être rejeté.

Les questions en litige

L'université appelante a fait valoir devant notre Cour que la situation entre elle et M. Cohnstaedt était régie par l'entente du 18 mai 1977. S'agissant d'un problème d'ordre purement contractuel, il ne faisait appel à aucun principe de droit administratif. L'université a prétendu que, puisque la présente affaire ne comportait aucune procédure disciplinaire assujettie au contrôle judiciaire, les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, ne s'appliquaient pas. Elle a soutenu qu'il existait une [TRADUCTION] «différence qualitative» entre une procédure disciplinaire et l'évaluation du rendement d'un professeur. Elle a en outre soulevé que la Cour d'appel avait commis une erreur en superposant au processus d'évaluation prévu à l'entente intervenue en l'espèce une «obligation d'agir équitablement», de la nature de celle qu'on retrouve à l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. L'appelante a aussi contesté la décision de la Cour d'appel d'autoriser les amendements à la déclaration.

L'avocat de l'intimé a allégué qu'en destituant M. Cohnstaedt l'université avait commis une violation du contrat d'emploi, de l'entente de 1977 et des principes de justice naturelle. Suivant les principes de justice naturelle, M. Cohnstaedt a prétendu avoir le droit de prendre connaissance de son évaluation et d'y répondre. Il a ajouté que la procédure d'évaluation était entachée d'injustice. L'intimé a soutenu en outre que l'omission de l'affecter à des tâches d'enseignement aux fins de l'évaluation constituait une violation de l'entente de 1977.

Analyse

Suivant ma conception de l'affaire, il n'est pas nécessaire d'examiner les incidents survenus avant la conclusion de l'entente de 1977.

The wording of Clauses 3 and 4 of the 1977 agreement is of key importance, and I will repeat these clauses here:

3. Cohnstaedt shall perform such academic duties as shall be hereafter assigned to him by the Deans during the period ending April 30, 1978, at which time his work during the said period shall be assessed as hereafter provided.

4. Cohnstaedt's academic work as assigned to him shall be assessed by the Deans forthwith after April 30, 1978, and if his work shall be judged to be of a quality such as might reasonably be expected of a full professor with the University, the University agrees, subject to paragraphs 2 and 5 hereof, to thereafter treat him as any other tenured professor and to waive the requirement for early retirement contained in the agreement made between the University and Cohnstaedt dated October 7, 1972. [Emphasis added.]

The Court of Appeal held that this agreement contained an implied term that Dr. Cohnstaedt would be assessed on a range of factors. Tallis J.A. wrote, at p. 228:

1. Implicit in the agreement between the parties was a term that the appellant would be assessed on the usual factors for evaluating the work of a full time professor, namely, his teaching skills; his scholarship and research performance; his administrative abilities and his level of public service. [Emphasis added.]

I agree. The assessment of Dr. Cohnstaedt was supposed to determine whether his work was "of a quality such as might reasonably be expected of a full professor with the University". It would follow that the work assigned should be of the kind as might reasonably be performed by a full professor with the University.

It is clear from the facts that the assessment of Dr. Cohnstaedt was limited to only two of the four types of work identified by the Court of Appeal as constituting the work of a full professor. Only his scholarship and research performance, and his public service were assessed. Tallis J.A. noted, at p. 228-29:

During the crucial assessment year, he received no teaching assignments. Dean Stalwick acknowledged in evidence that this would hamper their ability to conduct

Les clauses 3 et 4 de l'entente de 1977 sont d'une importance primordiale. Je les reprends ici:

3. Cohnstaedt exécutera les fonctions académiques auxquelles l'affecteront les doyens pendant la période se terminant le 30 avril 1978, date à laquelle le travail qu'il aura effectué pendant ladite période sera évalué de la manière prescrite ci-après.

4. Immédiatement après le 30 avril 1978, les doyens évalueront le travail académique qui lui aura été confié et si on juge que son travail est d'une qualité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université, l'université convient, sous réserve des paragraphes 2 et 5 des présentes, de le traiter par la suite comme tout autre professeur titulaire et de renoncer à l'exigence de retraite anticipée contenue dans l'entente intervenue entre l'université et Cohnstaedt le 7 octobre 1972. [Je souligne.]

La Cour d'appel a conclu que cette entente contenait implicitement la condition que M. Cohnstaedt serait évalué en fonction d'une série de facteurs que le juge Tallis décrit ainsi, à la p. 228:

[TRADUCTION] 1. L'entente intervenue entre les parties contient la condition implicite que l'appelant soit évalué en fonction des facteurs habituellement utilisés pour évaluer le travail d'un professeur à temps plein, savoir son aptitude à enseigner, son rendement pédagogique, la qualité de sa recherche, ses capacités administratives et son niveau de services à la collectivité. [Je souligne.]

Je suis d'accord. L'évaluation était censée déterminer si le travail de M. Cohnstaedt était «d'une qualité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université». Il s'ensuit que le travail confié devait être de la nature de celui auquel on pouvait raisonnablement s'attendre d'un professeur titulaire de l'université.

Les faits démontrent clairement que l'évaluation s'est limitée uniquement à deux des quatre types de tâches qui, selon la Cour d'appel, constituaient le travail d'un professeur titulaire. Seuls son rendement pédagogique, la qualité de sa recherche et son niveau de services à la collectivité ont été évalués. Le juge Tallis fait remarquer, aux pp. 228 et 229, que:

[TRADUCTION] Pendant cette année d'évaluation cruciale, il ne s'est vu confier aucune tâche d'enseignement. Le doyen Stalwick a reconnu dans son témoignage que

a full assessment of the appellant's capabilities as a full Professor. In retrospect, he recognized that more attention should have been paid to this question.... [T]he Deans in their assessment emphasized that teaching was one of the two most important areas of assessment in this case. Nor was the respondent assigned any administrative responsibilities of any significance.

It was admitted before this Court that Dr. Cohnstaedt's teaching skills had played a large role in initially securing his position with the University. Given this fact, the lack of a teaching assignment as part of his evaluation is even more striking.

There was a great deal of discussion before this Court as to where to lay the blame for the lack of teaching assignments. However, in my view, the agreement clearly shows that the University undertook to evaluate Dr. Cohnstaedt on all aspects of his performance. The University also undertook to give him the assignments which would be subject to evaluation. In the circumstances of this case, I am not convinced that the University fulfilled its burden of ensuring, to the best of its abilities, that it met its obligations under the agreement.

Although clause 3 states that Dr. Cohnstaedt would perform "such academic duties [as would be] assigned to him by the Deans", I cannot take this to mean that the Deans had complete discretion in the assignment of work. While the Deans certainly had some discretion in setting tasks for Dr. Cohnstaedt, they could not have the discretion to assign no work or to assign insufficient work for the purposes of the evaluation.

The failure to give Dr. Cohnstaedt sufficient duties to permit a thorough assessment of his performance amounted to a breach of the 1977 Agreement. I accept the following observations of Tallis J.A., at p. 230:

Implicit in the contract, is a term that the respondent, as one of the contracting parties, would assess the appellant on the basis of his abilities as a teacher; his scholarship, and research capacities and performance; his administrative skills and his public service. Indeed that was the

cela était de nature à réduire leur capacité d'évaluation complète des aptitudes de l'appelant [ici intimé] en tant que professeur titulaire. Avec le recul, il a reconnu qu'il aurait fallu accorder plus d'attention à cette question ... [D]ans leur évaluation, les doyens ont souligné que l'enseignement était l'un des deux domaines d'évaluation les plus importants en l'espèce. En plus, on n'avait confié à l'appelant aucune responsabilité administrative d'importance.

Il a été concédé devant notre Cour que l'aptitude à l'enseignement de M. Cohnstaedt avait joué un rôle important au départ lorsqu'il a obtenu son poste à l'université. Étant donné ce fait, l'omission de lui confier une tâche d'enseignement aux fins de l'évaluer est encore plus significative.

On a longuement débattu devant nous qui devait être blâmé pour l'omission de confier à l'intimé des tâches d'enseignement. À mon avis toutefois, l'entente fait clairement voir que l'université s'est engagée à faire une évaluation de tous les aspects du rendement de M. Cohnstaedt. Elle s'est également engagée à lui confier des tâches qui feraient l'objet d'une évaluation. Dans les circonstances, je suis loin d'être convaincue que l'université se soit acquittée, du mieux qu'elle le pouvait, des obligations qu'elle a assumées aux termes de l'entente.

Bien que la clause 3 précise que M. Cohnstaedt exécutera «les fonctions académiques auxquelles l'affecteront les doyens», je ne puis accepter que cela signifie que les doyens avaient complète discrétion dans les tâches à assigner. Ils avaient certainement le pouvoir discrétionnaire de déterminer les tâches de M. Cohnstaedt, mais ils ne pouvaient pas avoir le pouvoir discrétionnaire de ne lui confier aucun travail ou de lui confier un travail insuffisant pour les fins de l'évaluation.

L'omission de confier à M. Cohnstaedt des tâches suffisantes pour permettre une évaluation complète de son rendement équivaut à une violation de l'entente de 1977. Je fais miennes les observations suivantes du juge Tallis, à la p. 230:

[TRADUCTION] Le contrat intervenu contient implicitement la condition que l'appelant soit, à titre de partie à ce contrat, évalué en fonction de son aptitude à enseigner, de son rendement pédagogique, de la qualité de sa recherche, de ses capacités administratives et de son

framework adopted by the Deans. The contract was not between the Deans and the appellant—it was between the appellant and the University. Under this contract the respondent bears the burden of ensuring that such an assessment takes place. This it failed to do. For example, the failure to ensure that the appellant was assigned sufficient teaching duties on which to make an assessment must ultimately rest with the administration. The respondent had a clear responsibility to assign to the appellant such duties as would permit his performance as a full time university professor to be properly assessed. This it failed to do.

The University breached the 1977 agreement by not providing anywhere near the type and quantity of work necessary to make a proper assessment of Dr. Cohnstaedt's performance as a full professor. As a result, the actual assessment was invalid, and the employment of Dr. Cohnstaedt was wrongfully brought to an end.

In my view this is sufficient to dispose of the appeal. I do not feel it is necessary in this case to discuss the arguments concerning natural justice and procedural fairness which were made by the parties and discussed by the Court of Appeal.

Damages

The trial judge, in dismissing the claim of Dr. Cohnstaedt, did not find it necessary to determine the quantum of damages. He made the following observation, at p. 234:

One exhibit was filed with figures respecting damages and pension benefits which figures had been agreed upon by both counsel without admitting that the plaintiff was entitled to any particular amount as damages, and if I had found that the plaintiff was entitled to recover I would have asked counsel to speak to the matter of damages.

In reversing the decision of the trial judge, the Court of Appeal addressed the issue of damages. Tallis J.A. determined that the Court of Appeal was in as good a position as the trial judge to make the assessment. Counsel for Dr. Cohnstaedt had argued before the Court of Appeal that the exhibit referred to by the trial judge in the above citation constituted an agreement as to the quantum of loss of salary and pension benefits. Tallis J.A. accepted

niveau de services à la collectivité. C'est même là le cadre adopté par les doyens. Il s'agit d'un contrat non pas entre les doyens et l'appelant, mais entre l'appelant et l'université. En vertu de ce contrat, l'intimée avait l'obligation de s'assurer qu'une telle évaluation ait lieu. Elle ne l'a pas fait. Par exemple, l'omission de s'assurer que l'appelant était affecté à des tâches d'enseignement suffisantes, tâches qui devaient faire l'objet d'une évaluation, doit être en fin de compte imputée à l'administration. L'intimée était nettement tenue d'affecter l'appelant à des fonctions qui permettraient une évaluation correcte de son rendement en tant que professeur titulaire de l'université. Elle ne l'a pas fait.

L'université a violé l'entente de 1977 en ne fournissant pas le type et la quantité de travail nécessaires pour faire une évaluation exacte du rendement de M. Cohnstaedt en tant que professeur titulaire. Il en résulte que l'évaluation faite n'est pas valable et que c'est à tort qu'il a été mis fin à l'emploi de M. Cohnstaedt.

À mon avis, cela suffit pour trancher le pourvoi. Je n'estime pas nécessaire en l'espèce de discuter des arguments relatifs à la justice naturelle et à l'équité procédurale qu'ont invoqués les parties et qui ont été examinés par la Cour d'appel.

Les dommages-intérêts

En rejetant la réclamation de M. Cohnstaedt, le juge de première instance n'a pas jugé nécessaire de déterminer le montant des dommages-intérêts. Il a fait observer, à la p. 234:

[TRADUCTION] On a versé au dossier un document qui comporte des chiffres concernant les dommages et prestations de retraite sur lesquels les deux procureurs se sont mis d'accord sans admettre que le demandeur avait droit à quelque montant particulier à titre de dommages-intérêts, et, si j'avais conclu que le demandeur avait droit à un recouvrement, j'aurais demandé aux avocats de présenter des arguments quant aux dommages.

En infirmant la décision du juge de première instance, la Cour d'appel s'est penchée sur la question des dommages-intérêts. Le juge Tallis a conclu que la Cour d'appel était en aussi bonne position que le juge de première instance pour en faire l'évaluation. Le procureur de M. Cohnstaedt avait fait état en Cour d'appel du fait que le document mentionné par le juge de première instance dans la citation qui précède constituait une

this position. He determined that it was unnecessary to award damages for mental distress and illness under the circumstances, and therefore awarded judgment for the amount contained in the "agreement".

The appellant University argued before us that there was no agreement between counsel as to the quantum of damages. It is argued instead that this exhibit represented a series of mathematical facts and figures relating to damages but not constituting any sort of agreement as to quantum.

On reviewing the materials before us I am unable to come to the conclusion that the exhibit in question was meant to constitute an agreement as to damages. While the transcripts are not conclusive, it seems clear that the trial judge found that there was no agreement as to damages. It also appears that counsel has never been given an opportunity to address the issue of damages. In my view, the matter should be sent back to the Court of Queen's Bench for a determination of the appropriate award of damages.

Conclusion

In the result, the appeal is allowed in part, the order of the Court of Appeal is varied by substituting for the award of $333,024 an order remitting the matter to the Court of Queen's Bench for an assessment of damages. Costs in this Court and of the assessment to the respondent.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: McDougall, Ready, Regina.

Solicitors for the respondent: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk & Kyle, Regina.

entente sur le montant de la perte de traitement et de prestations de retraite, ce que le juge Tallis a accepté. Il a décidé que, dans les circonstances, il n'y avait pas lieu d'accorder de dommages-intérêts pour préjudice moral et souffrance et il s'en est donc tenu au montant prévu dans l'«entente».

L'université appelante a fait valoir devant nous qu'aucune entente n'était intervenue entre les procureurs relativement au montant des dommages-intérêts. Elle a plutôt prétendu que ce document représentait une série de faits quantifiés et de calculs relatifs aux dommages, mais ne constituait nullement une forme quelconque d'entente sur le montant des dommages-intérêts.

Après examen des documents en question, je ne puis accepter qu'une entente a été conclue relativement aux dommages-intérêts. Bien que le dossier ne soit pas concluant, il semble clair que le juge de première instance a estimé qu'il n'y avait aucune entente sur les dommages-intérêts. Il appert également que le procureur de l'appelant n'a jamais eu la possibilité de discuter de la question des dommages-intérêts. À mon avis, le dossier doit être retourné à la Cour du Banc de la Reine afin d'établir le montant de dommages-intérêts qu'il convient d'accorder.

Conclusion

Sur le tout, le pourvoi doit être accueilli en partie, l'ordonnance de la Cour d'appel modifiée en substituant au montant de la condamnation de 333 024 $ une ordonnance retournant le dossier à la Cour du Banc de la Reine pour que les dommages-intérêts y soient déterminés. Le tout avec dépens en faveur de l'intimé devant notre Cour y compris les frais d'adjudication des dommages.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante: McDougall, Ready, Regina.

Procureurs de l'intimé: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk & Kyle, Regina.

L. Ted Priel, David McKeague and Harvey Walker *Appellants*

v.

Gene Arthur Francis Maurice *Respondent*

INDEXED AS: MAURICE *v.* PRIEL

File No.: 20707.

1989: February 3; 1989: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Jurisdiction — Law Society — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline — Legal Profession Act, R.S.S. 1978, c. L-10, ss. 3, 7, 56, 57 — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 36.

Barristers and solicitors — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

Courts — Judges — Discipline — Law Society committee to hear complaint against judge — Complaint arising from circumstances while judge practising law — Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members — Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

Some years after respondent's appointment to the Bench, the Law Society of Saskatchewan received a complaint concerning his conduct while he was a practicing lawyer. Appellants were appointed as a committee to hear the complaint against the respondent after an investigation committee had reported and respondent was served with a formal complaint alleging conduct unbecoming a barrister and solicitor. Respondent applied directly to the Court of Appeal for, and was granted, an order prohibiting the appellants from proceeding with the hearing. At issue is whether or not the Law Society has jurisdiction to proceed with discipline proceedings against a judge for breaches of its *Code of*

L. Ted Priel, David McKeague et Harvey Walker *Appelants*

c.

Gene Arthur Francis Maurice *Intimé*

RÉPERTORIÉ: MAURICE *c.* PRIEL

N° du greffe: 20707.

1989: 3 février; 1989: 27 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Compétence — Barreau — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires? — Legal Profession Act, R.S.S. 1978, chap. L-10, art. 3, 7, 56, 57 — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 36.

Avocats et procureurs — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

Tribunaux — Juges — Discipline — Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge — Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat — Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres — Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

Quelques années après la nomination de l'intimé à la magistrature, la Law Society of Saskatchewan a reçu une plainte relative à sa conduite pendant qu'il exerçait la profession d'avocat. Les appelants ont été désignés pour former un comité chargé d'entendre la plainte formulée contre l'intimé après qu'un comité d'enquête eut fait rapport et que l'intimé eut reçu signification d'une plainte officielle lui reprochant d'avoir eu une conduite indigne d'un avocat. L'intimé s'est adressé directement à la Cour d'appel pour obtenir une ordonnance interdisant aux appelants de tenir l'audition, ce qui lui a été accordé. La question est de savoir si la Law Society a compétence pour engager des procédures disci-

Professional Conduct which allegedly occurred while he was a practising lawyer.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The Law Society did not have jurisdiction to conduct the discipline hearings pertaining to respondent because its jurisdiction extended only to those who were members. The wording of *The Legal Profession Act* and the *Judges Act* precluded respondent's being a member. The word "member" was not specifically defined in *The Legal Profession Act* but s. 3 provided that "barristers and solicitors of Saskatchewan and persons admitted to the Society as students at law shall be members". The provisions of the *Judges Act* prohibited a judge from acting as a barrister and solicitor. Upon appointment a judge, in so far as the Law Society was concerned, became relegated to a state of suspended animation.

Being a member at the time of the alleged misconduct was not sufficient to give the discipline committee jurisdiction to proceed with the hearing. A person's membership in the Law Society does not continue forever once that person becomes a member.

The need to avoid the public perception of judges' being immune from the consequences of their misconduct did not give rise to any public policy requiring that the Law Society retain disciplinary jurisdiction over judges for breaches of professional conduct committed as lawyers prior to their appointment. A judge may be sued in a civil action, subject to any statutory time limitations. Similarly, a judge may remain answerable in court for criminal acts committed before appointment to judicial office.

Per La Forest J.: Respondent, on the wording of *The Legal Profession Act*, was not a member of the Law Society of Saskatchewan.

Cases Cited

By Cory J.

Approved: *Re Law Society of Upper Canada and Robinette*, [1954] 2 D.L.R. 692.

Statutes and Regulations Cited

Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 36.
Legal Profession Act, R.S.S. 1978, c. L-10, ss. 3, 7, 54, 55, 56, 57.
Rules of the Law Society of Saskatchewan, s. 84.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 60 Sask. R. 241, [1988] 1

plinaires contre un juge pour des manquements à son *Code of Professional Conduct* qui se seraient produits pendant qu'il exerçait la profession d'avocat.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory: La Law Society n'avait pas compétence pour tenir l'audition disciplinaire visant l'intimé parce que sa compétence est limitée à ses seuls membres. Le texte de *The Legal Profession Act* et de la *Loi sur les juges* empêche l'intimé d'être membre de la Law Society. Le mot «membre» n'est pas expressément défini dans *The Legal Profession Act*, mais l'art. 3 prévoit que «les avocats de la Saskatchewan et les personnes admises à titre d'étudiants en droit sont membres du barreau». Les dispositions de la *Loi sur les juges* interdisent à un juge d'exercer la profession d'avocat. Pour autant que la Law Society est concernée, le juge qui vient d'être nommé n'est pas radié, son statut est figé.

Le fait que le juge ait été membre de la Law Society à l'époque où s'est produite la conduite alléguée ne suffit pas à conférer au comité de discipline compétence pour entendre l'affaire. Une fois devenue membre de la Law Society, une personne ne l'est pas pour toujours.

La nécessité d'éviter que le public considère que les juges sont à l'abri des conséquences de leur inconduite ne fait pas en sorte qu'il y va de l'intérêt public que la Law Society conserve la compétence disciplinaire sur les juges pour l'inconduite professionnelle dont ils ont fait preuve avant leur nomination à la magistrature. Un juge peut être poursuivi en matière civile, sous réserve des délais de prescription prévus par la loi. De même, un juge peut avoir à répondre devant les tribunaux des actes criminels commis avant sa nomination à la magistrature.

Le juge La Forest: Selon le texte de *The Legal Profession Act*, l'intimé n'est pas membre de la Law Society of Saskatchewan.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt approuvé: *Re Law Society of Upper Canada and Robinette*, [1954] 2 D.L.R. 692.

Lois et règlements cités

Legal Profession Act, R.S.S. 1978, chap. L-10, art. 3, 7, 54, 55, 56, 57.
Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 36.
Rules of the Law Society of Saskatchewan, art. 84.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 60 Sask. R. 241,

W.W.R. 491, prohibiting, on a direct application, a professional disciplinary hearing. Appeal dismissed.

S. Halyk, *Q.C.*, and *G. Blue*, for the appellants.

G. L. Gerrand, *Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—At issue in this appeal is whether or not the Law Society of Saskatchewan has jurisdiction to proceed with discipline proceedings against the respondent, a judge of the Court of Queen's Bench for Saskatchewan, for breaches of the *Code of Professional Conduct* of the Law Society of Saskatchewan, which are alleged to have occurred while he was a practising lawyer.

The Factual Background

On August 3, 1967 the respondent was admitted as a barrister and solicitor by the Law Society of Saskatchewan. He practised law in Saskatchewan from that date until October 13, 1981 when he was appointed a judge of the Court of Queen's Bench for Saskatchewan, a position which he holds at the present time.

Some years after his appointment the Law Society of Saskatchewan received a complaint concerning his conduct while he was a practising lawyer. An investigation committee was appointed pursuant to the provisions of s. 56 of *The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, c. L-10, as amended. As a result of that committee's report the first vice-chairman of the Law Society's discipline committee appointed the appellants as a committee to hear the complaint against the respondent. On August 11 the respondent was served with the following formal complaint:

I, IAIN ALEXANDER MENTIPLAY, of the City of Regina, in the Province of Saskatchewan, Secretary of the Law Society of Saskatchewan, do hereby certify that the 1st Vice-Chairman of the Discipline Committee of the Benchers of the Law Society of Saskatchewan has appointed a Hearing Committee pursuant to Section

[1988] 1 W.W.R. 491, interdisant, à la suite d'une demande expresse, la tenue d'une audition disciplinaire pour inconduite professionnelle. Pourvoi rejeté.

S. Halyk, *c.r.*, et *G. Blue*, pour les appelants.

G. L. Gerrand, *c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Law Society of Saskatchewan a compétence pour engager des procédures disciplinaires contre l'intimé, un juge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, pour des manquements au *Code of Professional Conduct* de la Law Society of Saskatchewan, qui, allègue-t-on, se seraient produits alors que l'intimé exerçait la profession d'avocat.

Les faits

L'intimé a été admis à la pratique du droit le 3 août 1967 par la Law Society of Saskatchewan. Il a exercé la profession d'avocat en Saskatchewan depuis cette date jusqu'à sa nomination à titre de juge de la Cour du Banc de la Reine, le 13 octobre 1981, poste qu'il occupe encore présentement.

Quelques années après sa nomination à la magistrature, la Law Society of Saskatchewan a reçu une plainte relative à sa conduite pendant qu'il exerçait la profession d'avocat. Un comité d'enquête a été mis sur pied conformément à l'art. 56 de *The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, chap. L-10, et ses modifications. Suite au rapport de ce comité, le premier vice-président du comité de discipline de la Law Society a désigné les appelants pour former un comité chargé d'entendre la plainte formulée contre l'intimé. Le 11 août, l'intimé s'est vu signifier la plainte officielle suivante:

[TRADUCTION] Je, soussigné, IAIN ALEXANDER MENTIPLAY, de la ville de Regina, province de Saskatchewan, secrétaire de la Law Society of Saskatchewan, atteste par les présentes que le premier vice-président du comité de discipline du conseil de la Law Society a désigné, conformément au par. 57(1) de The

57(1) of The Legal Profession Act, composed of L. Ted Priel, Chairman, David McKeague and Harvey Walker as members to hear and determine the following formal complaint set out by an Investigation Committee pursuant to Section 56(1) of The Legal Profession Act consisting of Morris Bodnar, Daniel Ish and Lawrence Zatlyn against GENE A. F. MAURICE, of the City of Regina, in the Province of Saskatchewan.

THAT GENE A. F. MAURICE, then of the City of Swift Current, in the Province of Saskatchewan, who at all material times was a barrister and solicitor, of the Province of Saskatchewan, duly enrolled as such under The Legal Profession Act is guilty of conduct unbecoming a barrister and solicitor in that he:

1. In or about the year 1974, at or near Cabri, in the Province of Saskatchewan, did approach and solicit Mr. Gerald L. Morris of the Cabri Credit Union Limited to direct business to his law firm and did thereby participate in soliciting, touting and/or canvassing and did thereby engage in conduct contrary to and in breach of The Code of Professional Conduct of the Law Society of Saskatchewan.
2. Between the years 1974 and 1981 did engage in conduct unbecoming a barrister and solicitor when he encouraged and participated in a scheme of fee division and fee splitting with one Gerald L. Morris by giving the said Gerald L. Morris a percentage of the fees collected on legal transactions referred to his law firm by the said Gerald L. Morris, contrary to and in breach of The Code of Professional Conduct of the Law Society of Saskatchewan.
3. Between the years 1974 and 1981 inclusive, at Swift Current, in the Province of Saskatchewan, did knowingly and wilfully fail to account to clients respecting disbursement made on behalf of the said client contrary to and in breach of The Code of Professional Conduct of the Law Society of Saskatchewan.
4. Between the years 1974 and 1981 inclusive, at Swift Current, in the Province of Saskatchewan, did knowingly and wilfully encourage one Gerald L. Morris of the Cabri Credit Union Limited to act as his law firm's agent in the legal transactions between the law firm and clients, and did therefore encourage and permit and allow an unauthorized individual to practice [*sic*] law contrary to and in breach of The Code of Professional Conduct of the Law Society of Saskatchewan.

The Law Society proceeded with similar charges against a former partner of the respondent who, on two counts, was found to have contravened the *Code of Professional Conduct*. An appeal from

Legal Profession Act, un comité d'audition composé de L. Ted Priel, président, de David McKeague et de Harvey Walker, pour entendre et juger les plaintes officielles ci-après portées, conformément au par. 56(1) de The Legal Profession Act, par un comité d'enquête formé de Morris Bodnar, Daniel Ish et Lawrence Zatlyn contre GENE A. F. MAURICE, de la ville de Regina, province de Saskatchewan, savoir:

QUE GENE A. F. MAURICE, alors de la ville de Swift Current, dans la province de Saskatchewan, exerçait, pendant toute l'époque visée, la profession d'avocat dans la province de la Saskatchewan, qu'il était inscrit au barreau selon The Legal Profession Act et qu'il est coupable de conduite indigne d'un avocat en ce que:

1. En 1974, ou vers cette époque, à Cabri, dans la province de Saskatchewan, il a demandé à M. Gerald L. Morris de la Cabri Credit Union Limited de confier des affaires à son cabinet d'avocat et a, de ce fait, participé à de la sollicitation, du racolage de client et du démarchage et adopté ainsi une conduite contraire au Code of Professional Conduct de la Law Society of Saskatchewan.
2. Entre 1974 et 1981, il a adopté une conduite indigne d'un avocat alors qu'il a encouragé un régime de partage des honoraires avec un nommé Gerald L. Morris et y a participé en remettant à ce dernier un pourcentage des honoraires perçus pour des opérations juridiques confiées à son cabinet d'avocat, contrairement au Code of Professional Conduct de la Law Society of Saskatchewan.
3. Entre 1974 et 1981 inclusivement, à Swift Current, dans la province de Saskatchewan, il a sciemment et volontairement omis de rendre compte à des clients des débours faits pour leur compte, contrairement au Code of Professional Conduct de la Law Society of Saskatchewan.
4. Entre 1974 et 1981 inclusivement, à Swift Current, dans la province de Saskatchewan, il a sciemment et volontairement incité un nommé Gerald L. Morris, de la Cabri Credit Union Limited à agir comme mandataire de son cabinet d'avocat dans des opérations juridiques entre son cabinet et des clients et a, de ce fait, encouragé une personne non autorisée à exercer la profession d'avocat, et lui a permis de le faire, contrairement au Code of Professional Conduct de la Law Society of Saskatchewan.

La Law Society a porté des accusations semblables contre un ancien associé de l'intimé, qui relativement à deux chefs, a été déclaré coupable d'infraction au *Code of Professional Conduct*. L'appel

that decision was taken to the Court of Appeal and dismissed. Gerald L. Morris was convicted on a charge of corruptly accepting fees from the law firm. The conviction was appealed but it too was dismissed by the Court of Appeal.

The respondent's hearing was scheduled for September 22, 1987. On August 25 the respondent applied directly to the Court of Appeal for an order prohibiting the appellants from proceeding with the hearing therein. On November 4, 1987 the Court of Appeal rendered its decision prohibiting the hearing from proceeding.

The Decisions of the Court of Appeal

Bayda C.J., speaking for the majority of the Court, found that the Law Society did not have jurisdiction to conduct the hearing as the respondent was not a member of the Law Society. Tallis J.A. was of the view that the application was premature and that the question of jurisdiction should initially be determined by the hearing committee. However, he went on to consider the merits of the appeal. He concluded that the hearing committee did have jurisdiction to conduct the enquiry. It was his view that s. 54 of *The Legal Profession Act* required only that the person against whom the complaint was lodged be a member at the time of the alleged misconduct. This in his opinion was sufficient to give the committee jurisdiction over the matter.

The Applicable Legislation

In order to determine the question of jurisdiction of the discipline committee it is necessary to set out certain provisions of *The Legal Profession Act* and the *Judges Act*. Membership in the Law Society is set forth in s. 3 of *The Legal Profession Act*:

3 Barristers and solicitors of Saskatchewan and persons admitted to the society as students at law shall be members of the society.

The only reference to judges is found in s. 7 of that Act which reads:

7 The judges of the Court of Appeal, Her Majesty's Court of Queen's Bench for Saskatchewan and the Provincial Court of Saskatchewan shall be visitors of the society.

de cette décision devant la Cour d'appel a été rejeté. Gerald L. Morris a été déclaré coupable de concussion pour avoir touché illicitement des honoraires d'un cabinet d'avocat. Cette déclaration de culpabilité a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel et l'appel a aussi été rejeté.

L'audition de la plainte contre l'intimé devait avoir lieu le 22 septembre 1987. Le 25 août, l'intimé s'est adressé directement à la Cour d'appel pour obtenir une ordonnance interdisant aux appelants de tenir cette audition. Le 4 novembre 1987, la Cour d'appel a rendu un arrêt interdisant la tenue de l'audition.

L'arrêt de la Cour d'appel

Le juge en chef Bayda a conclu, au nom de la cour à la majorité, que la Law Society n'avait pas compétence pour tenir l'audition puisque l'intimé n'était pas membre de ladite Law Society. Le juge Tallis a estimé que la demande était prématurée et que la question de la compétence devait être tranchée au départ par le comité d'audition. Il a toutefois examiné le fond de l'appel. Il a conclu que le comité d'audition avait compétence pour procéder à l'enquête. À son avis, l'art. 54 de *The Legal Profession Act* exigeait seulement que la personne contre qui la plainte est portée soit un membre de la Law Society à l'époque de l'inconduite alléguée. Cette condition suffisait, à son avis, pour conférer au comité compétence en la matière.

Les dispositions législatives pertinentes

Pour trancher la question de la compétence du comité de discipline, il est nécessaire de citer certaines dispositions de *The Legal Profession Act* et de la *Loi sur les juges*. L'article 3 de *The Legal Profession Act* traite des membres de la Law Society, soit le barreau:

[TRADUCTION] 3 Les avocats de la Saskatchewan et les personnes admises à titre d'étudiants en droit sont membres du barreau.

La seule mention concernant les juges se trouve à l'art. 7 de la Loi, qui est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 7 Les juges de la Cour d'appel, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan et de la Cour provinciale de la Saskatchewan sont des «*visitors*».

The disciplinary proceedings are set out in ss. 54 to 57. They read as follows:

54 The chairman or a vice-chairman of the discipline committee shall review any complaint or allegation that comes to his attention which raises the suggestion that any member of the society has been guilty of conduct unbecoming a barrister and solicitor, and shall:

(a) where he is of the opinion that the subject matter of the complaint or allegation is not conduct unbecoming a barrister and solicitor, direct that no further action be taken; or

(b) appoint an investigation committee pursuant to subsection 56(1) to inquire into the allegation or complaint or any part of the allegation or complaint.

55 Where a member of the society who is also called to the bar or enrolled as a barrister or solicitor in another jurisdiction is disbarred, struck off the roll or suspended from practising as a barrister and solicitor in that jurisdiction for a reason that, in the opinion of the chairman or the first or second vice-chairman of the discipline committee, appears to constitute conduct unbecoming a barrister and solicitor:

(a) the member shall be struck off the roll or suspended from practice, as the case may be, in Saskatchewan until the next convocation of the benchers; and

(b) an investigation committee may be appointed to inquire into the matter.

56(1) The chairman or a vice-chairman of the discipline committee may appoint an investigation committee consisting of any number of benchers that the chairman or a vice-chairman considers advisable, one of whom shall be designated as the chairman, to inquire into any matter referred to it pursuant to clause 54(b) or 55(b).

(2) An investigation committee shall inquire into any matter referred to it pursuant to clause 54(b) or 55(b) and may investigate any other matter that arises during the course of an inquiry pursuant to this subsection and that appears to constitute conduct unbecoming a barrister and solicitor.

(3) Subject to the approval of the chairman or a vice-chairman of the discipline committee or the benchers, an investigation committee may suspend a member of the society from practice pending the completion of its investigation and report or the report of a hearing committee appointed to determine the matter.

(4) A suspension imposed pursuant to subsection (3) expires on the last day of the next convocation of the benchers, unless the benchers:

(a) revoke the suspension prior to that day; or

Les procédures disciplinaires sont régies par les art. 54 à 57 de la Loi, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **54** Le président ou le vice-président du comité de discipline examine toute plainte ou allégation soumise à son attention, qui reproche à un membre du barreau une conduite indigne d'un avocat et

a) s'il juge que l'objet de la plainte ou de l'allégation ne constitue pas une conduite indigne d'un avocat, il ordonne de classer l'affaire; ou

b) désigne un comité d'enquête conformément au paragraphe 56(1) pour faire enquête sur la plainte ou l'allégation, ou sur une partie de celles-ci.

55 Lorsque un avocat membre du barreau est radié du barreau d'une autre province ou d'un autre endroit ou est interdit d'exercice dans cet autre endroit, pour un motif qui, de l'avis du président, du premier ou du second vice-président du comité de discipline, constitue une conduite indigne d'un avocat,

a) il est radié du barreau ou interdit d'exercice, selon le cas, en Saskatchewan, jusqu'à la prochaine réunion du conseil du barreau; et

b) un comité d'enquête peut être désigné pour enquêter sur l'affaire.

56(1) Le président ou un des vice-présidents du comité de discipline peut désigner un comité d'enquête formé des membres du conseil du barreau qu'il choisit et dont il désigne le président. Ce comité fait enquête sur toute question qui lui est soumise en application de l'alinéa 54b) ou 55b).

(2) Un comité d'enquête examine toute question qui lui est soumise en application de l'alinéa 54b) ou 55b) et il peut examiner toute autre question qui se pose au cours de l'enquête et qui paraît constituer une conduite indigne d'un avocat.

(3) Sous réserve d'approbation par le président ou un vice-président du comité de discipline, ou par le conseil du barreau, un comité d'enquête peut interdire un avocat d'exercice jusqu'à la fin de son enquête et la présentation de son rapport ou la présentation du rapport d'un comité d'audition désigné pour trancher la question.

(4) L'interdiction d'exercice imposée en application du paragraphe (3) se termine le dernier jour de la réunion suivante du conseil du barreau, à moins que le conseil;

a) ne lève l'interdiction avant cette date; ou

(b) extend the suspension beyond that day.

(5) An investigation committee or any two of:

(a) the president of the society;

(b) the vice-president of the society;

(c) the chairman of the discipline committee; or

(d) a vice-chairman of the discipline committee;

may apply for the appointment of a trustee pursuant to section 73.

(6) Upon the completion of its inquiry, an investigation committee shall make a written report to the chairman or a vice-chairman of the discipline committee recommending that:

(a) a hearing committee be appointed to hear and determine the formal complaint set out in the written report; or

(b) no further action be taken with respect to the matter under investigation;

and a report signed by a majority of an investigation committee is the decision of the investigation committee.

(7) An investigation committee that makes a report pursuant to clause (6)(a) shall prosecute the formal complaint set out in the report before the hearing committee, discipline committee and the Court of Appeal, as the case may be, but its members shall not participate in any other manner in the handling of that complaint by a hearing committee, the discipline committee or the benchers, except as witnesses when required.

57(1) Upon receipt of a report from an investigation committee pursuant to clause 56(6)(a), the chairman or a vice-chairman of the discipline committee shall appoint a hearing committee to hear and determine the formal complaint.

(2) Upon receipt of a report from an investigation committee pursuant to clause 56(6)(b) or upon the application of any person, the discipline committee may appoint a hearing committee to hear and determine a formal complaint set out by the discipline committee.

(3) Subject to subsection (3.1), a hearing committee appointed pursuant to subsection (1) or (2) is to consist of at least three and not more than five members of the discipline committee.

(3.1) No member of the discipline committee who was a member of the investigation committee that inquired into the matter that is the subject of the formal complaint is eligible to be a member of a hearing committee appointed pursuant to subsection (1) or (2).

b) ne prolonge l'interdiction au-delà de cette date.

(5) Un comité d'enquête ou deux des personnes suivantes:

a) le président du barreau;

b) le vice-président du barreau;

c) le président du comité de discipline; ou

d) un des vice-présidents du comité de discipline;

peut demander la nomination d'un syndic conformément à l'article 73.

(6) Après avoir terminé son enquête, un comité d'enquête présente un rapport écrit au président ou au vice-président du comité de discipline et recommande:

a) qu'un comité d'audition soit désigné pour entendre et trancher la plainte officielle énoncée au rapport écrit; ou

b) qu'aucune autre mesure ne soit prise à l'égard de l'objet de l'enquête;

et le rapport signé par une majorité des membres du comité d'enquête constitue la décision du comité d'enquête.

(7) Le comité d'enquête qui a fait un rapport conformément à l'alinéa 6a) agit comme poursuivant devant le comité d'audition, le comité de discipline et la Cour d'appel, selon le cas, à l'égard de la plainte officielle énoncée dans le rapport, mais les membres de ce comité ne doivent agir à aucun autre titre à l'égard de la plainte auprès du comité d'audition, du comité de discipline ou du conseil du barreau, si ce n'est comme témoins, si cela est nécessaire.

57(1) Sur réception du rapport présenté par un comité d'enquête conformément à l'alinéa 56(6)a), le président ou le vice-président du comité de discipline désigne un comité d'audition pour examiner la plainte officielle et en disposer.

(2) Sur réception d'un rapport présenté par un comité d'enquête conformément à l'alinéa 56(6)b), ou à la demande de toute personne, le comité de discipline peut désigner un comité d'audition pour entendre et trancher une plainte officielle formulée par le comité de discipline.

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), un comité d'audition formé en application du paragraphe (1) ou du paragraphe (2) se compose d'au moins trois et d'au plus cinq personnes membres du comité de discipline.

(3.1) Aucun membre du comité de discipline qui a fait partie du comité d'enquête qui a examiné l'affaire faisant l'objet de la plainte officielle ne peut faire partie du comité d'audition désigné en application du paragraphe (1) ou du paragraphe (2).

(3.2) Three members of the hearing committee constitute a quorum.

(4) Immediately upon the appointment of a hearing committee, the secretary shall send a copy of the formal complaint to the member whose conduct is the subject of the hearing.

(5) At least two weeks prior to the date that the hearing committee is to sit, the secretary shall notify the member whose conduct is the subject of the hearing of the date, time and place of the hearing.

It can be seen that discipline hearings can only be undertaken against members of the Law Society.

The *Judges Act* prohibits a judge from engaging in any occupation other than his judicial duties. He thus cannot carry on as a barrister or solicitor. Section 36 of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1, is as follows:

36. No judge shall, either directly or indirectly, as director or manager of any corporation, company or firm, or in any other manner whatever, for himself or others, engage in any occupation or business other than his judicial duties, but every judge shall devote himself exclusively to his judicial duties, except that a district judge in Admiralty may continue to perform the duties of a public office under Her Majesty in right of Canada or of a province held by him at the time of his appointment as district judge in Admiralty.

Is the Respondent a Member of the Law Society of Saskatchewan?

Application of The Legal Profession Act and the Judges Act

It becomes apparent that the jurisdiction of the Law Society of Saskatchewan to conduct the discipline hearings pertaining to the respondent will be dependent upon whether or not he is a member of the Law Society. In my view the respondent is not a member of the Law Society. I base this conclusion upon a consideration of the specific sections set out above and *The Legal Profession Act* as a whole.

It will be recalled that although the word "member" is not specifically defined in the Act, s. 3 provides that "Barristers and solicitors of Saskatchewan and persons admitted to the society as

(3.2) Le quorum du comité d'audition est de trois membres.

(4) Dès la désignation d'un comité d'audition, son secrétaire transmet un exemplaire de la plainte officielle au membre dont la conduite est visée par l'audition.

(5) Au moins deux semaines avant la date fixée pour le début des audiences du comité, son secrétaire avise le membre dont la conduite est visée par l'audition de la date, de l'heure et du lieu de l'audience.

On constate qu'il n'est possible de tenir des audiences disciplinaires qu'à l'égard des membres de la Law Society.

La *Loi sur les juges* interdit à un juge d'exercer toute autre occupation que ses fonctions judiciaires. Il ne peut donc exercer la profession d'avocat. L'article 36 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1, est ainsi conçu:

36. Aucun juge ne doit se livrer directement ni indirectement, en qualité d'administrateur ou de gérant de corporation, compagnie ou maison d'affaires, non plus qu'en une autre manière, pour lui-même ou pour d'autres personnes, à une occupation ou entreprise autre que ses fonctions judiciaires. Chaque juge est tenu de se consacrer exclusivement à ses fonctions judiciaires, sauf qu'un juge de district en amirauté peut continuer à exercer les fonctions d'une charge publique relevant de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, qu'il détenait lors de sa nomination comme juge de district en amirauté.

L'intimé est-il membre de la Law Society of Saskatchewan?

Application de The Legal Profession Act et de la Loi sur les juges

Il appert que la compétence de la Law Society of Saskatchewan pour tenir une audition disciplinaire visant l'intimé dépend de la question de savoir si ce dernier est membre ou non de la Law Society. Selon moi, l'intimé n'est pas membre de la Law Society. Pour arriver à cette conclusion, je me fonde sur les articles spécifiques déjà mentionnés et sur l'ensemble de *The Legal Profession Act*.

On se rappellera que, même si le mot «membre» n'est pas expressément défini dans la Loi, l'art. 3 prévoit que «Les avocats de la Saskatchewan et les personnes admises à titre d'étudiants en droit sont

students at law shall be members of the society." The provisions of the *Judges Act* prohibit a judge from acting as a barrister and solicitor. Upon appointment a judge, in so far as the Law Society is concerned, becomes relegated to a state of suspended animation. A judge cannot act as a barrister or solicitor, be a bencher, nominate a bencher, vote for a bencher, or indeed take part in any of the proceedings of the Law Society. Pursuant to the *Rules of the Law Society of Saskatchewan* (Rule 84), it is only upon retirement that a judge is entitled to resume practice as a barrister and solicitor subject to such conditions as the benchers may impose and upon payment of a fee and taking out an annual certificate.

The unique position of a judge is reflected by s. 7 of *The Legal Profession Act* which designates judges as visitors of the Society. The title is a hollow and anachronistic one: there is no role or function assigned to a visitor. Nor does a visitor hold any office, or derive any rights from or owe any responsibilities to the Law Society. Whatever it may be, a visitor is not a barrister or solicitor.

In *Re Law Society of Upper Canada and Robinette*, [1954] 2 D.L.R. 692, the issue for determination was whether or not Mr. Robinette continued as a member of the Law Society of Upper Canada and a bencher upon his nomination as a judge but before he could be sworn in and commence his judicial duties. The legislation then in force in Ontario (which has subsequently been substantially amended) contained membership provisions very similar to those of the present *Legal Profession Act* of Saskatchewan. McRuer C.J.H.C. concluded that upon his appointment to the Court of Appeal of Ontario Mr. Robinette ceased to be a member of the Bar. He determined that to hold otherwise would require him to say as a matter of law that "one who has been appointed to be a Judge may still practise before the Courts as a member of the Bar". I think the conclusion was a correct one and that it is apposite to the case at bar.

membres du barreau». Les dispositions de la *Loi sur les juges* interdisent à un juge d'exercer la profession d'avocat. Pour autant que la Law Society est concernée, le juge qui vient d'être nommé n'est pas radié, son statut est figé. Un juge ne peut exercer comme avocat, ni faire partie du conseil, ni proposer quelqu'un au conseil, ni voter pour un membre du conseil, ni participer aux délibérations de la Law Society. Conformément aux *Rules of the Law Society of Saskatchewan* (règle 84), un juge ne peut reprendre l'exercice de la profession d'avocat qu'après avoir cessé d'être juge et avoir rempli les autres conditions que le conseil peut imposer, et après avoir versé le montant de la cotisation et s'être procuré le certificat annuel.

La situation particulière d'un juge se traduit dans l'art. 7 de *The Legal Profession Act* par le titre de «*visitor*» que cet article attribue aux juges. Ce titre est vide et constitue un anachronisme: le «*visitor*» n'a ni rôle, ni fonction. Il n'occupe aucun poste, il n'acquiert aucun droit de la Law Society ni n'a aucun droit à l'égard de celle-ci pas plus qu'il n'assume de responsabilités envers elle. Quoi qu'il en soit, un «*visitor*» n'est pas avocat.

Dans l'affaire *Re Law Society of Upper Canada and Robinette*, [1954] 2 D.L.R. 692, la question à trancher était de savoir si M. Robinette continuait de faire partie de la Law Society of Upper Canada et d'être membre de son conseil après sa nomination à titre de juge, mais avant d'être assermenté et d'entrer en fonction. La loi alors en vigueur en Ontario (qui a été largement modifiée depuis) comportait des dispositions relatives aux membres très semblables à celles de *The Legal Profession Act* en vigueur actuellement en Saskatchewan. Le juge en chef McRuer de la Haute Cour a conclu que M. Robinette avait cessé d'être membre du barreau dès sa nomination à la Cour d'appel de l'Ontario. Il a décidé que conclure le contraire amènerait nécessairement à affirmer que, sur le plan du droit, [TRADUCTION] «quelqu'un qui a été nommé juge peut continuer d'exercer comme avocat devant les tribunaux». J'estime que cette décision est correcte et qu'elle s'applique à l'espèce.

I conclude that on the wording of *The Legal Profession Act* and the *Judges Act* the respondent is not a member of the Law Society of Saskatchewan.

The appellant argued that if it should be found that a judge, while occupying a judicial position, was not a member of the Law Society then, in the alternative, provisions of *The Legal Profession Act* set out above indicated that once a person became a member of the Law Society that person's membership continued in effect forever. Tallis J.A. gave effect to an essentially similar submission. He determined that even if a person was no longer a member of the Law Society, the fact that he or she was a member at the time of the alleged misconduct is sufficient to give jurisdiction to the discipline committee to proceed with the hearing. That argument cannot be accepted. If it were, it would mean that discipline proceedings could be instituted against deceased members or those who had been retired for many years. It was contended that if the Court did not agree with the submission "once a member always a member" it could lead to abuses as members could resign from the Law Society just before discipline hearings were commenced. In light of the determination that a judge is not a member of the Law Society of Saskatchewan, it is not necessary to deal with this somewhat *in terrorem* argument. In any event, it should be noted that the Act has now been amended to provide that a member cannot resign from the Law Society without the approval of the Benchers.

It is not appropriate in the circumstances of this case to deal with the arguments raised as to the rights, duties and jurisdiction of self-governing professional societies in professional discipline proceedings or the independence of the judiciary. These important matters should be left to be dealt with in an appropriate case, as should the conclusion of the Chief Justice that the Judicial Council would have jurisdiction over a judge for breaches of professional misconduct committed while he was a practising lawyer. Once again it is simply not an appropriate case to deal with that issue.

J'arrive à la conclusion qu'en raison du texte de *The Legal Profession Act* et de la *Loi sur les juges*, l'intimé n'est pas membre de la Law Society of Saskatchewan.

Les appelants ont soutenu que, si on devait conclure qu'un juge n'est pas membre de la Law Society pendant qu'il remplit ses fonctions judiciaires, alors subsidiairement les dispositions précitées de *The Legal Profession Act* indiquaient qu'une fois devenue membre de la Law Society une personne l'était pour toujours. Le juge Tallis a accepté à peu près le même argument. Il a conclu que même si une personne n'était plus membre de la Law Society, le fait d'en avoir fait partie à l'époque où s'est produite la conduite alléguée suffit à conférer au comité de discipline compétence pour entendre l'affaire. Cet argument ne saurait être accepté. S'il en était ainsi, il s'ensuivrait qu'il serait possible d'engager des procédures disciplinaires contre des membres décédés ou qui sont à la retraite depuis plusieurs années. On a soutenu que si la Cour devait rejeter l'argument «membre un jour, membre toujours», cela pourrait mener à des abus puisque quelqu'un pourrait démissionner comme membre de la Law Society juste avant une audition en matière de discipline. Vu la conclusion qu'un juge n'est pas membre de la Law Society of Saskatchewan, il n'est pas nécessaire de traiter cet argument quelque peu fondé sur la crainte. De toute façon, il convient de souligner que la Loi a été modifiée de manière à ce qu'une personne ne puisse démissionner comme membre de la Law Society sans l'autorisation de son conseil.

Il ne convient pas dans les circonstances de l'espèce d'examiner les arguments portant sur les droits, les obligations et la compétence des corps professionnels autonomes à l'égard des procédures disciplinaires, ou ceux portant sur l'indépendance de la magistrature. Ces questions importantes devraient plutôt être tranchées dans un cas approprié, tout comme la conclusion du Juge en chef que le Conseil de la magistrature aurait compétence à l'égard de l'inconduite professionnelle dont un juge aurait fait preuve pendant qu'il était avocat. Là encore, il ne convient pas en l'espèce d'examiner ce point.

The case at bar is not concerned either with the bounds of judicial immunity or with what may constitute interference with judicial independence. Rather it is concerned with the narrow issue as to whether pursuant to the provisions of *The Legal Profession Act* of Saskatchewan the Law Society of that province can institute discipline proceedings against a judge for alleged misconduct committed while still a lawyer. The resolution of the issue turns solely upon the wording of *The Legal Profession Act* and the *Judges Act*.

At the outset the appellant argued that as a matter of public policy the Law Society should retain disciplinary jurisdiction over members of the judiciary for breaches of professional conduct committed by them as lawyers before their appointment to the bench. It was contended that if the Society were denied such jurisdiction the public would perceive judges to be immune from the consequences of their misconduct. That submission cannot be correct. Judicial robes do not act as a cloak of immunity. A judge may, subject to the effect of any statutory time limitations, be sued in a civil action for doing those things he ought not to have done or for failing to have done those things he ought to have done as a lawyer. For example, a judge may be subject to suits for negligent acts committed while practising as a lawyer or for breach of trust or breach of contract. Similarly a judge may remain answerable in court for criminal acts committed before appointment to judicial office. This argument based on the difficult and slippery ground of public policy must, as well, be rejected.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I agree with my colleague Cory J. for the reasons given by him that on the wording of *The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, c. L-10, as amended, the respondent is not a member of the

La question, en l'espèce, n'a pas trait aux limites de l'immunité judiciaire, ni à ce qui peut constituer une atteinte à l'indépendance de la magistrature. La présente affaire porte plutôt sur la question limitée de savoir si, selon *The Legal Profession Act* de la Saskatchewan, la Law Society de cette province peut engager des procédures disciplinaires contre un juge pour l'inconduite dont il aurait fait preuve pendant qu'il était encore avocat. La réponse à cette question dépend uniquement du texte de *The Legal Profession Act* et de la *Loi sur les juges*.

Au départ, les appelants ont soutenu que, pour des motifs d'intérêt public, il était nécessaire que la Law Society conserve la compétence en matière disciplinaire sur les juges pour l'inconduite professionnelle dont ils ont fait preuve pendant qu'ils étaient avocats, avant leur nomination à la magistrature. Ils ont soutenu que si la Law Society n'avait pas cette compétence, le public pourrait considérer que les juges sont à l'abri des conséquences de leur inconduite. Cet argument ne saurait être exact. La fonction de juge ne confère pas une immunité entière. Sous réserve des délais de prescription prévus par la loi, un juge peut être poursuivi en matière civile pour avoir fait ce qu'il n'aurait pas dû faire ou n'avoir pas fait ce qu'il était tenu de faire à titre d'avocat. Ainsi, un juge peut faire face à une action pour une faute commise pendant qu'il exerçait la profession d'avocat, pour abus de confiance ou pour violation de contrat. De même un juge peut avoir à répondre devant les tribunaux des actes criminels commis avant sa nomination à la magistrature. Il faut aussi rejeter cet argument fondé sur le moyen difficile et incertain de l'intérêt public.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Cory, pour les raisons qu'il donne, pour dire que, selon le texte de *The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, chap. L-10, et ses modifications, l'intimé n'est pas membre de la Law Society of Saskatchewan et, pour ce motif, je suis

Law Society of Saskatchewan, and I would on that ground dispose of this appeal as proposed by him.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Halyk Brent Dovell, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Gerrand & Company, Regina.

d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière qu'il propose.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Halyk Brent Dovell, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé: Gerrand & Company, Regina.

David McGinn *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* McGINN

File No.: 20423.

1989: April 26.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Narcotics — Evidence — Trafficking in a narcotic — Parties to an offense — Whether compelling evidence to the effect that appellant was a party to the offense.

APPEAL as of right from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 78 A.R. 247, dismissing an appeal from a conviction for trafficking in a narcotic. Appeal allowed and new trial ordered.

Alexander D. Pringle, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., and *D. J. Avison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—We are all of the view that we cannot conclude that, in the absence of the error shown to have been made, the result would necessarily have been the same. As we are also of the view that there is evidence remaining upon which a trier of fact could reasonably convict, upon allowing this appeal, we would order a new trial.

The appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is quashed, and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

David McGinn *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* McGINN

N° du greffe: 20423.

1989: 26 avril.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka et Cory.

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

Droit criminel — Stupéfiants — Preuve — Trafic de stupéfiant — Parties à l'infraction — Y avait-il des éléments de preuve irrésistibles selon lesquels l'appelant était partie à l'infraction?

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 78 A.R. 247, qui a rejeté un appel à l'encontre d'une déclaration de culpabilité de trafic de stupéfiant. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Alexander D. Pringle, pour l'appelant.

S. R. Fainstein, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis qu'il ne nous est pas possible de conclure, qu'en l'absence de l'erreur dont l'existence a été prouvée, le résultat aurait nécessairement été le même. Nous estimons également qu'il y a des éléments de preuve qui justifieraient un juge des faits de prononcer un verdict de culpabilité et nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Sandra Lamb *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LAMB

File No.: 20422.

1989: April 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

Evidence — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 326, 78 A.R. 252, 31 C.R.R. 381, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Alexander D. Pringle, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—We need not hear from you Mr. Fainstein. Notwithstanding Mr. Pringle's advocacy, he has not persuaded us that his appeal should succeed.

We give judgment as follows:

This appeal comes to us as of right. Assuming without deciding that the search was unreasonable on either ground, we are all of the view, applying *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, to the particu-

Sandra Lamb *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LAMB

N° du greffe: 20422.

1989: 28 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

Preuve — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 326, 78 A.R. 252, 31 C.R.R. 381, qui a accueilli l'appel du ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'accusée relativement à une accusation de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

Alexander D. Pringle, pour l'appelante.

S. R. Fainstein, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Me Fainstein, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Malgré sa plaidoirie, Me Pringle n'a pas réussi à nous persuader qu'il devrait avoir gain de cause en l'espèce.

Nous rendons le jugement suivant:

Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. En présumant sans en décider que les fouilles étaient abusives pour l'un ou l'autre motif, nous sommes tous d'avis, de par l'application de l'arrêt *R. c. Collins*,

lar circumstances of this case, that the admission of the evidence could not bring the administration of justice into disrepute.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

[1987] 1 R.C.S. 265, aux circonstances particulières de cette affaire, que l'admission de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Slaight Communications Incorporated (operating as Q107 FM Radio) *Appellant*

v.

Ron Davidson *Respondent*

INDEXED AS: SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. *v.* DAVIDSON

File No.: 19412.

1987: October 8; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(c).

Labour relations — Unjust dismissal — Jurisdiction of adjudicator — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether s. 61.5(9)(c) of Canada Labour Code authorizes adjudicator to make such orders — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Whether orders unreasonable in administrative law sense.

Respondent had been employed by appellant as a "radio time salesman" for three and a half years when he was dismissed on the ground that his performance

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Slaight Communications Incorporated (exploitée sous le nom de station de radio Q107 FM) *Appelante*

c.

Ron Davidson *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. *c.* DAVIDSON

N° du greffe: 19412.

1987: 8 octobre; 1989: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(9)c).

Relations de travail — Congédiement injuste — Juridiction de l'arbitre — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — L'article 61.5(9)c) du Code canadien du travail autorise-t-il l'arbitre à rendre de telles ordonnances? — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Les ordonnances sont-elles déraisonnables au sens du droit administratif?

L'intimé était à l'emploi de l'appelante à titre de «vendeur de temps d'antenne» depuis trois ans et demi lorsqu'il a été congédié au motif que son rendement était

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

was inadequate. Respondent filed a complaint and an adjudicator appointed by the Minister of Labour under s. 61.5(6) of the *Canada Labour Code* held that respondent had been unjustly dismissed. Based on s. 61.5(9)(*c*) of the Code, the adjudicator made an initial order imposing on appellant an obligation to give respondent a letter of recommendation certifying (1) that he had been employed by the radio station from June 1980 to January 20, 1984; (2) the sales quotas he had been set and the amount of sales he actually made during this period; and (3) that an adjudicator had held that he was unjustly dismissed. The order specifically indicated the amounts to be shown as sales quotas and as sales actually made. A second order prohibited appellant from answering a request for information about respondent except by sending the letter of recommendation. The Federal Court of Appeal dismissed an application by appellant to review and set aside the adjudicator's decision. The purpose of the appeal at bar is to determine whether s. 61.5(9)(*c*) of the Code authorizes an adjudicator to make such orders; and in particular, whether the orders infringed appellant's freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (Beetz J. dissenting and Lamer J. dissenting in part): The appeal should be dismissed. The orders infringe s. 2(*b*) of the *Charter* but are justifiable under s. 1.

The *Charter* applies to orders made by the adjudicator. The adjudicator is a creature of statute. He is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from statute. The Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. It is thus impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require this Court to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that an adjudicator, who exercises delegated powers, does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*.

The word "like" in the English version of s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code* does not have the effect of limiting the powers conferred on the adjudicator by allowing him to make only orders similar to the orders expressly mentioned in paras. (*a*) and (*b*) of that subsection. Interpreting this provision in this way would mean

insuffisant. À la suite d'une plainte de l'intimé, un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du par. 61.5(6) du *Code canadien du travail* a statué que l'intimé avait été congédié injustement. Se fondant sur l'al. 61.5(9)*c*) du Code, l'arbitre a rendu une première ordonnance qui impose à l'appelante l'obligation de remettre à l'intimé une lettre de recommandation attestant (1) que ce dernier a été à l'emploi de la station radiophonique de juin 1980 au 20 janvier 1984; (2) quels étaient les objectifs de vente qui lui avaient été assignés ainsi que le montant des ventes qu'il a effectivement réalisées durant cette période; et (3) qu'un arbitre a jugé qu'il avait été congédié injustement. L'ordonnance prévoit précisément les montants devant apparaître au chapitre des objectifs de vente et au chapitre des ventes effectivement réalisées. Une deuxième ordonnance interdit à l'appelante de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre présentée par l'appelante. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'al. 61.5(9)*c*) du Code autorise un arbitre à rendre de telles ordonnances; et en particulier, si les ordonnances violent la liberté d'expression de l'appelante garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt (le juge Beetz est dissident et le juge Lamer est dissident en partie): Le pourvoi est rejeté. Les ordonnances violent l'al. 2*b*) de la *Charte* mais elles sont justifiables en vertu de l'article premier.

La *Charte* est applicable aux ordonnances rendues par l'arbitre. L'arbitre est une créature de la loi. Il est nommé en vertu d'une disposition législative et il tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution, qui est la loi suprême du pays, rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. On ne peut donc interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte*, à moins, bien sûr, que le pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation obligerait cette Cour, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte*, à la déclarer inopérante. Il s'ensuit qu'un arbitre, qui exerce des pouvoirs délégués, n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte*.

Le mot «*like*» dans la version anglaise de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail* n'a pas pour effet de limiter les pouvoirs conférés à l'arbitre en l'autorisant seulement à rendre des ordonnances similaires aux ordonnances expressément mentionnées aux al. *a*) et *b*) du même paragraphe. Interpréter ainsi cette disposition

applying the *ejusdem generis* rule. It is impossible to apply this rule in the case at bar since one of the conditions essential for its application—the presence of a common characteristic or common genus—has not been met. The interpretation according to which the word "like" in the English version of para. (*c*) does not have the effect of limiting the general power conferred on the adjudicator is also more consistent with the general scheme of the Code, and in particular with the purpose of Division V.7, which is to give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The adjudicator's orders were reasonable in the administrative law sense. Administrative law unreasonableness, as a preliminary standard of review, should not impose a more onerous standard upon government than would *Charter* review. While patent unreasonableness is important to maintain for questions untouched by the *Charter*, such as review of determinations of fact, in the realm of value inquiry the courts should have recourse to this standard only in the clearest of cases in which a decision could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

The adjudicator's first order infringed s. 2(*b*) of the *Charter* but is saved under s. 1.

The adjudicator's second order also infringed s. 2(*b*) of the *Charter*. It was an attempt to prevent the appellant from expressing its opinion as to the respondent's qualifications beyond the facts set out in the letter. But this order, too, was justifiable under s. 1. First, the objective was of sufficient importance to warrant overriding appellant's freedom of expression. Like the first order, the objective of the second order was to counteract the effects of the unjust dismissal by enhancing the ability of the employee to seek new employment without being lied about by the previous employer. The adjudicator's remedy was a legislatively-sanctioned attempt to remedy the unequal balance of power that normally exists between an employer and employee. The governmental objective, in a general sense, was that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof. To constitutionally protect freedom of expression in this case would be tantamount to condoning the continuation of an abuse of an already unequal relationship. Second, the means chosen were reasonable. Like the first order, the second order was rationally

signifierait l'application de la règle *ejusdem generis*. Or, cette règle est inapplicable à l'espèce puisqu'une des conditions essentielles à son application—la présence d'une caractéristique commune ou d'un genre commun—n'est pas remplie. L'interprétation selon laquelle le mot «*like*» de la version anglaise de l'al. *c*) ne limite pas le pouvoir conféré à l'arbitre est également plus conforme à l'économie générale du Code et en particulier au but de la division V.7 qui est d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: Les deux ordonnances de l'arbitre sont raisonnables au sens du droit administratif. La norme préliminaire de contrôle que représente le caractère déraisonnable en droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus exigeante que ne le ferait l'examen fondé sur la *Charte*. Certes, il importe de maintenir la norme du caractère déraisonnable manifeste pour les questions non touchées par la *Charte*, telles que le contrôle des conclusions de fait; mais, en matière d'examen des valeurs, les tribunaux devraient recourir à cette norme seulement dans les cas les plus évidents où une décision ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La première ordonnance de l'arbitre va à l'encontre de l'al. 2*b*) de la *Charte* mais elle est sauvegardée par l'article premier.

La seconde ordonnance de l'arbitre viole également l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il s'agit d'une tentative d'empêcher l'appelante d'exprimer son opinion quant aux qualifications de l'intimé au-delà des faits prouvés énoncés dans la lettre. Mais cette ordonnance est, elle aussi, justifiable sous le régime de l'article premier. En premier lieu, l'objectif est d'une importance suffisante pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression de l'appelante. Comme la première ordonnance, la deuxième vise à neutraliser les conséquences du congédiement injuste en accroissant la possibilité pour l'employé de chercher un nouvel emploi sans faire l'objet de mensonges de la part de l'employeur précédent. Le redressement accordé par l'arbitre constitue une tentative, que sanctionne le législateur, de remédier à l'équilibre inégal des forces qui existe normalement entre l'employeur et l'employé. En général, l'objectif gouvernemental réside dans la protection d'un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de celui-ci. Accorder une protection constitutionnelle à la liberté d'expression en l'espèce équivaudrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de

linked to the objective. With the proven history of promoting a fabricated version of the quality of respondent's service and the concern that the employer would continue to treat him unfairly if he went back to work for the employer, it was rational for the adjudicator to attach a rider to the order for a reference letter so as to ensure that the employer's representatives did not subvert the effect of the letter by unjustifiably maligning its previous employee in the guise of giving a reference. Further, no less intrusive measure could have been taken and still achieved the objective with any likelihood. Monetary compensation would not have been an acceptable substitute because it would only have been compensation for the economic, not the personal, effects of unemployment. Labour should not be treated as a commodity and every day without work as exhaustively reducible to some pecuniary value. The letter was tightly and carefully designed to reflect only a very narrow range of facts which were not really contested. The appellant was not forced to state opinions which were not its own. The prohibition was also very circumscribed. It was triggered only in cases when the appellant was contacted for a reference and there was no requirement to send the letter to anyone other then prospective employers. In short, the adjudicator went no further than was necessary to achieve the objective. Finally, the effects of the measures were not so deleterious as to outweigh the objective of the measures. The objective in this case was a very important one, especially in light of Canada's international treaty commitment to protect the right to work in its various dimensions. For purposes of this final stage of the proportionality inquiry, the fact that a value has the status of an international human right, either in customary international law under a treaty to which Canada is a State Party, should generally be indicative of a high degree of importance attached to that objective.

Per Lamer J. (dissenting in part): The adjudicator did not exceed his jurisdiction by ordering appellant to give respondent a letter of recommendation with a specified content. Apart from the *Charter*, the only limitation imposed by s. 61.5(9)(*c*) is that the order must be designed to "remedy or counteract any consequence of the dismissal". That is the case here. The order prevents appellant's decision to dismiss respondent from having negative consequences for the latter's chances of finding new employment. Ordering an employer to give a former employee a letter of recommendation containing

relations de travail déjà inégales. En deuxième lieu, les moyens choisis sont raisonnables. Comme la première ordonnance, la deuxième est rationnellement liée à l'objectif. Étant donné l'histoire prouvée consistant à favoriser une version fabriquée de la qualité des services de l'intimé et la crainte que l'employeur continue de le traiter injustement s'il revenait travailler pour lui, il était logique que l'arbitre prescrive dans l'ordonnance une lettre de recommandation pour s'assurer que les représentants de l'employeur ne détruiraient pas l'effet de la lettre en disant, sans justification, du mal de son employé antérieur sous prétexte de donner des références. De plus, il n'y avait aucune autre mesure moins envahissante qu'on aurait pu prendre et qui aurait vraisemblablement permis d'atteindre quand même l'objectif. Une indemnisation monétaire n'aurait pas constitué un substitut acceptable parce qu'elle n'aurait réglé que les conséquences économiques du chômage et non les conséquences personnelles. Le travail ne peut être assimilé à un produit et chaque jour de chômage considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. La lettre a été fermement et soigneusement conçue pour exposer seulement une variété très étroite de faits qui n'étaient pas véritablement contestés. On n'a pas forcé l'appelante à exprimer des opinions différentes des siennes. L'interdiction est également très circonscrite. Elle ne s'applique que dans les cas où on communique avec l'appelante en vue d'obtenir des références, et la lettre doit être envoyée uniquement aux employeurs éventuels. En bref, l'arbitre a fait le strict nécessaire pour atteindre l'objectif. En dernier lieu, les effets des mesures ne sont pas préjudiciables au point de l'emporter sur leur objectif. En l'espèce, l'objectif est très important, en particulier à la lumière de l'engagement du Canada dans les traités internationaux de protéger le droit du travail sous ses divers aspects. Aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne international, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif.

Le juge Lamer (dissident en partie): L'arbitre n'a pas excédé sa juridiction en ordonnant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé. Abstraction faite de la *Charte*, la seule limite imposée par l'al. 61.5(9)*c*) est que l'ordonnance vise à «contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier». C'est le cas en l'espèce. L'ordonnance empêche que la décision de l'appelante de congédier l'intimé puisse avoir des effets négatifs sur les chances de ce dernier de se trouver un nouvel emploi. Le fait d'ordonner à un employeur de remettre à un ancien

only objective facts that are not in dispute is not as such unreasonable and there is nothing to indicate that the adjudicator was pursuing an improper objective or acting in bad faith or in a discriminatory manner.

However, the adjudicator exceeded his jurisdiction by prohibiting appellant from answering a request for information about respondent other than by sending the letter of recommendation. Though the order is also meant to remedy or counteract the consequences of the dismissal, its effect, by prohibiting appellant from adding any comments whatever, is to create circumstances in which the letter could be seen as the expression of appellant's opinions. This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada. Parliament therefore cannot have intended to authorize such an unreasonable use of the discretion conferred by it. The adjudicator lost this jurisdiction when he made a patently unreasonable order.

The first order limits appellant's freedom of expression but this limitation, which is prescribed by law—the order made by the adjudicator is only an exercise of the discretion conferred on him by statute—can be justified under s. 1 of the *Charter*. The purpose of the order is clearly, as required by the Code, to counteract the consequences of the unjust dismissal. Such an objective is sufficiently important to warrant a limitation on freedom of expression. It is essential for the legislator to provide mechanisms to restore equilibrium in employer/employee relations so the employee will not be subject to arbitrary action by the employer. Additionally, the means chosen to attain the objective are reasonable in the circumstances. The order is fair and was carefully designed. The purpose of the letter of recommendation is to correct the false impression given by the fact of the dismissal and it contains only facts that are not in dispute. It is rationally connected to the dismissal since in certain cases it is the only way of effectively remedying the consequences of the dismissal. Finally, the consequences of the order are proportional to the objective sought. The latter is important in our society. The limitation on freedom of expression is not what could be described as very serious. It does not abolish that freedom, but simply limits its exercise by requiring the employer to write something determined in advance.

Per Beetz J. (dissenting): Except for the attestation relating to the unjust dismissal, the first order violated

employé une lettre de recommandation ne contenant que des faits objectifs incontestés n'est pas déraisonnable en soi et rien ne démontre que l'arbitre a poursuivi une finalité impropre ou agi de mauvaise foi ou de façon discriminatoire.

L'arbitre a toutefois excédé sa juridiction en interdisant à l'appelante de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation. Bien que l'ordonnance vise également à contrecarrer les effets du congédiement ou à y remédier, elle a pour effet, en interdisant à l'appelante d'ajouter quelques commentaires que ce soit, de créer des circonstances susceptibles de faire en sorte que la lettre soit perçue comme l'expression des opinions de l'appelante. Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada. Le Parlement ne peut donc pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. L'arbitre a perdu cette juridiction en rendant une ordonnance manifestement déraisonnable.

La première ordonnance restreint la liberté d'expression de l'appelante mais cette restriction, qui provient d'une règle de droit—l'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi—, est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'ordonnance vise nettement, comme l'exige la loi, à contrecarrer les effets du congédiement injuste. Un tel objectif est suffisamment important pour justifier une certaine restriction à la liberté d'expression. Il est en effet essentiel que le législateur prévoie des mécanismes destinés à rétablir un certain équilibre dans la relation employeur/employé de façon à éviter que ce dernier soit soumis à l'arbitraire du premier. De plus, le moyen choisi pour atteindre l'objectif est raisonnable dans les circonstances. L'ordonnance est équitable et a été soigneusement conçue. La lettre de recommandation vise à corriger la fausse impression causée par le fait du congédiement et ne contient que des faits objectifs incontestés. Elle a un lien rationnel avec le congédiement puisque dans certains cas elle est la seule mesure susceptible de remédier efficacement aux effets du congédiement. Finalement, les effets de cette ordonnance sont proportionnels à l'objectif poursuivi. Ce dernier est important dans notre société. Or, la restriction apportée à la liberté d'expression n'est pas de celle qu'on peut qualifier de très grave. Elle ne supprime pas cette liberté mais se borne plutôt à en restreindre l'exercice en obligeant l'employeur à écrire quelque chose de prédéterminé.

Le juge Beetz (dissident): Excepté l'attestation relative au congédiement injuste, la première ordonnance

the appellant's freedoms of opinion and of expression and could not be justified under s. 1 of the *Charter*. This order forced the employer to write, as if they were his own, statements of facts in which, rightly or wrongly, he may not believe, or which he may ultimately find or think to be inaccurate, misleading or false. In short, the order may force the appellant to lie. To order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them constitutes a *prima facie* violation of the freedoms of opinion and expression. Such a violation was totalitarian in nature and could never be justified under s. 1 of the *Charter*.

The second order, coupled with the first, also violated the former employer's freedoms of opinion and of expression in a manner which was not justified under s. 1 of the *Charter*. The sending of the letter as drafted by the adjudicator, coupled with the prohibition to say or write anything else could lead to the implication that the former employer had no further comment to make upon the performance of the respondent and that, accordingly, the letter reflected the opinion of the former employer. In any event, the second order was disproportionate and unreasonable. One should view with extreme suspicion an administrative order or even a judicial order which has the effect of preventing the litigants from commenting upon and even criticizing the rulings of the deciding board or court.

Further, in cases of unjust dismissal, the issuance by an adjudicator of a blanket and perpetual prohibition against a former employer to write or say anything to a prospective employer but what the adjudicator has dictated in the letter of recommendation can lead to absurd and even counter-productive results. The adjudicator cannot foresee all the possible types of exchanges which are susceptible to occur between former and prospective employers. The absurdity which results from the adjudicator's second order is sufficient to warrant its reversal. If it is disproportionate and unreasonable from a practical point of view, then it has to be unreasonable from an administrative law point of view and it is difficult to conceive how it could be reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Distinguished: *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; **referred to**: *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*,

viole les libertés d'opinion et d'expression de l'appelante et ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cette ordonnance force l'employeur à rédiger des exposés des faits comme s'il s'agissait d'exposés de faits de son propre cru, auxquels, à tort ou à raison, il ne croit peut-être pas, ou qu'il peut en fin de compte trouver ou estimer inexacts, trompeurs ou faux. En bref, l'ordonnance peut forcer l'appelante à mentir. Ordonner la confirmation de faits, sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui a reçu l'ordre de les confirmer, viole à première vue les libertés d'opinion et d'expression. Une telle violation revêt un caractère totalitaire et ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La deuxième ordonnance, jointe à la première, viole également les libertés d'opinion et d'expression de l'ancien employeur d'une manière qui ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'envoi de la lettre telle qu'elle a été rédigée par l'arbitre, accompagné de l'interdiction de dire ou d'écrire quoi que ce soit pourrait laisser insinuer que l'ancien employeur n'a pas d'autres remarques à faire au sujet du rendement de l'intimé et que, par conséquent, la lettre traduit l'opinion de l'ancien employeur. En tout état de cause, la deuxième ordonnance est disproportionnée et déraisonnable. On devrait se méfier énormément d'une ordonnance administrative ou même une ordonnance judiciaire qui a pour effet d'empêcher les justiciables de commenter et même de critiquer les décisions d'une commission ou d'une cour.

De plus, dans les cas de congédiement injuste, la délivrance par un arbitre d'une interdiction générale et perpétuelle, à l'encontre d'un ancien employeur, d'écrire ou de dire quoi que ce soit à l'exception de ce que l'arbitre a dicté dans la lettre de recommandation peut conduire à des résultats absurdes et qui vont à l'encontre du résultat recherché. L'arbitre ne peut prévoir tous les types possibles d'échanges qui sont susceptibles d'avoir lieu entre les anciens employeurs et les employeurs éventuels. L'absurdité qui découle de la deuxième ordonnance de l'arbitre suffit à justifier son annulation. Dès lors qu'elle est disproportionnée et déraisonnable du point de vue pratique, elle doit être déraisonnable sur le plan du droit administratif, et il est difficile d'imaginer qu'elle puisse être raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Distinction d'avec l'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; **arrêts mentionnés**: *Blan-*

[1984] 2 S.C.R. 476; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By Lamer J. (dissenting in part)

National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union, [1984] 1 S.C.R. 269; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Beetz J. (dissenting)

National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union, [1984] 1 S.C.R. 269; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(6) [ad. 1977-78, c. 27, s. 21], 61.5(9)(*a*), (*b*), (*c*) [*idem*].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(*d*).
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, Doc. A/6316 U.N. (1966), s. 6.

Authors Cited

Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kahn-Freund, Sir Otto. *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 1969.
Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 253, 58 N.R. 150, 85 C.L.L.C. ¶ 14,053, dismissing appellant's application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* to

chard c. Control Data Canada Ltée, [1984] 2 R.C.S. 476; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce, [1984] 1 R.C.S. 269; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge Beetz (dissident)

Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce, [1984] 1 R.C.S. 269; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(6) [aj. 1977-78, chap. 27, art. 21], 61.5(9)*a*), *b*), *c*) [*idem*].
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52*d*).
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (nº 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 6.

Doctrine citée

Beatty, David M. «Labour is not a Commodity». In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kahn-Freund, Sir Otto. *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 1969.
Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 253, 58 N.R. 150, 85 C.L.L.C. ¶ 14,053, qui a rejeté la demande de l'appelante, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la*

set aside an order made by an adjudicator under s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code*. Appeal dismissed, Beetz J. dissenting and Lamer J. dissenting in part.

Brian A. Grosman, Q.C., and *John Martin*, for the appellant.

Morris Cooper and *Fern Weinper*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—

I

The respondent, Mr. Ron Davidson, a radio time salesman, was dismissed by his employer, the appellant, Slaight Communications Incorporated, operating as Q107 FM Radio. A complaint was filed by Mr. Davidson under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21, and an inquiry undertaken. As the matter could not be resolved or settled, Mr. Edward B. Joliffe, Q.C., was appointed by the Minister of Labour to act as adjudicator and to render a decision in accordance with the provisions of subss. (6) to (9) of s. 61.5, Division V.7, Part III of the *Canada Labour Code*. Two days of hearings were held in Toronto. Twelve days later, Mr. Joliffe received a letter, written on behalf of the employer, requesting Mr. Joliffe to consider reopening the adjudication because, the letter read in part, "... our client has advised us that it is in possession of certain material which may indicate that Mr. Davidson perjured his testimony before you in one or more respects." Mr. Joliffe demanded particulars of this very serious allegation. The company's counsel failed to comply. The application for another hearing was dismissed.

Adjudicator Joliffe reviewed at length the evidence of Ms. Stitt. Ms. Stitt was the sole witness on behalf of the employer and at the relevant time she was general sales manager of the

Cour fédérale, qui visait l'annulation d'une ordonnance rendue par un arbitre en vertu de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail*. Pourvoi rejeté, le juge Beetz est dissident et le juge Lamer est dissident en partie.

Brian A. Grosman, c.r., et *John Martin*, pour l'appelante.

Morris Cooper et *Fern Weinper*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—

I

L'intimé, M. Ron Davidson, vendeur de temps d'antenne à la radio, a été congédié par son employeur, l'appelante Slaight Communications Incorporated, exploitée sous le nom de station de radio Q107 FM. Monsieur Davidson s'est fondé sur le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21, pour déposer une plainte, et une enquête a été tenue. Comme la question ne pouvait être tranchée ou réglée, le ministre du Travail a désigné Me Edward B. Joliffe, c.r., comme arbitre chargé de rendre une décision conformément aux dispositions des par. (6) à (9) de l'art. 61.5, division V.7, partie III du *Code canadien du travail*. L'audience s'est déroulée pendant deux jours à Toronto. Douze jours plus tard, Me Joliffe a reçu une lettre rédigée au nom de l'employeur, dans laquelle on lui demandait d'envisager la possibilité de réexaminer le renvoi en question pour le motif que, selon ce que précisait notamment la lettre, [TRADUCTION] «... notre cliente nous a informés qu'elle détient certains documents indiquant que M. Davidson a peut-être fait un faux témoignage concernant un ou plusieurs points». Me Joliffe a demandé des détails sur cette allégation très grave. L'avocat de la société ne s'est pas exécuté. La demande visant à obtenir une autre audition a été rejetée.

L'arbitre Joliffe a longuement examiné le témoignage de Mme Stitt. Celle-ci était le seul témoin pour le compte de l'employeur et, à l'époque en cause, elle était la directrice générale des ventes de

company, though later dismissed. The adjudicator noted:

> In Ms. Stitt's letter to Labour Canada of February 27, 1984 ... she specified that the "major complaint" was Mr. Davidson's failure to achieve "monthly sales budgets since October of 1983." To select four months (or less) from a total of 43 months of service as evidence of unsatisfactory service is obviously specious.

Later in his ruling the adjudicator stated:

> From first to last Ms. Stitt's attitude faithfully reflected the advice she attributes to Mr. Gary Slaight: "If he failed to make budget, I'd hear about it. If he made it, the complaint would be that he could do more." By this perverse logic it appears that the more Mr. Davidson sold, the more unacceptable his performance. Such absurd statements led this adjudicator to suggest disclosure of "the real reason for dismissal," but there was no response.

He concluded:

> An attempt has been made in this case to prove unsatisfactory performance as just cause for dismissal. The attempt has failed. I find that Mr. Davidson was dismissed without just cause.

Mr. Joliffe then turned his attention to the question of an appropriate remedy, quoting subs. (9) of s. 61.5 as follows:

> **61.5.** ...
>
> (9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to
>
> (*a*) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;
>
> (*b*) reinstate the person in his employ; and
>
> (*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

He ordered payment of $46,628.96 plus interest and legal costs of $2,500. He made a further order, which is central to this appeal, reading:

la société, bien qu'elle fût congédiée plus tard. L'arbitre a noté ce qui suit:

> Dans sa lettre du 27 février 1984 à Travail Canada [...] Mme Stitt a précisé que le «principal grief» qu'on a fait à M. Davidson c'est de ne pas avoir atteint «depuis octobre 1983 les niveaux de vente prévus dans les budgets mensuels». Il est évidemment spécieux de choisir quatre mois (ou moins) sur un total de 43 mois de service pour prouver que le plaignant a eu un rendement insatisfaisant.

Plus loin, dans sa décision, l'arbitre s'est prononcé en ces termes:

> Du début à la fin, l'attitude de Mme Stitt a traduit fidèlement le conseil suivant qu'elle attribue à M. Gary Slaight: «S'il n'exécutait pas son budget, j'en entendrais parler. Si, au contraire, il l'exécutait, il faudrait lui faire savoir alors qu'il peut en faire davantage.» En vertu de cette logique perverse, il semble que plus M. Davidson vendrait, plus son rendement serait inacceptable. Des déclarations d'une telle absurdité m'ont conduit à proposer qu'on divulgue enfin «le véritable motif du congédiement», mais cela n'a eu aucun écho.

Il a tiré cette conclusion:

> On a tenté ici de démontrer qu'un rendement insatisfaisant pouvait constituer un motif valable de congédiement. La tentative a échoué. Je juge que M. Davidson a été congédié sans motif valable.

Me Joliffe s'est alors penché sur la question de l'établissement d'une réparation appropriée, et il a cité le par. (9) de l'art. 61.5:

> **61.5.** ...
>
> (9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur
>
> *a*) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;
>
> *b*) de réintégrer la personne dans son emploi; et
>
> *c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Il a ordonné le versement d'une somme de 46 628,96 $ plus les intérêts, et de 2 500 $ au titre de frais de justice. Il a rendu une autre ordonnance, qui fait l'objet principal du présent pourvoi. Celle-ci est ainsi rédigée:

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980, to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

An appeal by the employer to the Federal Court of Appeal was dismissed (Urie and Mahoney JJ., Marceau J. dissenting): [1985] 1 F.C. 253.

The question to be decided by this Court is whether para. (*c*) of s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code* authorizes the adjudicator to order the employer to give the employee a letter of reference of specified content and to order the employer to say nothing further about the employee. Paragraph (*c*), it will be recalled, reads:

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

L'employeur a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, et son appel a été rejeté (les juges Urie et Mahoney, le juge Marceau étant dissident): [1985] 1 C.F. 253.

La question que cette Cour doit trancher est de savoir si l'al. *c*) du par. 61.5(9) du *Code canadien du travail* autorise l'arbitre à enjoindre à l'employeur de donner à l'employé une lettre de recommandation à contenu spécifié et à ordonner à l'employeur de ne pas tenir d'autres propos au sujet de l'employé. L'alinéa *c*), on s'en souvient, est ainsi conçu:

(*c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

(*c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Resolution of the problem involves (1) the construction and the true meaning and effect of para. (*c*), (2) whether the adjudicator's order in this case infringed freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and (3) if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

Two constitutional questions were stated in this appeal as follows:

1. Do the provisions of the adjudicator's order, pursuant to s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, whereby the appellant was ordered to provide the respondent with a letter of recommendation of specified content combined with the further stipulation that any communication to the appellant relating to the respondent's employment with the appellant be answered exclusively by sending or delivering a copy of the letter of recommendation, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the provisions of the adjudicator's order infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The Relationship Between Administrative Law Review and Review Under the *Charter*

I have had the benefit of reading the opinion of Justice Lamer and I am in complete agreement with his discussion of the applicability of the *Charter* to administrative decision-making. I also agree with his conclusion that the positive order made by adjudicator Joliffe (to draw up and to give the respondent a specified letter of reference) infringes s. 2(*b*) of the *Charter* but is saved by s. 1. However, with regard to the negative order (that any inquiry about the respondent's employment at Q107 be answered exclusively by the letter of reference which is the subject of the positive order), I must respectfully disagree with the conclusion of Lamer J. that it is patently unreasonable, thereby obviating the need to consider the *Charter*. Furthermore, not only am I of the view that the negative order is reasonable in

La solution du problème est fonction (1) de l'interprétation et du sens et de l'effet véritables de l'al. *c*), (2) de la question de savoir si l'ordonnance de l'arbitre en l'espèce viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et (3) dans l'affirmative, de la question de savoir si la violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Deux questions constitutionnelles ont été formulées en l'espèce:

1. Les dispositions de l'ordonnance de l'arbitre, rendue conformément au par. 61.5(9) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et ses modifications, par lesquelles on a ordonné à la requérante de fournir à l'intimé une lettre de recommandation à contenu spécifié assortie de l'obligation supplémentaire de répondre exclusivement aux demandes de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé en envoyant ou en remettant une copie de la lettre de recommandation, violent-t-elles ou nient-elles les droits et libertés garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si les dispositions de l'ordonnance de l'arbitre violent ou nient les droits et libertés garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

Le rapport entre le contrôle en matière de droit administratif et l'examen fondé sur la *Charte*.

J'ai pris connaissance de l'opinion exprimée par le juge Lamer et je suis parfaitement d'accord avec son analyse de l'applicabilité de la *Charte* au processus décisionnel administratif. Je suis également d'accord avec sa conclusion que l'ordonnance positive rendue par l'arbitre Joliffe (celle de rédiger une lettre de recommandation à contenu spécifié et de la remettre à l'intimé) viole l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais qu'elle est sauvegardée par l'article premier. Toutefois, pour ce qui est de l'ordonnance négative (celle de répondre exclusivement aux demandes de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé à la station Q107 en envoyant la lettre de recommandation visée par l'ordonnance positive), je me vois, en toute déférence, dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Lamer selon laquelle elle est manifeste-

the administrative law sense but I also believe that it is reasonable and demonstrably justified in the sense of s. 1 of the *Charter*.

I agree with Mahoney J. of the Federal Court of Appeal, at pp. 260-61, that:

> The ordering of provision of a totally factual letter of recommendation and foreclosing the undermining of its effect which, in the circumstances disclosed by the evidence, was patently foreseeable, seems to me to be an equitable remedial requirement. It is not punitive. It is appropriate redress to the wronged employee without, in any way, injuring the employer. In my view, the order was authorized by paragraph 61.5(9)(*c*).

The precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases. A few comments nonetheless may be in order. A minimal proposition would seem to be that administrative law unreasonableness, as a preliminary standard of review, should not impose a more onerous standard upon government than would *Charter* review. While patent unreasonableness is important to maintain for questions untouched by the *Charter*, such as review of determinations of fact (see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at pp. 494-95), in the realm of value inquiry the courts should have recourse to this standard only in the clearest of cases in which a decision could not be justified under s. 1 of the *Charter*. In contrast to s. 1, patent unreasonableness rests to a large extent on unarticulated and undeveloped values and lacks the same degree of structure and sophistication of analysis. It seems to me that had Lamer J. gone on to conduct a s. 1 inquiry, his excellent analysis of the contending values in the context of the positive order would have been equally applicable to the negative order which he has instead found to be patently unreasonable.

Je souscris aux propos tenus par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt précité, aux pp. 260 et 261:

> Le fait d'ordonner l'envoi d'une lettre de recommandation portant uniquement sur des faits et d'empêcher que son effet ne soit sapé, éventualité manifestement prévisible dans les circonstances révélées par la preuve, me semble être un redressement équitable et non punitif. Il s'agit d'un redressement approprié accordé à l'employé lésé et qui ne porte d'aucune façon préjudice à l'employeur. À mon avis, l'alinéa 61.5(9)*c*) autorisait l'ordonnance.

Le rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir. Néanmoins, il y a lieu de faire quelques commentaires. Une proposition minimale semblerait être que la norme préliminaire de contrôle que représente le caractère déraisonnable en droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus exigeante que ne le ferait l'examen fondé sur la *Charte*. Certes, il importe de maintenir la norme du caractère déraisonnable manifeste pour les questions non touchées par la *Charte*, telles que le contrôle des conclusions de fait (voir *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 494 et 495); mais, en matière d'examen des valeurs, les tribunaux devraient recourir à cette norme seulement dans les cas les plus évidents où une décision ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par opposition à l'article premier, le caractère déraisonnable manifeste repose, dans une large mesure, sur des valeurs ambiguës et non établies et n'a pas le même degré de structure et de subtilité d'analyse. À mon avis, si le juge Lamer avait procédé à un examen fondé sur l'article premier, son excellente analyse des valeurs opposées dans le contexte de l'ordonnance positive aurait été également applicable à l'ordonnance négative qu'il a plutôt jugée manifestement déraisonnable.

I agree with Lamer J. that the order in this case is considerably different from that at issue in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, and, therefore, the determination by Beetz J. that the letter in question in *National Bank* was patently unreasonable is not applicable to the facts of this case. The focus of condemnation in *National Bank* was on the "compelling [of] anyone to utter opinions that [were] not his own" (*per* Beetz J., at p. 296) which was exacerbated by the wide publication of the letter—to all employees and management staff of the bank. That is not this case. As the adjudicator noted here, there was no real conflict of evidence about the accounts and reports.

Je conviens avec le juge Lamer que l'ordonnance en l'espèce diffère considérablement de celle en cause dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, et que, par conséquent, la conclusion du juge Beetz selon laquelle la lettre en cause dans l'affaire *Banque Nationale* était manifestement déraisonnable ne s'applique pas aux faits de l'espèce. La condamnation dans l'arrêt *Banque Nationale* visait surtout le fait «que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes» (le juge Beetz, à la p. 296), fait qui a été aggravé par une large diffusion de la lettre à tous les employés et au personnel de direction de la banque. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Comme l'arbitre l'a souligné en l'espèce, il n'y avait pas de véritable conflit au sujet des comptes et des rapports.

III

The Negative Order and Section 2(*b*) of the *Charter*

Adjudicator Joliffe's order that Slaight Communications Inc. answer any reference inquiry exclusively by sending the specified letter is an infringement of s. 2(*b*) freedom of expression. The government is attempting to prevent Q107 from expressing its opinion as to the qualifications of Mr. Davidson beyond the facts set out in the letter. The harm that it was aiming to prevent, decreased job prospects for Mr. Davidson, is only relevant to s. 1 analysis and not to s. 2(*b*) analysis.

III

L'ordonnance négative et l'al. 2*b*) de la *Charte*

L'ordonnance de l'arbitre Joliffe qui enjoignait à Slaight Communications Inc. de répondre aux demandes de renseignements exclusivement en envoyant la lettre à contenu spécifié viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*). Le gouvernement tente d'empêcher Q107 de pousser l'expression de son opinion quant aux qualifications de M. Davidson au-delà des faits énoncés dans la lettre. Le préjudice qu'il voulait prévenir, c'est-à-dire la diminution des perspectives d'emploi de M. Davidson, n'est pertinent que pour les fins d'une analyse fondée sur l'article premier et non pour celles d'une analyse fondée sur l'al. 2*b*).

IV

Section 1 of the *Charter*

The basic test for s. 1 analysis formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, has been reviewed in the reasons of Lamer J. and need not be reproduced here.

IV

L'article premier de la *Charte*

Le critère de base applicable à une analyse fondée sur l'article premier, qui a été formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, a été examiné dans les motifs du juge Lamer et il n'est pas nécessaire de le reproduire en l'espèce.

1. *Importance of the Objective*

I am in firm agreement with the conclusions of Lamer J. about the importance of the objective sought to be achieved by the positive order, namely, counteracting the effects of the unjust dismissal by enhancing the ability of the employee to seek new employment without being lied about by the previous employer. This is also the objective of the negative order which, in the words of Mahoney J. in the Federal Court of Appeal, at p. 260, was designed to "forclos[e] the undermining of [the] effect" of the positive order. Both orders seek to achieve the same goal, the negative order complementing and reinforcing the positive order.

It cannot be overemphasized that the adjudicator's remedy in this case was a legislatively-sanctioned attempt to remedy the unequal balance of power that normally exists between an employer and employee. Thus, in a general sense, this case falls within a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, I stated for the majority at p. 779:

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons. When the interests of more than seven vulnerable employees in securing a Sunday holiday are weighed against the interests of their employer in transacting business on a Sunday, I cannot fault the Legislature for determining that the protection of the employees ought to prevail.

Consistent with the above view of the place of the *Charter*, I can think of no better way to describe the employment relationship than as expressed in Davies and Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), at p. 18:

> [T]he relation between an employer and an isolated employee or worker is typically a relation between a bearer of power and one who is not a bearer of power. In its inception it is an act of submission, in its operation it

1. *L'importance de l'objectif*

Je suis parfaitement d'accord avec les conclusions tirées par le juge Lamer au sujet de l'importance de l'objectif visé par l'ordonnance positive, savoir la neutralisation des conséquences du congédiement injuste en accroissant les possibilités pour l'employé de chercher un nouvel emploi sans faire l'objet de mensonges de la part de son employeur précédent. C'est également l'objectif de l'ordonnance négative qui, pour reprendre les mots employés par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale, à la p. 260, visait à «empêcher que . . . ne soit sapé [l'effet]» de l'ordonnance positive. Les deux ordonnances tendent au même but, la négative complétant et renforçant la positive.

On ne saurait trop insister sur le fait que le redressement accordé par l'arbitre en l'espèce constituait une tentative, sanctionnée par le législateur, de remédier à l'inégalité des forces qui existe normalement entre l'employeur et l'employé. Ainsi donc, en général, l'espèce relève d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 779, j'ai affirmé au nom de la Cour à la majorité:

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter.

Conformément au point de vue exprimé ci-dessus au sujet de la place qu'occupe la *Charte*, je ne vois aucune meilleure façon de décrire les relations employeur-employé que celle exprimée dans Davies et Freedland dans *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3e éd. 1983), à la p. 18:

> [TRADUCTION] [L]a relation entre un employeur et un employé ou un travailleur isolé est typiquement une relation entre une personne qui est en situation d'autorité et une personne qui ne l'est pas. À son début, il

is a condition of subordination ... The main object of labour law has always been, and we venture to say will always be, to be a countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship. Most of what we call protective legislation—legislation on the employment of women, children and young persons, on safety in mines, factories, and offices, on payment of wages in cash, on guarantee payments, on race or sex discrimination, on unfair dismissal, and indeed most labour legislation altogether—must be seen in this context. It is an attempt to infuse law into a relation of command and subordination.

s'agit d'un acte de soumission, dans son fonctionnement, il s'agit d'un acte de subordination [...] L'objectif principal du droit du travail a toujours été et, nous nous permettons de dire, sera toujours de neutraliser l'inégalité du pouvoir de négociation qui est et doit être inhérent dans les relations employeur-employé. La majeure partie de ce que nous appelons la législation protectrice, savoir la législation sur l'embauchage des femmes, des enfants et des jeunes, sur la sécurité dans les mines, dans les usines et dans les bureaux, sur le paiement de salaires au comptant, sur les paiements de garantie, sur la discrimination fondée sur la race ou le sexe, sur les congédiements injustes, et, en fait, la majeure partie de la législation du travail tout entière, doivent être situées dans ce contexte. Il s'agit d'une tentative d'insuffler du droit dans une relation de commande et de subordination.

The objective of both the positive and negative orders made by adjudicator Joliffe is sensitive to the reality identified by Kahn-Freund, Davies and Freedland. The courts must be just as concerned to avoid constitutionalizing inequalities of power in the workplace and between societal actors in general. It must be recalled that *Oakes*, *supra*, at p. 136, stated that "[t]he underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified." As long as the proportionality test is met, it would not, on the facts of this case, be in accordance with those underlying principles and values for the *Charter* to be successfully invoked by an employer. The inequality in one employment relationship would be continued even after its termination with the result that the worker looking for a new job would be placed in an even more unequal bargaining position *vis-à-vis* prospective employers than is normally the case. On the facts of this case, constitutionally protecting freedom of expression would be tantamount to condoning the continuation of an abuse of an already unequal relationship.

L'objectif des ordonnances positive et négative rendues par l'arbitre Joliffe répond à la réalité reconnue par Kahn-Freund, Davies et Freedland. Les tribunaux doivent tout autant prendre soin d'éviter de constitutionnaliser les inégalités de pouvoir au lieu de travail et entre les intervenants sociaux en général. Il faut se rappeler que la Cour a affirmé à la p. 136 de l'arrêt *Oakes*, précité, que «[l]es valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer». Du moment que le critère de la proportionnalité est respecté, ce serait, dans les circonstances de la présente affaire, s'écarter de ces principes et de ces valeurs sous-jacents que de permettre à un employeur d'invoquer avec succès la *Charte*. L'inégalité dans des relations de travail se poursuivrait même après la cessation de l'emploi avec cette conséquence que le travailleur qui se chercherait un nouvel emploi serait placé dans une position de négociation, vis-à-vis des employeurs éventuels, encore plus inégale que c'est habituellement le cas. Compte tenu des faits de l'espèce, accorder une protection constitutionnelle à la liberté d'expression équivaudrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de relations de travail déjà inégales.

2. *Proportionality*

(a) Rational Connection

The negative order is very much rationally linked to the objective, no less than the positive order. The adjudicator was plainly of the view that the respondent had been the subject of some kind of personal vendetta or "set-up", as Mahoney J. termed it, *supra*, at p. 258, which had been initiated by the employer's general manager and executed by its sales manager, the latter of whom was Mr. Davidson's immediate superior.

As I have indicated, the representative of the employer was found to have engaged in bad faith and duplicitous conduct, giving misleading evidence about the Mr. Davidson's work performance both at the time of his dismissal and during the unjust dismissal hearing. Further, in deciding that reinstatement was not a viable remedy, the adjudicator gave as his reason that "[t]here is no sign that he would receive fair treatment by an employer which has made such vigorous efforts to justify the indefensible". With this proven history of promoting a fabricated version of the quality of Mr. Davidson's service and the concern that the employer would continue to treat him unfairly if he went back to work for the employer, it was rational for the adjudicator to attach a rider to the order for a reference letter so as to ensure that representatives of the employer did not subvert the effect of the letter by unjustifiably maligning its previous employee in the guise of giving a reference.

(b) Minimal Impairment

In my view, there was no less intrusive measure that the adjudicator could have taken and still have achieved the objective with any likelihood. To the extent there was a likelihood that representatives of Q107 would not be content to pass on the letter of reference absent the kind of untrue comments that had resulted in the finding of unjust dismissal, the letter of reference would have been rendered illusory to the same degree of likelihood.

2. *La proportionnalité*

a) Le lien rationnel

L'ordonnance négative, tout comme l'ordonnance positive, est dans une très large mesure rationnellement liée à l'objectif poursuivi. L'arbitre a clairement estimé que l'intimé avait fait l'objet d'un genre de vendetta personnelle ou d'un «coup monté», pour reprendre l'expression du juge Mahoney, précité, à la p. 258, qui avait été imaginé par le directeur général de l'employeur et mis à exécution par sa directrice des ventes qui était le supérieur immédiat de M. Davidson.

Comme je l'ai déjà indiqué, on a conclu que le représentant de l'employeur avait fait preuve de mauvaise foi et de duplicité en rendant un témoignage trompeur sur le rendement de M. Davidson tant au moment de son renvoi qu'au cours de l'audition relative au congédiement injuste. De plus, en décidant que la réintégration n'était pas un redressement viable, l'arbitre a motivé sa décision en affirmant que «[r]ien n'indique qu'il ferait l'objet d'un traitement équitable de la part d'un employeur qui a tout tenté pour justifier l'indéfendable». Étant donné cette histoire prouvée consistant à favoriser une version fabriquée de la qualité des services de M. Davidson et la crainte que l'employeur continue de le traiter injustement s'il revenait travailler pour lui, il était logique que l'arbitre prescrive dans l'ordonnance une lettre de recommandation pour s'assurer que les représentants de l'employeur ne détruiraient pas l'effet de la lettre en disant, sans justification, du mal de son employé antérieur sous prétexte de donner des références.

b) L'atteinte minimale

À mon avis, il n'y avait aucune autre mesure moins envahissante que l'arbitre aurait pu prendre et qui lui aurait vraisemblablement permis d'atteindre quand même l'objectif. Dans la mesure où il était probable que les représentants de Q107 ne se contenteraient pas de transmettre la lettre de recommandation sans faire le genre de commentaires mensongers qui avaient entraîné la conclusion qu'il y avait eu congédiement injuste, il était tout aussi probable que la lettre de recommandation deviendrait illusoire.

While an order of additional monetary compensation would clearly be less intrusive upon the appellant's freedom of expression, it would not be an acceptable substitute. Even if the adjudicator had ordered that the Mr. Davidson could come back once he had secured a job and be granted compensation, above and beyond unemployment insurance, for the actual period out of work, this would only be compensation for the economic effects of lack of employment not the personal effects. This is directly contrary to the objective sought to be achieved by the order, which is securing new employment in the shortest order possible; the corollary of this objective is, of course, a concern to alleviate the personal problems associated with being out of work. As Professor Beatty puts it in "Labour is not a Commodity" in Reiter and Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), at pp. 323-24:

> The personal meaning of work is seen to go beyond rather than to be completely dependent upon the purposes of production ... [R]eflecting the characterization of humans as, for the most part, doers and makers, the identity aspect of employment is increasingly seen to serve deep psychological needs ... It recognizes the importance of providing the members of society with an opportunity to realize some sense of identity and meaning, some sense of worth in the community beyond that which can be taken from the material product of the institution ... [E]mployment is seen as providing recognition of the individual's being engaged in something worthwhile ... [E]mployment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and of concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our self-respect and self-esteem. With such an emphasis on contributing to society one avoids the demoralization that inevitably attends idleness and exile, even when it is assuaged by social assistance.

Monetary compensation can only be an alternative measure if labour is treated as a commodity and every day without work seen as being exhaustively reducible to some pecuniary value. As I had occasion to say in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R.

Certes, une ordonnance de versement d'une indemnité monétaire additionnelle empiéterait nettement moins sur la liberté d'expression de l'appelante, mais ce ne serait pas un substitut acceptable. Même si l'arbitre avait ordonné que M. Davidson puisse revenir une fois qu'il aurait obtenu un emploi et reçu une indemnité, en plus des prestations d'assurance-chômage, pour la période vraiment chômée, il s'agirait seulement d'une indemnité pour les conséquences économiques du chômage et non pour les conséquences personnelles. Cela va directement à l'encontre de l'objectif visé par l'ordonnance, c'est-à-dire l'obtention d'un nouvel emploi dans les plus brefs délais possibles; cet objectif a, bien entendu, pour corollaire le souci de soulager les problèmes personnels associés au fait d'être sans emploi. Comme l'affirme le professeur Beatty dans son article intitulé «Labour is not a Commodity», dans Reiter et Swan, éd., *Studies in Contract Law* (1980), aux pp. 323 et 324:

> [TRADUCTION] Le sens que revêt le travail pour l'individu est perçu comme étant d'une plus grande portée et ne dépend pas complètement des fins de la production [...] [R]eflétant la caractérisation des êtres humains en tant, pour la plupart, que personnes actives et productives, l'aspect «identité» de l'emploi est de plus en plus considéré comme répondant à des besoins psychologiques profonds [...] Il reconnaît l'importance de fournir aux membres de la société la possibilité d'avoir une identité propre, d'avoir de l'importance et de se valoriser dans la collectivité, et ce, indépendamment de ce qu'on peut tirer du produit matériel de l'institution [...] [L]'emploi est perçu comme permettant de reconnaître que l'individu s'adonne à une activité valable [...] [L]'emploi finit par représenter le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres. C'est par cette institution que la plupart d'entre nous acquérons, pour une grande part, le respect de soi et la dignité personnelle. L'accent étant mis sur les contributions qu'on apporte à la société, on évite la démoralisation qui accompagne inévitablement l'oisiveté et l'exil, lors même qu'elle serait soulagée par l'aide sociale.

L'indemnisation monétaire ne peut être qu'une mesure de rechange si le travail est assimilé à un produit et si chaque jour sans travail est considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. Comme je l'ai affirmé dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations*

313, at p. 368, "[a] person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being." Viewing labour as a commodity is incompatible with such a perspective, which is reflected in the remedial objective chosen by the adjudicator. To posit monetary compensation as a less intrusive measure is, in effect, to challenge the legitimacy of the objective.

Consider the facts of this particular case. The letter was tightly and carefully designed to reflect only a very narrow range of facts which, we saw, were not really contested. As already discussed, unlike in *National Bank*, *supra*, the employer has not been forced to state opinions ("views and sentiments", *per* Beetz J., at p. 295) which are not its own. Rather, the negative order seeks to prevent the employer from passing on an opinion, such prohibition being closely tied to the history of abuse of power which had been found to exist. Furthermore, that prohibition is very circumscribed. Firstly, it is triggered only in cases when the appellant is contacted for a reference and, secondly, there is no requirement to send the letter to anyone other then prospective employers. In sum, this is a much less intrusive and carefully designed order than that in *National Bank* in which the bank was required to send to a very large audience (all the employees and management staff of the bank) what amounted to a letter of contrition which conveyed the impression that certain opinions expressed therein were those of the employer.

Finally, it cannot be ignored that a letter such as this may not have a great beneficial impact on an employee's job hunt. The letter is very neutral in tone, totally unembellished as it is by any opinion customary in letters of reference, and it refers to the fact of the finding of unjust dismissal. It seems to me that the adjudicator went no further than was necessary to achieve the objective and, even then, the measures adopted by the adjudicator cannot be said to have done more than to have

Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, «[l]'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel». Considérer le travail comme étant un produit est incompatible avec une telle perspective qui ressort de l'objectif de redressement choisi par l'arbitre. Présenter l'indemnisation monétaire comme une mesure moins envahissante revient en fait à contester la légitimité de l'objectif.

Examinons maintenant les faits de l'espèce. La lettre a été fermement et soigneusement conçue pour exposer seulement une variété très restreinte de faits qui, nous l'avons vu, n'étaient pas véritablement contestés. Comme je l'ai déjà dit, à la différence de l'arrêt *Banque Nationale*, précité, on n'a pas forcé l'employeur à exprimer des opinions («opinions et sentiments», le juge Beetz, à la p. 295) différentes des siennes. L'ordonnance négative vise plutôt à empêcher l'employeur de transmettre une opinion, cette interdiction étant intimement liée à l'histoire d'abus de pouvoir dont on avait conclu à l'existence. De plus, cette interdiction est très circonscrite. En premier lieu, elle ne s'applique que dans les cas où on communique avec l'appelante en vue d'obtenir des références et, en second lieu, il n'y a aucune obligation d'envoyer la lettre à quelqu'un d'autre que les employeurs éventuels. Somme toute, il s'agit d'une ordonnance soigneusement conçue et beaucoup moins envahissante que celle de l'arrêt *Banque Nationale* où la banque était tenue d'envoyer à un très grand nombre de gens (tous les employés et le personnel de direction de la banque) ce qui équivalait à une lettre de contrition qui donnait l'impression que certaines opinions y exprimées étaient celles de l'employeur.

Enfin, on ne peut passer sous silence le fait qu'il se peut qu'une lettre comme celle dont il est question n'ait pas un effet bénéfique sur la recherche d'emploi par un employé. La lettre a un ton très neutre, et n'est pas du tout enjolivée par une opinion qu'on trouve habituellement dans les lettres de recommandation, et elle mentionne le fait qu'on a conclu à un congédiement injuste. Il me semble que l'arbitre s'est contenté de faire le strict nécessaire pour atteindre l'objectif et, même là, on

enhanced, as opposed to having ensured, the chances of the respondent finding a job. The adjudicator did not in any sense pursue the objective without regard to the appellant's right to free expression.

(c) Deleterious Effects

It is clear to me that the effects of the measures are not so deleterious as to outweigh the objective of the measures. The importance of the above-discussed objective cannot be overemphasized. There are many diverse values that deserve protection in a free and democratic society such as that of Canada, only some of which are expressly provided for in the *Charter*. The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. As was said in *Oakes*, *supra*, at p. 136, among the underlying values essential to our free and democratic society are "the inherent dignity of the human person" and "commitment to social justice and equality". Especially in light of Canada's ratification of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), and commitment therein to protect, *inter alia*, the right to work in its various dimensions found in Article 6 of that treaty, it cannot be doubted that the objective in this case is a very important one. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, I had occasion to say at p. 349:

> The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of the "full benefit of the *Charter*'s protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified.

Given the dual function of s. 1 identified in *Oakes*, Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the

peut dire que les mesures qu'il a prises n'ont rien fait de plus qu'améliorer la possibilité que l'intimé se trouve un emploi, plutôt que d'assurer qu'il s'en trouve un. L'arbitre n'a nullement poursuivi l'objectif sans tenir compte du droit de l'appelante à la liberté d'expression.

c) Les effets préjudiciables

À mon avis, il est clair que les effets des mesures ne sont pas préjudiciables au point de l'emporter sur leur objectif. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'objectif analysé précédemment. Il existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la *Charte*. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136, parmi les valeurs fondamentales essentielles à notre société libre et démocratique figurent «la dignité inhérente de l'être humain» et «la promotion de la justice et de l'égalité sociales». Compte tenu particulièrement de la ratification par le Canada du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (nº 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), et de l'engagement qu'on y trouve de protéger notamment le droit de travailler sous ses divers aspects figurant à l'article 6 de ce traité, on ne peut douter de l'importance très grande de l'objectif en l'espèce. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, j'ai affirmé à la p. 349:

> Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

Étant donné la double fonction de l'article premier que l'on a identifiée dans l'arrêt *Oakes*, les obligations internationales du Canada en matière de

content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights. Furthermore, for purposes of this stage of the proportionality inquiry, the fact that a value has the status of an international human right, either in customary international law or under a treaty to which Canada is a State Party, should generally be indicative of a high degree of importance attached to that objective. This is consistent with the importance that this Court has placed on the protection of employees as a vulnerable group in society.

In normal course, the suppression of one's right to express an opinion about a subject or person will be a serious infringement of s. 2(*b*) and only outweighed by very important objectives. In the foregoing analysis, I have sought to show that the negative order was minimally intrusive in a relative sense and also that the careful tailoring of both parts of the order has made this a much less serious infringement of s. 2(*b*) than, for instance, occurred in the *National Bank* case.

V

Conclusion

In conclusion, I am of the opinion that both of the adjudicator's orders at issue (the positive order and the negative order) infringe s. 2(*b*) but are saved by s. 1. I would answer both constitutional questions in the affirmative and dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J. (dissenting)—

I—Introduction

I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by Justice Lamer and then the reasons for judgment written by the Chief Justice. I refer to their statements of the facts, proceedings and constitutional questions as well as

droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. De plus, aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne international, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif. Cela est en accord avec l'importance que la Cour attribue à la protection des employés en tant que groupe vulnérable dans la société.

Normalement, la suppression de son droit d'exprimer une opinion sur un sujet ou une personne constitue une violation grave de l'al. 2*b*) et n'est compensée que par de très importants objectifs. Dans l'analyse qui précède, j'ai cherché à démontrer que l'ordonnance négative était, relativement parlant, la moins envahissante possible, et que la conception soignée des deux parties de l'ordonnance a fait que celle-ci viole l'al. 2*b*) dans une mesure bien moins grave que ce qui s'est produit notamment dans l'affaire *Banque Nationale.*

V

Conclusion

En conclusion, j'estime que les deux ordonnances contestées de l'arbitre (la positive et la négative) violent l'al. 2*b*), mais qu'elles sont sauvegardées par l'article premier. Je suis d'avis de répondre par l'affirmative aux deux questions constitutionnelles et de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ (dissident)—

I—Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de jugement rédigés par le juge Lamer et puis de ceux du Juge en chef. Je me réfère à leur exposé des faits, des procédures et des questions constitutionnelles, ainsi

to their summary of the decisions rendered by the adjudicator and the Federal Court of Appeal.

Like the Chief Justice, I am in agreement with Lamer J.'s discussion of the applicability of the *Charter* to administrative decision-making. I also agree with Lamer J.'s construction of s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

However, I have the misfortune of not being able to concur with one of the two main conclusions reached by both my colleagues, and while I agree with the other main conclusion reached by Lamer J., I do so for reasons which differ in part from his own reasons.

The two impugned orders issued by the adjudicator in the case at bar read as follows:

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980, to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

qu'à leur résumé des décisions rendues par l'arbitre et par la Cour d'appel fédérale.

À l'instar du Juge en chef, je suis d'accord avec l'analyse que le juge Lamer a faite de l'applicabilité de la *Charte* au processus décisionnel administratif, et je suis également d'accord avec son interprétation de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21.

Toutefois, je regrette de ne pouvoir souscrire à l'une des deux principales conclusions tirées par mes deux collègues, et, bien que je sois d'accord avec l'autre conclusion principale du juge Lamer, je le suis pour des motifs qui diffèrent en partie de ses propres motifs.

Les deux ordonnances contestées qui ont été délivrées par l'arbitre en l'espèce sont ainsi rédigées:

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

The first order, which has been labeled the positive order, relates to a letter of recommendation comprising five attestations numbered (1) to (5).

The second order, which has been labeled the negative order, forbids the appellant to answer any inquiry about the respondent's employment at Q107 otherwise than by the letter of recommendation dictated by the adjudicator in the first order.

The main issues are whether these two orders infringe or deny the freedoms guaranteed to the appellant by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they are justified by s. 1 of the *Charter*.

Sections 1 and 2(*b*) of the *Charter* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

I state my conclusions at the outset. In my view, the first order, that is the positive one, except attestation number (5) thereof, as well as the second order, that is the negative one in its entirety, violate the appellant's freedom of opinion and expression and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

I hasten to add that the flaw which I find in the first order can easily be corrected. As for the second order, it can be replaced by another order which tends toward the same end without violating the *Charter*.

II—The First Order

The flaw which I find in the first order, with particular reference to its attestations numbered (1) to (4), is that this order forces the employer to

La première ordonnance, qualifiée de positive, se rapporte à une lettre de recommandation qui comprend cinq attestations numérotées de (1) à (5).

La deuxième ordonnance, qualifiée de négative, interdit à l'appelante de répondre à toute demande de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé à la station Q107 autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation dictée par l'arbitre dans la première ordonnance.

Il s'agit principalement de savoir si ces deux ordonnances portent atteinte aux libertés garanties à l'appelante par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées par l'article premier de la *Charte*.

L'article premier et l'al. 2*b*) de la *Charte* sont ainsi conçus:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Je formule tout d'abord mes conclusions. À mon avis, la première ordonnance, c'est-à-dire la positive, à l'exception de sa cinquième attestation, ainsi que la deuxième ordonnance, c'est-à-dire la négative dans son intégralité, violent la liberté d'opinion et la liberté d'expression de l'appelante et ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je m'empresse d'ajouter qu'il est facile de remédier au vice qui, selon moi, entache la première ordonnance. Quant à la deuxième ordonnance, on peut la remplacer par une autre qui tend à la même fin sans pour autant violer la *Charte*.

II—La première ordonnance

Le vice qui, selon moi, entache la première ordonnance, particulièrement en ce qui concerne ses attestations numérotées de (1) à (4), réside

write, as if they were his own, statements of facts in which, rightly or wrongly, he may not believe, or which he may ultimately find or think to be inaccurate, misleading or false. In other words, the first order may force the former employer to tell a lie. In this particular respect, this case cannot in my opinion be distinguished from the case of *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, where a majority of this Court held as follows at p. 296:

Remedies Nos. 5 and 6 thus force the Bank and its president to do something, and to write a letter, which may be misleading or untrue.

This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes. I cannot be persuaded that the Parliament of Canada intended to confer on the Canada Labour Relations Board the power to impose such extreme measures, even assuming that it could confer such a power bearing in mind the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression. These freedoms guarantee to every person the right to express the opinions he may have: *a fortiori* they must prohibit compelling anyone to utter opinions that are not his own.

It was argued that the case at bar is different in that the letter of recommendation in question is totally factual and that the facts stated therein and found by the adjudicator were undisputed. In the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 253, Mahoney J. accepted this argument. He wrote at p. 260:

I am, of course, aware of the decision in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269. The letter ordered in that case required the employer to express, or at least imply, opinions which it did not necessarily hold. Here, the applicant has simply been ordered to tell the truth. The letter sets out bald facts that are neither misleading nor disputed. [Emphasis added.]

With the greatest of respect, in so accepting the argument, Mahoney J. missed the point altogether and begged the essential question: what is the truth? The facts found to be true by the adjudicator are binding for the purpose of establishing

dans le fait que cette ordonnance force l'employeur à rédiger des exposés de faits comme s'il s'agissait d'exposés de son propre cru, auxquels, à tort ou à raison, il ne croit peut-être pas, ou qu'il peut en fin de compte trouver ou estimer inexacts, trompeurs ou faux. Autrement dit, la première ordonnance peut forcer l'employeur à mentir. À cet égard particulier, on ne saurait, à mon avis, distinguer l'espèce de l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, où cette Cour à la majorité affirme, à la p. 296:

Les remèdes nº 5 et nº 6 forcent donc la Banque et son président à poser un geste et à écrire une lettre peut-être trompeurs ou mensongers.

Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves. Je ne puis me convaincre que le Parlement du Canada ait voulu conférer au Conseil canadien des relations du travail le pouvoir d'imposer des mesures aussi extrêmes, si tant est qu'il soit habile à le faire, vu la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Ces libertés garantissent à chacun le droit d'exprimer les opinions qu'il peut avoir: à plus forte raison interdisent-elles que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes.

Il a été allégué que la présente affaire est différente en ce que la lettre de recommandation repose totalement sur des faits, et que les faits y exposés et constatés par l'arbitre n'étaient pas contestés. Le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale a accepté cet argument: [1985] 1 C.F. 253. Voici ce qu'il écrit, à la p. 260:

Je connais, il va de soi, la décision *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269. La lettre dont on ordonnait l'envoi dans cette affaire obligeait l'employeur à formuler, ou à tout le moins à sous-entendre, des opinions qu'il ne partageait pas nécessairement. En l'espèce, on a tout simplement ordonné à la requérante de dire la vérité. La lettre énonce simplement des faits qui ne sont ni trompeurs ni contestés. [Je souligne.]

J'estime en toute déférence qu'en acceptant ainsi cet argument, le juge Mahoney n'a rien compris et a éludé la question essentielle: quelle est la vérité? Les faits que l'arbitre a jugés exacts s'imposent aux fins d'établir s'il y a eu congédie-

whether or not there had been an unjust dismissal. But the former employer cannot be forced to acknowledge and state them as the truth apart from his belief in their veracity. If he states these facts in the letter, as ordered, but does not believe them to be true, he does not tell the truth, he tells a lie. He may not have disputed these facts at the time of the hearing but he could change his mind later, for instance on the basis of evidence discovered after the adjudicator's decision was rendered.

There may be a distinction, somewhat difficult to apply, between being forced to express opinions or views which one does not necessarily entertain, and being compelled to state facts, the veracity of which one does not necessarily believe; but, in my opinion, both types of coercion constitute gross violations of the freedoms of opinion and expression or, at the very least, of the freedom of expression. That is why, with respect, I cannot possibly agree with the suggestion that the restriction to freedom of expression which results from the first order is not very serious or very grave. The superficial innocuousness of the first order should not blind us to the nature of this order and to the positive manner in which it violates the freedom of expression. It is one thing to prohibit the disclosure of certain facts. It is quite another to order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them. The prohibition constitutes a *prima facie* violation of the freedoms of opinion and expression but such a prohibition may, in some circumstances, be justified under s. 1 of the *Charter*. On the other hand, to order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them, constitutes a much more serious violation of the freedoms of opinion and expression, as was held in the case of the *National Bank of Canada*, *supra*. In my view, such a violation is totalitarian in nature and can never be justified under s. 1 of the *Charter*. It does not differ, essentially, from the command given to Galileo by the Inquisition to abjure the cosmology of Copernicus. As was stated in the unanimous reasons of this Court in *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, s. 1 of the

Il peut y avoir une distinction, qu'il est quelque peu difficile d'appliquer, entre le fait d'être forcé à exprimer des opinions ou des points de vue qu'on ne partage pas nécessairement, et le fait d'être contraint à exposer des faits, dont on ne croit pas nécessairement à l'exactitude; mais j'estime que ces deux types de coercition constituent des violations flagrantes des libertés d'opinion et d'expression ou, à tout le moins, de la liberté d'expression. C'est la raison pour laquelle je ne saurais, en toute déférence, partager l'idée que la restriction de la liberté d'expression qui découle de la première ordonnance n'est ni très sérieuse ni très grave. L'innocuité superficielle de la première ordonnance ne devrait pas nous empêcher de constater sa nature et la manière positive dont elle viole la liberté d'expression. C'est une chose que d'interdire la divulgation de certains faits. C'est une toute autre chose que d'ordonner la confirmation de faits sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer. L'interdiction viole à première vue les libertés d'opinion et d'expression, mais une telle interdiction peut, dans certaines circonstances, être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'autre part, ordonner la confirmation de faits, sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer, constitue une violation beaucoup plus grave des libertés d'opinion et d'expression, ainsi qu'il a été statué dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada*, précité. À mon avis, une telle violation revêt un caractère totalitaire et ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Essentiellement, elle équivaut à l'ordre donné à Galilée par l'Inquisition d'abjurer la cosmologie de Copernic. Tel que précisé dans les motifs unanimes de

Charter cannot be used to justify a complete negation of a constitutionally protected right or freedom, at p. 88:

> The provisions of s. 73 of *Bill 101* collide directly with those of s. 23 of the *Charter*, and are not limits which can be legitimized by s. 1 of the *Charter*. Such limits cannot be exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* nor amount to amendments to the *Charter*. An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a State religion would be in direct conflict with s. 2(*a*) of the *Charter*, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by s. 1. [Emphasis added.]

(See also the *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, with respect to *The Accurate News and Information Act* of Alberta.)

In spite of its gravity however, and as indicated earlier, the flaw which I find in the first order can easily be corrected. It would suffice to add to the letter a sentence or sentences indicating that the attestations numbered (1) to (4) refer to facts as found by the adjudicator.

As for attestation number (5), it does not give rise to any difficulty in my view since it refers to a matter of record.

III—The Second Order

The second order is in the form of a prohibition to answer enquiries relating to the respondent's employment at Q107 otherwise than be the letter of recommendation described in the first order.

I agree with Lamer J. that the sending of the letter as drafted by the adjudicator, coupled with the prohibition to say or write anything else could lead to the implication that the former employer has no further comment to make upon the performance of the respondent and that, accordingly, the letter reflects the opinion of the former

cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88, on ne saurait recourir à l'article premier de la *Charte* pour justifier la négation complète d'un droit ou d'une liberté que protège la Constitution:

> Les dispositions de l'art. 73 de la *Loi 101* heurtent de front celles de l'art. 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*. Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2*a*) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1. [Je souligne.]

(Voir également *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, concernant *The Accurate News and Information Act* de l'Alberta.)

Malgré la gravité du vice qui, selon moi, entache la première ordonnance, on peut néanmoins, comme je l'ai indiqué plus haut, y remédier facilement. Il suffirait d'ajouter à la lettre une phrase ou des phrases indiquant que les attestations numérotées de (1) à (4) se rapportent aux faits constatés par l'arbitre.

Pour ce qui est de la cinquième attestation, j'estime qu'elle ne pose aucune difficulté puisqu'elle a trait à un fait consigné.

III—La deuxième ordonnance

La deuxième ordonnance prend la forme d'une interdiction de répondre aux demandes de renseignements concernant l'emploi de l'intimé à la station Q107 autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation décrite dans la première ordonnance.

Je conviens avec le juge Lamer que l'envoi de la lettre telle qu'elle a été rédigée par l'arbitre, accompagné de l'interdiction de dire ou d'écrire quoi que ce soit d'autre, pourrait laisser insinuer que l'employeur n'a pas d'autres remarques à faire au sujet du rendement de l'intimé et que, par conséquent, la lettre traduit l'opinion de l'ancien

employer. This being the case, the second order, coupled with the first, also violates the former employer's freedoms of opinion and expression in a manner which, for the reasons given above, cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

The risks of such an implication might be reduced and perhaps eliminated should the first order be corrected as I suggested earlier. But I believe that we must decide the case on the basis of the orders as they now stand, and not as we would if they were corrected.

In any event, I find the second order disproportionate and unreasonable. I believe one should view with extreme suspicion an administrative order or even a judicial order which has the effect of preventing the litigants from commenting upon and even criticizing the rulings of the deciding board or court.

Adjudicators and boards who, in cases of unjust dismissal, order the sending of letters of recommendation by former employers face a dilemma. They cannot foresee all the possible types of exchanges which are susceptible to occur between former and prospective employers. They accordingly issue a blanket and perpetual prohibition to write or say anything but what they have dictated in the letter of recommendation. This can lead to absurd and even counter-productive results.

Thus, in the case at bar, if after having received the letter dictated by the adjudicator, a prospective employer were to address specific questions to the former employer, relating for instance to the respondent's health or drinking habits, the appellant would have to go on answering with sales statistics. This could not but compromise the respondent's chances for employment. Or if the former employer finally saw the light and, out of remorse, became inclined to write a letter considerably more complimentary and flattering than the one dictated by the adjudicator, he could not do so.

The absurdity which results from the adjudicator's second order is sufficient to warrant its reversal

employeur. Puisque c'est le cas, la deuxième ordonnance, jointe à la première, viole également les libertés d'opinion et d'expression de l'ancien employeur d'une manière qui, pour les motifs exposés ci-dessus, ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le risque d'une telle insinuation pourrait être réduit et même éliminé si on rectifiait la première ordonnance comme je l'ai proposé plus haut. Mais j'estime que nous devons statuer sur l'affaire en fonction de l'état actuel des ordonnances, et non comme nous le ferions si des corrections y étaient apportées.

En tout état de cause, la deuxième ordonnance est, selon moi, disproportionnée et déraisonnable. J'estime qu'on devrait se méfier énormément d'une ordonnance administrative ou même d'une ordonnance judiciaire qui a pour effet d'empêcher les justiciables de commenter et même de critiquer les décisions d'une commission ou d'une cour.

Les arbitres et les commissions qui, dans les cas de congédiement injuste, ordonnent aux anciens employeurs d'envoyer des lettres de recommandation se trouvent devant un dilemme. Ils ne peuvent prévoir tous les types possibles d'échanges qui sont susceptibles d'avoir lieu entre les anciens employeurs et les employeurs éventuels. Ils imposent donc une interdiction générale et perpétuelle d'écrire ou de dire quoi que ce soit à l'exception de ce qu'ils ont dicté dans la lettre de recommandation. Cela peut conduire à des résultats absurdes et qui vont même à l'encontre du but recherché.

Ainsi donc, en l'espèce, si, après avoir reçu la lettre dictée par l'arbitre, un employeur éventuel devait poser des questions précises à l'ancien employeur sur par exemple la santé de l'intimé ou sa tempérance, l'appelante devrait continuer de répondre avec des statistiques de ventes. Cela ne pourrait que compromettre les chances d'emploi de l'intimé. Ou encore si l'ancien employeur avait enfin compris et si, à cause du remords, il devenait disposé à écrire une lettre beaucoup plus flatteuse que celle dictée par l'arbitre, il ne pourrait le faire.

L'absurdité qui découle de la deuxième ordonnance de l'arbitre suffit à justifier, à mon avis, son

sal, in my view. It is disproportionate and unreasonable from a practical point of view. Then it has to be unreasonable from an administrative law point of view and I have difficulty in conceiving how it could be reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

This being said, I agree that the adjudicator was legitimately concerned by the risk that the former employer undermine the effect of the letter of recommendation. While I believe that the prohibition he issued to foreclose that possibility is disproportionate and unreasonable, I think that other legitimate means might have been devised towards the same end. The adjudicator could for instance have ordered the former employer to write in the letter that he had been instructed by the adjudicator to tell prospective employers that they would be well advised to read the adjudicator's decision. I do not believe that such a neutral order would be punitive, but it might alert prospective employers to the animosity displayed by the former employer towards the respondent.

IV—Conclusions

One last point before I reach my conclusions properly so-called.

I would not like it to be thought that I condone the highly reprehensible conduct of the appellant. But under the *Charter*, freedom of opinion and freedom of expression are guaranteed to "everyone", employers and employees alike, irrespective of their labour practices and of their bargaining power.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal as well as the first and second order of the adjudicator quoted in these reasons for judgment, and refer the matter back to the adjudicator so that these orders be replaced by an order or orders compatible with these reasons.

I would give an affirmative answer to the first constitutional question and a negative answer to the second constitutional question.

I would not make any order as to costs.

annulation. Elle est disproportionnée et déraisonnable du point de vue pratique. Alors elle doit être déraisonnable sur le plan du droit administratif, et j'imagine difficilement qu'elle puisse être raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Cela étant dit, je conviens que l'arbitre se préoccupait légitimement du risque que l'ancien employeur mine l'effet de la lettre de recommandation. Bien que j'estime que l'interdiction qu'il a imposée pour écarter cette possibilité est disproportionnée et déraisonnable, on aurait pu, à mon avis, concevoir d'autres moyens légitimes pour atteindre la même fin. L'arbitre aurait pu par exemple enjoindre à l'ancien employeur d'écrire dans la lettre qu'il avait reçu de l'arbitre l'ordre de dire aux employeurs éventuels qu'il serait sage de leur part de prendre connaissance de la décision de l'arbitre. Je ne pense pas qu'eu égard à son ton neutre une telle ordonnance soit punitive, mais elle pourrait attirer l'attention des employeurs éventuels sur l'animosité de l'ancien employeur à l'égard de l'intimé.

IV—Conclusions

J'aborde un dernier point avant de tirer des conclusions proprement dites.

Je ne voudrais pas qu'on croie que je ferme les yeux sur le comportement extrêmement répréhensible de l'appelante. Mais en vertu de la *Charte*, les libertés d'opinion et d'expression sont garanties à «chacun», employeurs comme employés, sans tenir compte de leurs pratiques de travail et de leur pouvoir de négociation.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale ainsi que les première et deuxième ordonnances de l'arbitre citées dans les présents motifs de jugement et de renvoyer l'affaire à l'arbitre pour qu'il les remplace par une seule ou plusieurs ordonnances compatibles avec les présents motifs.

Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la deuxième question constitutionnelle.

Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

English version of the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—An adjudicator appointed by the Minister of Labour pursuant to s. 61.5(6) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, made an order in favour of an employee based on s. 61.5(9) of the Code. The employer challenged the said order but its appeal was dismissed by the Federal Court of Appeal. With leave of this Court, the employer is now appealing here from this judgment of the Federal Court of Appeal. The outcome of this appeal involves determining whether, under s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code*, as it read at the time of his decision, the adjudicator had the power to make the order at issue.

Facts

Respondent had been employed by appellant as a "radio time salesman" for three and a half years when he was dismissed on the ground that his performance was inadequate. It is not in dispute that when he was dismissed respondent received all monies to which he was entitled under his employment contract.

However, respondent filed a complaint with an inspector alleging that he had been unjustly dismissed. As the parties were unable to settle this complaint and respondent asked that it be referred to an adjudicator, the Minister of Labour appointed an adjudicator to hear and decide the matter in accordance with the Code.

After hearing the evidence and the submissions of the parties, the adjudicator made an order directing the employer to pay respondent as compensation the sum of $46,628.96 with interest at the rate of 12 per cent and to pay his counsel the sum of $2,500 to reimburse him for the legal costs incurred. The said order further imposed on the employer an obligation to give respondent a letter of recommendation certifying that he had been employed by Station Q107 from June 1980 to January 20, 1984, and that an adjudicator had found he was unjustly dismissed and indicating the sales quotas he had been set and the amount of sales he actually made during this period. It should be noted that the order made specifically indicates

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—Un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du par. 61.5(6) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, a, en se fondant sur le par. 61.5(9) de ce Code, rendu une ordonnance en faveur d'un employé. L'employeur a contesté ladite ordonnance mais son appel fut rejeté par la Cour d'appel fédérale. L'employeur, avec la permission de cette Cour, se pourvoit maintenant devant nous de cette décision de la Cour d'appel fédérale. L'issue de ce pourvoi consiste à déterminer si l'arbitre avait le pouvoir, aux termes du par. 61.5(9) du *Code canadien du travail*, tel qu'il se lisait lors du prononcé de sa décision, de rendre l'ordonnance contestée en l'espèce.

Les faits

L'intimé était à l'emploi de l'appelante à titre de «vendeur de temps d'antenne» depuis trois ans et demi lorsqu'il fut congédié au motif que son rendement était insuffisant. Il n'est pas contesté que l'intimé, lors de ce congédiement, a reçu toutes les sommes auxquelles il avait droit selon son contrat de travail.

L'intimé a toutefois déposé, auprès d'un inspecteur, une plainte alléguant qu'il avait été injustement congédié. Les parties n'ayant pas réussi à régler cette plainte et l'intimé en ayant réclamé le renvoi à un arbitre, le ministre du Travail a, conformément au Code, désigné un arbitre pour entendre et décider de l'affaire.

Après avoir entendu la preuve et les représentations des parties, l'arbitre a rendu une ordonnance enjoignant à l'employeur de payer à l'intimé la somme de 46 628,96 $ avec intérêts au taux de 12 pour 100 à titre de compensation et de payer à son procureur la somme de 2 500 $ à titre de remboursement des frais légaux encourus. Ladite ordonnance impose également à l'employeur l'obligation de remettre à l'intimé une lettre de recommandation certifiant que ce dernier a été à l'emploi de la station Q107 de juin 1980 au 20 janvier 1984, qu'un arbitre a jugé qu'il avait été congédié injustement et indiquant quels étaient les objectifs de vente qui lui avaient été assignés ainsi que le montant des ventes qu'il a effectivement

the amounts to be shown as sales quotas and as sales actually made. Finally, the order directed appellant to answer requests for information about respondent only by sending this letter of recommendation.

This order reads as follows:

In the matter of compensation, I am satisfied that had he not been dismissed, the sales and commissions of the complainant would have at least equalled those of 1983. After taking into consideration the fact that he worked until January 20, 1984, and received certain commissions (at reduced levels) thereafter, my order is that he be paid forthwith the equivalent of 75 per cent of his 1983 earnings of $62,171.95, being the sum of $46,628.96.

I further order that interest be paid at the rate of 12 per cent per annum, divided by two, on the said amount from January 20 to November 20, 1984. Thereafter interest will be payable on any unpaid balance at the rate of 12 per cent per annum, which is not to be divided by two.

I say nothing of the U.I.C. payments received by the complainant, which is a matter to be resolved between the complainant and the Commission.

I further order payment of legal costs in the amount of $2,500.00 to the complainant's solicitor and counsel, Mr. Morris Cooper.

Further orders are necessary, resembling the order made by Adjudicator Adams in the *Roberts* case, but in greater detail.

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980 to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

réalisées durant cette période. Il faut souligner que l'ordonnance rendue indique précisément les montants devant apparaître au chapitre des objectifs de vente et au chapitre des ventes effectivement réalisées. L'ordonnance enjoint finalement à l'appelante de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé que par l'envoi de cette lettre de recommandation.

Cette ordonnance est ainsi rédigée:

En ce qui concerne l'indemnité, je suis convaincu que, si le plaignant n'avait pas été congédié, ses ventes et ses commissions auraient au moins égalé celles de 1983. Après avoir pris en considération le fait qu'il a travaillé jusqu'au 20 janvier 1984 et qu'il a reçu par la suite certaines commissions (à des taux réduits), j'ordonne qu'il lui soit versé l'équivalent de 75 % de ses gains de 1983, qui se montent à 62 171,95 $, soit la somme de 46 628,96 $.

J'ordonne en outre qu'on lui verse un intérêt de 12 % par année, divisé par deux, sur le montant susmentionné, pour la période allant du 20 janvier au 20 novembre 1984. Par la suite, l'intérêt sur tout montant dû impayé sera versé au taux de 12 % par année, lequel ne sera pas divisé par deux.

Pour ce qui est des prestations d'assurance-chômage que le plaignant a reçues, la question sera résolue entre lui-même et la Commission.

J'ordonne aussi le paiement de 2 500 $ au titre des frais juridiques à l'avocat du plaignant, M. Morris Cooper.

D'autres ordonnances s'imposent, lesquelles ressemblent à celle rendue par l'arbitre Adams dans l'affaire *Roberts*, sauf que celles-là sont plus détaillées.

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

Appellant is challenging in this Court only the parts of the order relating to (1) the sending of a letter of recommendation and (2) the prohibition on answering a request for information in any other way than by sending this letter.

Judgments of Lower Courts

Appellant challenged this order by filing an application with the Federal Court of Appeal to set it aside. However, the Federal Court of Appeal, made up of Urie and Mahoney JJ. with Marceau J. dissenting, dismissed this application to set aside: [1985] 1 F.C. 253.

In his reasons, Mahoney J. first said that the purpose of s. 61.5(9)(*c*) and the fact that it would be difficult or even impossible to find remedies similar to the remedies expressly authorized in paras. (*a*) and (*b*) meant that the presence of the word "like" in the English version of s. 61.5(9)(*c*) was not intended to restrict the powers conferred on the adjudicator. In his opinion, this paragraph simply expressed a kind of *ejusdem generis* rule which did not have the effect of limiting the scope of the powers conferred.

Ordering the employer to give respondent a letter of recommendation was in his opinion an equitable remedy designed to remedy the consequences of the dismissal, not to punish the employer. This letter, he thought, only stated objective facts that were not in dispute and so simply required the employer to tell the truth.

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

Ce n'est que les parties de l'ordonnance relatives (1) à la délivrance d'une lettre de recommandation et (2) à l'interdiction de répondre à une demande de renseignements autrement que par l'envoi de cette lettre que l'appelante conteste devant cette Cour.

Les jugements antérieurs

L'appelante a contesté cette ordonnance en présentant une demande d'annulation à la Cour d'appel fédérale. La Cour d'appel fédérale, composée alors des juges Urie, Mahoney et Marceau (dissident), a toutefois rejeté cette demande d'annulation: [1985] 1 C.F. 253.

Le juge Mahoney, dans ses motifs, se dit d'abord d'avis que le but de l'al. 61.5(9)*c*) et le fait qu'il serait difficile, voire même impossible, de trouver des remèdes similaires aux remèdes expressément autorisés aux al. *a*) et *b*) démontrent que la présence du mot «*like*» dans la version anglaise de l'al. 61.5(9)*c*) ne vise pas à restreindre les pouvoirs conférés à l'arbitre. Selon lui, cet alinéa ne fait qu'énoncer une espèce de règle *ejusdem generis* qui n'a toutefois pas pour effet de restreindre l'étendue des pouvoirs conférés.

Ordonner à l'employeur de remettre une lettre de références à l'intimé constitue à son avis un remède équitable qui vise à remédier aux effets du congédiement et non à punir l'employeur. Cette lettre, selon lui, ne fait qu'énoncer des faits objectifs qui ne sont pas contestés et, en conséquence, ne fait qu'imposer à l'employeur l'obligation de dire la vérité.

However, he agreed with appellant's argument that the part of the decision ordering the employer to issue a letter of recommendation imposed limitations on its freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In his view, however, such a limitation was justified under s. 1 of that *Charter*. He stressed that the limitation on freedom of expression was prescribed by law, since it was the Act which authorized the adjudicator to make such an order.

Urie J., for his part, agreed with the reasons stated by his brother judge Mahoney. However, he indicated that he was not sure that the *ejusdem generis* rule applied in any way to the interpretation of s. 61.5(9)(*c*).

Finally, Marceau J. wrote his own reasons, which differ from the majority reasons in certain respects. First, he expressed agreement with Mahoney J. as to the way in which s. 61.5(9)(*c*) should be construed, but expressed some reservations regarding application of the *ejusdem generis* rule. He noted that the powers conferred on the adjudicator were already clearly limited by the fact that the orders he was empowered to make under para. (*c*) must be aimed at remedying or counteracting the consequences of the dismissal.

In his view the remedies ordered in the case at bar were of two types, positive and negative. The part of the order directing the employer to furnish respondent and any person seeking information about him with a letter of recommendation having a specified content was, in his opinion, an order that could be characterized as positive. It directed the employer to do something and sought to remedy the consequences of the dismissal found to be unjust: accordingly, it was authorized by s. 61.5(9)(*c*). The part of the order which also prohibited the employer from answering any request for information about respondent other than by issuing this letter might for its part be characterized as negative, since it prohibited the employer from doing something. Such an order, in his view, was not aimed at remedying the consequences of the dismissal and so was not authorized by the said paragraph.

Il est toutefois d'accord avec la prétention de l'appelante selon laquelle cette partie de la décision ordonnant à l'employeur de remettre une lettre de références porte atteinte à sa liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette atteinte, selon lui, est toutefois justifiée aux termes de l'article premier de cette même *Charte*. Il souligne le fait que cette restriction à la liberté d'expression est apportée par une règle de droit puisque c'est la loi qui autorise l'arbitre à rendre une telle ordonnance.

Le juge Urie, quant à lui, se dit d'accord avec les motifs énoncés par son collègue le juge Mahoney. Il indique toutefois qu'il n'est pas certain que la règle *ejusdem generis* puisse s'appliquer d'une façon quelconque à l'interprétation de l'al. 61.5(9)*c*).

Finalement le juge Marceau rédige ses propres motifs qui, à certains égards, sont contraires aux motifs de la majorité. Dans un premier temps, il se dit d'accord avec le juge Mahoney quant à la façon d'interpréter l'al. 61.5(9)*c*) tout en émettant toutefois des réserves quant à l'application de la règle *ejusdem generis*. Il souligne que les pouvoirs conférés à l'arbitre sont déjà clairement limités par le fait que les ordonnances qu'il est habilité à rendre en vertu de l'al. *c*) doivent viser à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Or, selon lui les remèdes ordonnés en l'espèce sont de deux types dont l'un est positif et l'autre négatif. La partie de l'ordonnance qui enjoint à l'employeur de remettre à l'intimé et à toute personne qui désire de l'information à son égard une lettre de références ayant un contenu déterminé est, à son avis, une ordonnance qui peut être qualifiée de positive. Elle enjoint en effet à l'employeur de faire quelque chose et vise à remédier aux effets du congédiement qualifié d'injuste, elle est en conséquence autorisée par l'al. 61.5(9)*c*). La partie de cette même ordonnance qui, par ailleurs, interdit à l'employeur de répondre à une demande de renseignements relative à l'intimé autrement que par la remise de cette lettre peut quant à elle être qualifiée de négative puisqu'elle interdit à l'employeur de faire quelque chose. Une telle ordonnance, selon lui, ne vise pas à remédier aux effets du congédiement et, de ce fait, n'est pas autorisée par ledit alinéa.

He also considered that this part of the order infringed the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed appellant by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He said he did not think it possible to say that the limitation was prescribed by law, since the extent of the limitation was not indicated by the legislation in question. He added, however, that in any case in his opinion these freedoms were not subject to reasonable limits that could be demonstrably justified in a free and democratic society. He therefore concluded that the application to set aside should be allowed and the matter referred back to the adjudicator concerned for him to determine what remedies it would be appropriate to impose in order to counteract the effects of the dismissal.

Cette partie de l'ordonnance, de plus, enfreint selon lui la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie à l'appelante par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il indique qu'il ne croit pas possible de dire que cette restriction est apportée par une règle de droit puisque les limites de cette restriction ne sont pas déterminées par la disposition législative en cause. Il ajoute toutefois que quoi qu'il en soit il est d'avis que ces libertés ne sont pas restreintes dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est en conséquence d'avis d'accueillir la demande d'annulation et de retourner le dossier à l'arbitre concerné afin que celui-ci détermine les remèdes qu'il serait approprié d'imposer afin de contrecarrer les effets du congédiement.

Legislation

The following legislation is relevant to this appeal:

Canada Labour Code

61.5. ...

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

(*a*) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(*b*) reinstate the person in his employ; and

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

Les dispositions législatives

Les dispositions législatives suivantes sont pertinentes à ce pourvoi:

Code canadien du travail

61.5. ...

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

a) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;

b) de réintégrer la personne dans son emploi; et

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Analysis

To begin with, appellant argued that the adjudicator had no power to make these parts of the order since the orders he is authorized to make under s. 61.5(9)(*c*) must be of the same kind as the orders expressly mentioned in s. 61.5(9)(*a*) and (*b*), in view of the word "like" that appears in the English version.

As can readily be seen, the English and French versions of s. 61.5(9)(*c*) are different. Section 61.5(9)(*c*) of the English version confers a general power on the adjudicator as follows:

61.5. ...

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

. . .

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal. [Emphasis added.]

The French version, for its part, does not contain any word or expression equivalent to the word "like" used in the English version. The general power conferred on the adjudicator is conferred in the following language:

61.5. ...

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

. . .

Analyse

L'appelante, dans un premier temps, prétend que l'arbitre n'avait pas le pouvoir de rendre ces parties de l'ordonnance puisque les ordonnances qu'il est autorisé à rendre en vertu de l'al. 61.5(9)*c*) doivent être de même nature que les ordonnances expressément mentionnées aux al. 61.5(9)*a*) et *b*) vu le mot «*like*» apparaissant à la version anglaise.

Les versions anglaise et française de l'al. 61.5(9)*c*) sont, en apparence, différentes. L'alinéa 61.5(9)*c*) de la version anglaise confère en effet en ces termes un pouvoir général à l'arbitre:

61.5. ...

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

. . .

(*c*) do any other like thing that is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal. [Je souligne.]

La version française, quant à elle, ne contient aucun mot ou expression équivalant au mot «*like*» utilisé dans la version anglaise. Le pouvoir général conféré à l'arbitre lui est conféré en ces termes:

61.5. ...

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

. . .

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

First of all, therefore, these two versions have to be reconciled if possible. To do this, an attempt must be made to get from the two versions of the provision the meaning common to them both and ascertain whether this appears to be consistent with the purpose and general scheme of the Code.

In the case at bar I consider, like the Federal Court of Appeal judges, that the presence of the word "like" in para. (*c*) of the English version was not intended to limit the powers conferred on the adjudicator by allowing him to make only orders similar to the orders expressly mentioned in paras. (*a*) and (*b*) of that subsection, and does not have that effect. Interpreting this provision in this way would mean applying the *ejusdem generis* rule. I think it is impossible to apply this rule in the case at bar since one of the conditions essential for its application has not been met. The specific terms (here the orders referred to in paras. (*a*) and (*b*)) which precede the general term (the power conferred on the adjudicator in para. (*c*) to make any order that is equitable) must have a common characteristic, a common genus. As Maxwell writes in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 299:

> Unless there is a genus or class or category, there is no room for any application of the *ejusdem generis* doctrine.

Professor Côté also notes this requirement when he writes in his work titled *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 245:

> As a third condition, the specific terms must have a significant common denominator to be considered within one given category. If this is lacking, *ejusdem generis* does not apply.

In the case at bar I do not see what characteristic could be described as common to a compensation order and a reinstatement order. The only "denominator" which seems to me common to these two orders in the context of s. 61.5(9) is the fact that these orders are both intended to remedy or counteract the consequences of the dismissal

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Il faut donc, dans un premier temps, tenter de concilier ces deux versions. Pour ce faire il faut tenter de dégager des textes le sens qui est commun aux deux versions et vérifier si celui-ci semble conciliable avec l'objet et l'économie générale du Code.

En l'espèce, je suis d'avis, comme l'étaient les juges de la Cour d'appel fédérale, que la présence du mot «*like*» dans l'al. *c*) de la version anglaise n'a pas pour but et n'a pas comme conséquence de limiter les pouvoirs conférés à l'arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires aux ordonnances expressément mentionnées aux al. *a*) et *b*) du même paragraphe. Interpréter ainsi cette disposition signifierait en effet l'application de la règle *ejusdem generis*. Or, il me semble impossible d'appliquer cette règle en l'espèce puisqu'une des conditions essentielles à son application n'est pas remplie. Il faut en effet que les termes spécifiques (en l'espèce les ordonnances énoncées aux al. *a*) et *b*)) qui précèdent le terme général (le pouvoir conféré à l'arbitre à l'al. *c*) de rendre toute ordonnance qu'il juge équitable) aient une caractéristique commune, un genre commun. Comme l'a écrit Maxwell dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12e éd. 1969), à la p. 299:

> [TRADUCTION] S'il n'y a pas de genre, de classe ou de catégorie, la doctrine *ejusdem generis* ne peut s'appliquer.

Le professeur Côté souligne également cette nécessité lorsqu'il écrit dans son volume intitulé *Interprétation des lois* (1982), à la p. 266:

> Troisième condition d'application: il faut que les termes spécifiques aient en commun une caractéristique significative, qu'on puisse les considérer comme des espèces d'une catégorie de choses. Sans caractéristique commune, la règle *ejusdem generis* est inapplicable.

En l'espèce, je ne vois pas quelle caractéristique pourrait être qualifiée de commune à une ordonnance de compensation et à une ordonnance de réintégration. La seule «caractéristique» qui me semble commune à ces deux ordonnances dans le contexte du par. 61.5(9) c'est le fait que ces ordonnances visent toutes deux à remédier ou à contre-

found by the adjudicator to be unjust. However, para. (*c*) expressly provides that an order made under that paragraph must be designed to remedy or counteract any consequence of the dismissal. This "common denominator" cannot therefore assist in the application of the *ejusdem generis* rule, since the legislator has already expressly provided that the orders the adjudicator is empowered to make must have this characteristic. Even if I were to admit that the English version should prevail over the French version, which I do not admit, I would still consider that this provision is ambiguous and that the most rational way of interpreting it is to say that the presence of the word "like" in this version does not have the effect of limiting the general power conferred on the adjudicator. This interpretation is in any case much more consistent with the general scheme of the Code, and in particular with the purpose of Division V.7, which is to give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal. Section 61.5 is clearly a remedial provision and must accordingly be given a broad interpretation. The consequence of interpreting para. (*c*) in the manner suggested by appellant would be to limit considerably the type of order the adjudicator could make. It would in fact be very difficult to find remedies like the remedies mentioned in paras. (*a*) and (*b*). The extent of the compensation that can be ordered has been carefully limited by the legislator and there is not really any similarity between reinstatement and any other measure. I believe that, on the contrary, by enacting s. 61.5(9)(*c*), the legislator intended to vest in the adjudicator powers that would be sufficiently wide and flexible for him to adequately perform the duties entrusted to him, in each of the cases that come before him. I therefore consider that the meaning to be given to both versions is what clearly appears on the face of the French version and that accordingly the type of order the adjudicator can make should not be limited to orders like those expressly authorized in paras. (*a*) and (*b*).

balancer les effets du congédiement qualifié d'injuste par l'arbitre. L'alinéa *c*) stipule toutefois expressément que l'ordonnance rendue en vertu de cet alinéa doit viser à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier. Cette «caractéristique commune» ne peut donc être utile dans le cadre de l'application de la règle *ejusdem generis* puisque le législateur a déjà expressément stipulé que les ordonnances que l'arbitre a le pouvoir de rendre doivent posséder cette caractéristique. Alors même si je devais admettre que la version anglaise devrait prévaloir sur la version française, ce que je n'admets pas, je serais néanmoins d'avis que cette disposition est ambiguë et que la façon la plus rationnelle de l'interpréter consiste à dire que la présence du mot «*like*» dans cette version n'a pas pour effet de limiter le pouvoir général conféré à l'arbitre. Cette interprétation est d'ailleurs beaucoup plus conforme à l'économie générale du Code et en particulier au but de la division V.7 qui est d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement. L'article 61.5 est une disposition clairement réparatrice qui, de ce fait, doit être interprétée largement. Interpréter l'al. *c*) de la façon dont le suggère l'appelante aurait pour conséquence de limiter considérablement le type d'ordonnance que pourrait rendre l'arbitre. Il serait en effet très difficile de trouver des remèdes semblables aux remèdes prévus aux al. *a*) et *b*). L'étendue de la compensation qui peut être ordonnée a été soigneusement limitée par le législateur tandis que la réintégration n'a pas vraiment de ressemblance avec une quelconque autre mesure. Or, je crois que le législateur, en édictant l'al. 61.5(9)*c*), a au contraire voulu investir l'arbitre de pouvoirs suffisamment larges et suffisamment souples pour que ce dernier puisse s'acquitter adéquatement des fonctions qui lui sont confiées et ce à l'égard de chacun des cas qui se présentent à lui. Je suis donc d'avis que le sens qui doit être donné aux deux versions est celui qui apparaît nettement à la face de la version française et qu'en conséquence l'on ne saurait limiter le type d'ordonnances que l'arbitre peut rendre aux ordonnances du genre de celles expressément autorisées aux al. *a*) et *b*).

Appellant further argued that the adjudicator exceeded his jurisdiction since there is no connection between the order made in the case at bar, the dismissal and the consequences of that dismissal. I cannot entirely agree with him in this regard. The part of the order dealing with the sending of a letter of recommendation is, in my view, clearly meant to counteract the consequences of the dismissal found to be unjust by the adjudicator. This part of the order is designed to prevent the employer's decision to dismiss respondent from having negative consequences for the latter's chances of finding new employment. The letter of recommendation is intended to correct the impression given by the fact of the dismissal, by clearly indicating that the dismissal was found by an adjudicator to be unjust and by clearly setting out certain "objective" facts relating to respondent's performance. The situation is therefore very different from that which existed in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269.

In that case the Canada Labour Relations Board had found that the National Bank of Canada, which had closed a unionized branch and incorporated it in a non-unionized branch, had taken its decision for anti-union reasons and had therefore infringed s. 184(1)(*a*) and (3)(*a*) of the *Canada Labour Code*. These provisions prohibit an employer, *inter alia*, from interfering with the formation or administration of a trade union and from suspending, transferring or laying off an employee on the ground that he is a member of a trade union. The Canada Labour Relations Board had therefore ordered the Bank to do a number of things. Among these were that it create a trust fund to further the objectives of the Code among all its employees and send the employees a letter telling them this fund had been created. The order specifically indicated what the wording of this letter should be and prohibited the employer from adding or deleting anything in its wording. Chouinard J., with whose reasons the other members of this Court concurred, said that in his opinion the part of the order prescribing the creation of a trust fund should be set aside since there was no relationship between this remedy and the alleged act and its consequences. He thought that the

L'appelante prétend également que l'arbitre a excédé sa juridiction puisqu'il n'existe aucun rapport entre l'ordonnance rendue en l'espèce, le congédiement et les conséquences de ce congédiement. Je ne peux partager entièrement son avis à cet égard. La partie de l'ordonnance relative à l'envoi d'une lettre de références vise nettement, selon moi, à contrecarrer les effets du congédiement que l'arbitre a qualifié d'injuste. En effet, cette partie de l'ordonnance vise à empêcher que la décision de l'employeur de congédier l'intimé puisse avoir des effets négatifs sur les chances de ce dernier de se trouver un nouvel emploi. La lettre de références vise à corriger l'impression donnée par le fait du congédiement en indiquant clairement que ce congédiement fut jugé injuste par un arbitre et en indiquant clairement certaines données «objectives» relatives à la prestation de travail fournie par l'intimé. Il s'agit donc d'une situation très différente de celle qui existait dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269.

Dans cette affaire le Conseil canadien des relations du travail avait constaté que la Banque Nationale du Canada, qui avait fermé une succursale syndiquée pour l'intégrer à une succursale non syndiquée, avait pris sa décision pour des motifs anti-syndicaux et avait, de ce fait, violé les al. 184(1)*a*) et (3)*a*) du *Code canadien du travail*. Ces dispositions interdisent à un employeur, entre autres, de s'ingérer dans la formation et l'administration d'un syndicat et de suspendre, transférer ou mettre à pied un employé au motif que ce dernier est membre d'un syndicat. Le Conseil canadien des relations du travail avait donc ordonné à la Banque de faire un certain nombre de choses. Parmi ces choses se trouvait l'obligation de créer un fonds en fidéicommis destiné à promouvoir les objectifs du Code auprès de tous ses employés et d'envoyer à ces employés une lettre les informant de la création de ce fonds. L'ordonnance indiquait précisément quel devait être le texte de ladite lettre et interdisait à l'employeur d'ajouter ou de soustraire quoi que ce soit à ce texte. Le juge Chouinard, aux motifs duquel les autres membres de cette Cour ont souscrit, s'est dit d'avis que la partie de l'ordonnance qui prescrivait la création d'un fonds en fidéicommis devait être cassée puisqu'il n'y avait

announcement of the creation of the fund was the key feature of the letter the employer was required to send, and concluded that this part of the order should suffer the same fate as that reserved for the part of the order dealing with the creation of the fund. Beetz J., for his part, added that in his opinion both the creation of the fund and the letter were open to the interpretation that they resulted from an initiative taken by the National Bank of Canada, reflecting the views of the Bank and in particular its approval of the *Canada Labour Code* and its objectives. He stated that in his opinion this part of the order was contrary to the democratic traditions of this country and so could not have been authorized by the Parliament of Canada.

In the case at bar the letter the employer is required to give respondent is of a different nature from the letter the National Bank of Canada was required to send in that case. It expresses no opinions and simply sets out facts which, as counsel for the appellant admitted at the hearing, and it is important to note this, are not in dispute. Ordering an employer to give a former employee a letter of recommendation containing only objective facts that are not in dispute does not seem to me to be as such unreasonable. Such an order may be completely justified in certain circumstances, and in the case at bar there is nothing to indicate that the adjudicator was pursuing an improper objective or acting in bad faith or in a discriminatory manner. As this order was not unreasonable, it is not the function of this Court to examine its appropriateness or to substitute its own opinion for that of the person making the order, unless of course the decision impinges on a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Accordingly, I am not prepared to say at this stage that the nature of this part of the order is such that the adjudicator necessarily exceeded his jurisdiction in making it. Quite apart from the constitutional argument that this order infringes the freedom of expression guaranteed by the

pas de rapport entre ce remède d'une part et l'acte reproché et ses conséquences d'autre part. Étant d'avis que la lettre que l'employeur devait expédier avait comme élément dominant l'annonce de la création de ce fonds, il a jugé que cette partie de l'ordonnance devait subir le même sort que celui réservé à la partie de l'ordonnance relative à la création du fonds. Le juge Beetz, quant à lui, a ajouté qu'à son avis tant la création du fonds que la lettre étaient susceptibles d'être interprétées comme si c'était la Banque Nationale du Canada qui en prenait l'initiative, comme si elles reflétaient les opinions de cette dernière et plus particulièrement son approbation du *Code canadien du travail* et de ses objectifs. Il s'est donc dit d'avis que cette partie de l'ordonnance était contraire aux traditions démocratiques de notre pays et, qu'en conséquence, elle ne pouvait pas avoir été autorisée par le Parlement du Canada.

Dans le cas qui nous occupe en l'espèce, la lettre que l'employeur a l'obligation de remettre à l'intimé est d'une nature différente de la lettre que devait expédier la Banque Nationale du Canada dans cette dernière affaire. Elle n'exprime aucune opinion et se borne à énoncer des faits qui, comme l'a admis le procureur de l'appelante lors de l'audition, et il est important de le noter, ne sont pas contestés. Ordonner à un employeur de remettre à un ancien employé une lettre de références ne contenant que des faits objectifs qui ne sont pas contestés ne me semble pas déraisonnable en soi. Une telle ordonnance peut être tout à fait justifiée dans certaines circonstances et en l'espèce rien ne démontre que l'arbitre aurait poursuivi une finalité impropre, aurait agi de mauvaise foi ou de façon discriminatoire. Cette ordonnance n'étant pas déraisonnable, il n'appartient pas à cette Cour d'en évaluer l'opportunité ni de substituer sa propre opinion à celle de son auteur à moins bien sûr que cette décision restreigne un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À ce stade, je ne suis donc pas prêt à affirmer que la nature de cette partie de l'ordonnance est telle que l'arbitre a nécessairement excédé sa juridiction en la prononçant. Abstraction faite de l'argument constitutionnel à l'effet que cette ordonnance porte atteinte à la liberté d'expression

Canadian Charter of Rights and Freedoms, therefore, I consider that the adjudicator had the power to make this part of the order at issue here. The only limitation placed by s. 61.5(9) on the type of order the adjudicator can make is that any order must be designed to "remedy or counteract any consequence of the dismissal". In my view, this part of the order is clearly intended for that purpose.

However, I take a different view of the part of the order that prohibits the employer from answering a request for information about respondent other than by sending this letter of recommendation. Although this part of the order is probably meant to remedy or counteract the consequences of the dismissal, I believe that the issuing of this letter in such a context could be interpreted as meaning that appellant has no comments to make regarding the work done by respondent other than those mentioned in the letter. In such circumstances, it could thus be construed as expressing, at least by implication, appellant's opinion in this regard. Although requiring someone to write a letter is not unreasonable as such, the requirement becomes wholly unreasonable when the circumstances are such that the letter may be seen as reflecting their opinions when that is not necessarily the case. This part of the order does not prohibit the employer from stating facts found to be incorrect at the hearing, which might have been reasonable and justified: it prohibits the employer from making comments of any kind. In my view the effect of this part of the order, by thus prohibiting the employer from adding any comments whatever, is to create circumstances in which the letter of recommendation could be seen as the expression of appellant's opinions. As my brother Beetz J. so admirably phrased it in *National Bank of Canada*, *supra*, at p. 296:

> This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes.

garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, je suis donc d'avis que l'arbitre avait le pouvoir de rendre cette partie de l'ordonnance contestée en l'espèce. La seule limite imposée par le par. 61.5(9) quant au type d'ordonnance que peut rendre l'arbitre c'est que toute ordonnance doit viser à «contrebalancer les effets du congédiement ou [à] y remédier». Or, cette partie de l'ordonnance vise, selon moi, nettement ce but.

Mon opinion est toutefois différente quant à la partie de l'ordonnance qui interdit à l'employeur de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de cette lettre de références. Quoique cette partie de l'ordonnance vise probablement à contrecarrer les effets du congédiement ou à y remédier, je suis d'avis que la remise de cette lettre dans un tel contexte pourrait en effet être interprétée comme signifiant que l'appelante n'a que les commentaires qui y sont énoncés à formuler à l'égard du travail exécuté par l'intimé. Dans ces circonstances, elle pourrait donc être interprétée comme exprimant, du moins implicitement, l'opinion de l'appelante à cet égard. Or, quoique le fait d'obliger une personne à rédiger un document n'est pas en soi déraisonnable, une telle mesure devient tout à fait déraisonnable lorsque les circonstances sont telles que ce document peut être perçu comme faisant état de ses opinions, alors qu'il n'en est pas nécessairement ainsi. Cette partie de l'ordonnance n'interdit pas à l'employeur d'affirmer les faits qui furent jugés inexacts lors de l'audition, ce qui serait peut-être raisonnable et justifié, elle interdit à l'employeur de faire quelques commentaires que ce soit. Cette partie de l'ordonnance, en interdisant ainsi à l'employeur d'ajouter quelques commentaires que ce soit, a pour effet selon moi de créer des circonstances susceptibles de faire en sorte que la lettre de références soit perçue comme l'expression des opinions de l'appelante. Comme l'a si bien écrit mon collègue le juge Beetz dans l'affaire *Banque Nationale du Canada*, précitée, à la p. 296:

> Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves.

Parliament cannot have intended to authorize such an unreasonable use of the discretion conferred by it. A discretion is never absolute, regardless of the terms in which it is conferred. This is a long-established principle. H. W. R. Wade, in his text titled *Administrative Law* (4th ed. 1977), says the following at pp. 336-37:

> For more than three centuries it has been accepted that discretionary power conferred upon public authorities is not absolute, even within its apparent boundaries, but is subject to general legal limitations. These limitations are expressed in a variety of different ways, as by saying that discretion must be exercised reasonably and in good faith, that relevant considerations only must be taken into account, that there must be no malversation of any kind, or that the decision must not be arbitrary or capricious. [Emphasis added.]

This limitation on the exercise of administrative discretion has been clearly recognized in our law, by *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, and *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, *inter alia*. Whether it is the interpretation of legislation that is unreasonable or the order made in my view matters no more than the question of whether the error is one of law or of fact. An administrative tribunal exercising discretion can never do so unreasonably. To reiterate what I said earlier in *Blanchard*, *supra*, at pp. 494-95:

> An administrative tribunal has the necessary jurisdiction to make a mistake, and even a serious one, but not to be unreasonable. The unreasonable finding is no less fatal to jurisdiction because the finding is one of fact rather than law. An unreasonable finding is what justifies intervention by the courts.
>
> Not only is the distinction between error of law and of fact superfluous in light of an unreasonable finding or conclusion, but the reference to error itself is as well. Indeed, though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

Le Parlement ne peut pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue. Il s'agit d'un principe reconnu depuis fort longtemps. H. W. R. Wade, dans son traité intitulé *Administrative Law* (4e éd. 1977), s'exprime ainsi aux pp. 336 et 337:

> [TRADUCTION] Il est reconnu depuis plus de trois siècles que le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités publiques n'est pas absolu, même à l'intérieur de ses limites bien définies, mais qu'il est assujetti à des limites légales générales. Ces limites sont exprimées de plusieurs façons différentes: on dit par exemple que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable et de bonne foi, qu'il ne faut tenir compte que des considérations pertinentes, qu'il ne doit y avoir absolument aucune malversation, ou que la décision ne doit pas être le fruit de l'arbitraire ou du caprice. [Je souligne.]

Cette limite à l'exercice d'une discrétion administrative a été clairement reconnue dans notre droit entre autres par les affaires *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, et *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476. Que ce soit l'interprétation d'une disposition législative qui soit déraisonnable ou que ce soit l'ordonnance rendue n'a, à mon avis, pas plus d'importance que la question de savoir s'il s'agit d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait. Un tribunal administratif exerçant une discrétion ne peut jamais l'exercer de façon déraisonnable. Pour reprendre les termes que j'ai déjà utilisés dans l'affaire *Blanchard*, précitée, aux pp. 494 et 495:

> Le tribunal administratif a la compétence voulue pour se tromper, et même gravement, mais n'a pas celle d'être déraisonnable. Ce qui est déraisonnable n'atrophie pas moins la juridiction du fait que la conclusion en est une de fait plutôt que de droit. La justification de l'intervention judiciaire est la conclusion déraisonnable.
>
> Non seulement la distinction entre l'erreur de droit et celle de fait est superfétatoire en regard d'une détermination ou d'une conclusion déraisonnable, mais la référence à l'erreur elle-même l'est tout autant. En effet, si toutes les erreurs n'aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d'une erreur (de droit, de fait, et d'une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

In conclusion, an unreasonable finding, whatever its origin, affects the jurisdiction of the tribunal.

In the case at bar I consider that the adjudicator was not authorized by s. 61.5(9)(*c*) to order the employer not to answer a request for information about respondent except by sending the letter of recommendation containing the aforementioned wording, since such an order is patently unreasonable. Though the adjudicator clearly had jurisdiction to make an order he felt to be equitable and proper, he lost this jurisdiction when he made a patently unreasonable decision.

Appellant further argued that s. 61.5(9)(*c*) did not empower the adjudicator to make such an order, since that paragraph does not clearly state that the adjudicator can use a remedy that differs from the remedies usually available under the ordinary rules of common law in such circumstances. The principle underlying this argument is that, in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law. There is no need for me to rule on the merits of this principle, since I consider that in the case at bar, by enacting para. (*c*), the legislator clearly indicated his intent to confer wider powers on the adjudicator than those he usually has under the ordinary rules of common law in such circumstances.

It now remains to assess in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* the part of the order we have found to be not unreasonable in terms of the rules of administrative law. The fact that the part of the order relating to sending the letter of recommendation is not unreasonable from an administrative law standpoint does not mean that it is necessarily consistent with the *Charter*.

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers

En conclusion, une détermination déraisonnable, quelle qu'en soit la source, porte atteinte à la juridiction du tribunal.

En l'espèce, je suis d'avis que l'arbitre n'était pas autorisé, aux termes de l'al. 61.5(9)*c*), à ordonner à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements relative à l'intimé que par l'envoi de la lettre de références contenant le texte précité puisqu'une telle ordonnance est manifestement déraisonnable. Quoique l'arbitre avait clairement juridiction pour rendre une ordonnance qu'il jugeait équitable et appropriée, il a perdu cette juridiction en rendant une décision manifestement déraisonnable.

L'appelante prétend également que l'al. 61.5(9)*c*) ne permettait pas à l'arbitre de rendre une telle ordonnance puisque cet alinéa n'indique pas clairement que l'arbitre peut utiliser un remède qui diffère des remèdes habituellement disponibles en vertu des règles de droit commun dans des circonstances similaires. Le principe à la base de cet argument est celui selon lequel le législateur n'est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l'intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes. Il n'est pas nécessaire de me prononcer sur la justesse de ce principe puisqu'en l'espèce je suis d'avis que le législateur, en édictant l'al. *c*), a clairement indiqué son intention de conférer à l'arbitre des pouvoirs plus larges que ceux qui lui sont habituellement dévolus, dans des circonstances similaires, par les règles de droit commun.

Il reste maintenant à soumettre au contrôle de la *Charte canadienne des droits et libertés* cette partie de l'ordonnance que nous avons jugée non déraisonnable eu égard aux principes de droit administratif. Le fait que cette partie de l'ordonnance relative à l'envoi de la lettre de références ne soit pas déraisonnable au sens du droit administratif ne signifie pas, en effet, qu'elle est nécessairement conciliable avec la *Charte*.

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La

from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. This idea was very well expressed by Professor Hogg when he wrote in his text titled *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 671:

> The reference in s. 32 to the "Parliament" and a "legislature" make clear that the Charter operates as a limitation on the powers of those legislative bodies. Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (ultra vires) the enacting body and will be invalid. It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, adminis-

Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. Le professeur Hogg a très bien exprimé cette idée lorsqu'il a écrit dans son volume intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), à la p. 671:

> [TRADUCTION] La mention du «Parlement» et d'une «législature» à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (sera *ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administrati-

trative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Section 61.5(9)(*c*) must therefore be interpreted as conferring on the adjudicator a power to require the employer to do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal, provided however that such an order, if it limits a protected right or freedom, only does so within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. It is only if the limitation on a right or freedom is not kept within reasonable and justifiable limits that one can speak of an infringement of the *Charter*. The *Charter* does not provide an absolute guarantee of the rights and freedoms mentioned in it. What it guarantees is the right to have such rights and freedoms subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. There is thus no reason not to ascribe to Parliament an intent to limit a right or freedom mentioned in the *Charter* or to allow a protected right or freedom to be limited when the language used by Parliament suggests this.

It would be useful, in my view, to describe the steps that must be taken to determine the validity of an order made by an administrative tribunal, which are as follows.

First, there are two important principles that must be borne in mind:

—an administrative tribunal may not exceed the jurisdiction it has by statute; and

—it must be presumed that legislation conferring an imprecise discretion does not confer the power to infringe the *Charter* unless that power is conferred expressly or by necessary implication.

The application of these two principles to the exercise of a discretion leads to one of the following two situations:

ves ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il faut donc interpréter l'al. 61.5(9)*c*) comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier sous réserve toutefois que cette ordonnance, si elle restreint un droit ou une liberté protégés, ne les restreigne que dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce n'est en effet que si la restriction apportée à un droit ou à une liberté n'est pas contenue dans des limites qui soient raisonnables et justifiables que l'on peut parler de violation de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits et les libertés qu'elle énonce. Elle garantit plutôt le droit de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.

Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

—un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et

—il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la *Charte* à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1. The disputed order was made pursuant to legislation which confers, either expressly or by necessary implication, the power to infringe a protected right.

   —It is then necessary to subject the legislation to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. The legislation pursuant to which the administrative tribunal made the disputed order confers an imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power to limit the rights guaranteed by the *Charter*.

   —It is then necessary to subject the order made to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society;

   —if it is not thus justified, the administrative tribunal has necessarily exceeded its jurisdiction;

   —if it is thus justified, on the other hand, then the administrative tribunal has acted within its jurisdiction.

There is no doubt in the case at bar that the part of the order dealing with the issuing of a letter of recommendation places, in my opinion, a limitation on freedom of expression. There is no denying that freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things. Silence is in itself a form of expression which in some circumstances can express something more clearly than words could do. The order directing appellant to give respondent a letter containing certain objective facts in my opinion unquestionably limits appellant's freedom of expression.

However, this limitation is prescribed by law and can therefore be justified under s. 1. The adjudicator derives all his powers from statute and can only do what he is allowed by statute to do. It is the legislative provision conferring discretion

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé.

   —Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*.

   —Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

   —si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;

   —si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction.

En l'espèce la partie de l'ordonnance relative à la remise d'une lettre de références apporte, à mon avis, une restriction à la liberté d'expression. On ne peut nier, en effet, que la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence est en soi une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire. L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative

which limits the right or freedom, since it is what authorizes the holder of such discretion to make an order the effect of which is to place limits on the rights and freedoms mentioned in the *Charter*. The order made by the adjudicator is only an exercise of the discretion conferred on him by statute.

To determine whether this limitation is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, one must examine whether the use made of the discretion has the effect of keeping the limitation within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. If the answer is yes, we must conclude that the adjudicator had the power to make such an order since he was authorized to make an order reasonably and justifiably limiting a right or freedom mentioned in the *Charter*. If on the contrary the answer is no, then one has to conclude that the adjudicator exceeded his jurisdiction since Parliament has not delegated to him a power to infringe the *Charter*. If he has exceeded his jurisdiction, his decision is of no force or effect.

The test that must be applied in such an assessment has been largely defined by my brother Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. According to that test, the objective to be served by the disputed measures must first be sufficiently important to warrant limiting a right or freedom protected by the *Charter*. Second, the party seeking to maintain the limitation must show that the means selected to attain this objective are reasonable and justifiable. To do this, it will be necessary to apply a form of proportionality test involving three separate components: the disputed measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. The means chosen must also be such as to impair the right or freedom as little as possible, and finally, its effects must be proportional to the objective sought.

attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi.

Pour déterminer si cette restriction est contenue dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut donc évaluer si l'utilisation qui fut faite de la discrétion a pour effet de contenir la restriction dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si la réponse est positive nous devons conclure que l'arbitre avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance puisqu'il était autorisé à rendre une ordonnance restreignant un droit ou une liberté énoncés à la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables. Si la réponse est au contraire négative il faut alors conclure que l'arbitre a excédé sa juridiction puisque le Parlement ne lui a pas délégué le pouvoir de violer la *Charte*. Ayant excédé sa juridiction sa décision est donc nulle et sans effet.

Le test qui doit être appliqué dans le cadre de cette évaluation a été énoncé principalement par mon collègue le juge en chef Dickson dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Selon ce test, il faut, dans un premier temps, que l'objectif poursuivi par la mesure contestée soit suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Dans un second temps, la partie qui demande le maintien de cette restriction doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et justifiables. Pour ce faire, il doit y avoir application d'une espèce de critère de proportionnalité comportant trois éléments distincts: les mesures contestées doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif poursuivi et avoir un lien rationnel avec celui-ci. Le moyen choisi doit de plus être de nature à restreindre le moins possible le droit ou la liberté et ses effets doivent finalement être proportionnels avec l'objectif poursuivi.

I consider that the objective sought by the order made in the case at bar is sufficiently important to justify some limitation on freedom of expression. The purpose of the order is clearly, as required by the Code and as I indicated above, to counteract, or at least to remedy, the consequences of the dismissal found by the adjudicator to be unjust. In my opinion such an objective is sufficiently important to warrant a limitation on a right or freedom mentioned in the *Charter*. I think it is important for the legislator to provide certain mechanisms to restore equilibrium in the relations between an employer and his employee, so that the latter will not be subject to arbitrary action by the former. These observations should not be taken as meaning that in my view all employers necessarily try to abuse their position. However, it cannot be denied that some employees are in an especially vulnerable position in relation to their employers and that the forces involved are usually not equal. Accordingly, I think that mechanisms designed to remedy or counteract the consequences of an unlawful action taken by an employer are justified in such a context. It should also be noted that in these circumstances the limitation on rights or freedoms is not in fact made until after the act committed by the employer has been found by an adjudicator to be unlawful, and only in order to remedy the consequences of that act found to be unlawful.

An order directing the employer to give respondent a letter of recommendation containing objective facts also seems to me to be reasonable and justifiable in these circumstances. It has the three characteristics necessary to meet the proportionality test. As I mentioned earlier, the purpose of the letter of recommendation is to correct the impression given by the fact of the dismissal, by clearly indicating that the dismissal was found by an adjudicator to be unjust, and by clearly indicating certain "objective" facts that are not in dispute regarding the respondent's performance. A reinstatement order is not always desirable and a compensation order is not always adequate to remedy the consequences of an unjust dismissal. It is possible in some cases for a dismissal to have very negative consequences on the former

En l'espèce je suis d'avis que l'objectif poursuivi par l'ordonnance rendue est suffisamment important pour justifier une certaine restriction à la liberté d'expression. L'ordonnance vise nettement, comme l'exige le Code et comme je l'ai indiqué plus haut, à contrecarrer les effets du congédiement jugé injuste par l'arbitre ou, à tout le moins, à y remédier. Un tel objectif est à mon avis suffisamment important pour justifier une restriction à un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte*. Il me semble en effet important que le législateur prévoie certains mécanismes destinés à rétablir l'équilibre dans la relation existant entre un employeur et son employé de façon à éviter que ce dernier puisse être soumis à l'arbitraire du premier. Ces propos ne doivent pas être interprétés comme signifiant qu'à mon avis tous les employeurs tentent nécessairement d'abuser de leur position. On ne peut nier toutefois que certains employés sont dans une situation particulièrement vulnérable à l'égard de leur employeur et que les forces en présence sont habituellement inégales. Des mécanismes destinés à contrecarrer les effets d'une mesure illégale prise par l'employeur ou à y remédier me semblent donc justifiés dans un tel contexte. Il faut d'ailleurs noter que dans ces circonstances la restriction aux droits ou aux libertés n'est effectivement apportée qu'après que l'acte posé par l'employeur a été jugé illégal par un arbitre et que dans le but de remédier aux effets de cet acte jugé illégal.

Une ordonnance enjoignant à l'employeur de remettre à l'intimé une lettre de références contenant des faits objectifs me semble également raisonnable et justifiable dans ces circonstances. Elle possède en effet les trois caractéristiques nécessaires pour que le critère de proportionnalité soit rencontré. Comme je l'ai déjà mentionné, la lettre de références vise à corriger l'impression donnée par le fait du congédiement en indiquant clairement que ce congédiement fut jugé injuste par un arbitre et en indiquant clairement certaines données «objectives» et non contestées relatives à la prestation de travail fournie par l'intimé. Une ordonnance de réintégration n'est pas toujours souhaitable alors qu'une ordonnance de compensation n'est pas toujours suffisante pour remédier aux effets d'un congédiement injuste. Il est possible en

employee's chances of finding new employment. It seems to me, therefore, that there will be times when such an order is the only means of attaining the objective sought, that of counteracting or remedying the consequences of the dismissal. It is certainly very rationally connected to the latter, since in certain cases it is the only way of effectively remedying the consequences of the dismissal. It is also limited to requiring that the employer state "objective" facts which, in the case at bar, are not in dispute and do not require the employer to express any opinion, since the part of the order regarding the prohibition on answering a request for information about respondent other than by issuing this letter has been found to be unreasonable, and accordingly outside the jurisdiction conferred on the adjudicator. The employer may thus, if this part found to be unreasonable is removed, indicate for example that he was directed to write the letter and that it therefore does not necessarily contain all his views about the work done by respondent. Taking these circumstances into account, I do not see any way of attaining this objective in the case at bar without impairing the employer's freedom of expression. Finally, I consider that the consequences of the order are proportional to the objective sought. As I have already said, the latter is important in our society. The limitation on freedom of expression is not what could be described as very serious. It does not abolish that freedom, but simply limits its exercise by requiring the employer to write something determined in advance. This limitation on freedom of expression mentioned in the *Charter* is thus in my opinion kept within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. In making this part of the order, therefore, the adjudicator did not infringe the *Charter* and acted within his jurisdiction.

As this appeal is covered by s. 52(*d*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, I would refer the matter back to the adjudica-

effet qu'un congédiement ait des conséquences très négatives, dans certains cas, sur les chances de l'ex-employé de se trouver un nouvel emploi. Une telle ordonnance me semble donc parfois le seul moyen d'atteindre l'objectif poursuivi qui est de contrecarrer ou de remédier aux effets du congédiement. Elle a certainement un lien très rationnel avec celui-ci puisque dans certains cas elle est la seule mesure susceptible de remédier efficacement aux effets du congédiement. Elle se limite de plus à exiger de l'employeur l'expression de faits «objectifs» qui, en l'espèce, ne sont pas contestés et ne requiert aucunement, de sa part, l'expression d'une opinion quelconque puisque la partie de l'ordonnance relative à l'interdiction de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par la remise de cette lettre a été jugée déraisonnable et, partant, à l'extérieur de la juridiction conférée à l'arbitre. Il est en effet permis à l'employeur, si l'on écarte cette partie déjà jugée déraisonnable, d'indiquer, par exemple, qu'il lui fut ordonné de rédiger cette lettre et que de ce fait elle ne contient pas nécessairement toutes ses opinions à l'égard du travail effectué par l'intimé. Compte tenu de ces circonstances, je ne vois pas de moyen susceptible en l'espèce d'atteindre ce même objectif tout en portant moins atteinte à la liberté d'expression de l'employeur. Finalement, je suis d'avis que les effets de cette ordonnance sont proportionnels à l'objectif poursuivi. Ce dernier, comme je l'ai souligné, est important dans notre société. Or, la restriction apportée à la liberté d'expression n'est pas de celle qu'on peut qualifier de très grave. Elle ne supprime pas cette liberté mais se borne plutôt à en restreindre l'exercice en obligeant l'employeur à écrire quelque chose de prédéterminé. Cette restriction apportée à la liberté d'expression énoncée à la *Charte* est donc selon moi contenue dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'arbitre en rendant cette partie de l'ordonnance n'a donc pas violé la *Charte* et a agi à l'intérieur de sa juridiction.

Ce pourvoi étant régi par l'al. 52*d*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, je suis d'avis de renvoyer cette affaire à l'arbitre

tor in question for him to make an order consistent with this judgment.

Accordingly, I would allow the appeal at bar, reverse the judgment of the Federal Court of Appeal, invalidate the order made by the adjudicator and refer the matter back to him so he may make a new order consistent with the instant judgment; the whole with costs.

Appeal dismissed with costs, BEETZ J. *dissenting and* LAMER J. *dissenting in part.*

Solicitor for the appellant: Brian A. Grosman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Morris Cooper, Toronto.

concerné afin qu'il puisse rendre une ordonnance conciliable avec le présent jugement.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale, de déclarer nulle l'ordonnance prononcée par l'arbitre et de retourner le dossier à celui-ci afin qu'il émette une nouvelle ordonnance qui soit conciliable avec le présent jugement. Le tout avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BEETZ *est dissident et le juge* LAMER *est dissident en partie.*

Procureur de l'appelante: Brian A. Grosman, Toronto.

Procureur de l'intimé: Morris Cooper, Toronto.

Eonis J. Vorvis *Appellant*

v.

Insurance Corporation of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: VORVIS *v.* INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

File No.: 18844.

1987: October 20; 1989: May 4.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Employment contracts — Pension rights — Dismissal without just cause — Pension not vesting prior to dismissal or during notice period — Whether or not implied right to pension plan where dismissal without cause notwithstanding express clause in pension plan.

Contracts — Damages — Aggravated damages and punitive damages — Whether or not available in action for wrongful dismissal.

Appellant was a solicitor in the respondent's legal department who was conscientious to a fault and prone "to produce a Cadillac when a Ford would do". Appellant's supervisor became increasingly dissatisfied with the pace of appellant's work and instituted weekly "productivity meetings" which degenerated into a form of inquisition. As the pressure increased, appellant suffered distress and obtained medical attention. He was dismissed without any precipitating event. Respondent offered pay and benefits for an eight-month period if appellant were to release it from any claim arising out of his employment and its peremptory termination. Appellant, however, was not prepared to admit that he was incompetent and that his employer had just cause for his dismissal.

Counsel agreed that damages should be assessed on the basis of a seven-month notice requirement. Appellant's pension in his employer's pension plan had not vested at the time of his dismissal and he accordingly only received his own contributions to the plan plus

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Eonis J. Vorvis *Appelant*

c.

Insurance Corporation of British Columbia *Intimée*

RÉPERTORIÉ: VORVIS *c.* INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

N° du greffe: 18844.

1987: 20 octobre; 1989: 4 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* et L'Heureux-Dubé.

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

Contrats — Contrats de travail — Droits à une pension — Renvoi injustifié — Absence de droits acquis à une pension avant le renvoi ou pendant la période de préavis — Y a-t-il un droit implicite à un régime de retraite dans le cas d'un renvoi injustifié malgré l'existence d'une disposition expresse dans ce régime?

Contrats — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs — Est-il possible de les obtenir dans une action pour renvoi injustifié?

L'appelant travaillait comme avocat au contentieux de l'intimée. Il faisait preuve d'un excès de conscience professionnelle et avait tendance «à produire une Cadillac alors qu'une Ford aurait suffi». Le surveillant de l'appelant est devenu de plus en plus insatisfait du rythme de travail de ce dernier et il a institué des «réunions de productivité» hebdomadaires qui ont pris la forme d'une inquisition. Au fur et à mesure que la pression augmentait, l'appelant est devenu anxieux et a dû se faire soigner. Il a été congédié sans que cela ne soit provoqué par un événement particulier. L'intimée a offert à l'appelant de lui payer son salaire et des avantages pendant une période de huit mois s'il acceptait de renoncer à toute réclamation contre elle émanant de son emploi et de son congédiement péremptoire. Cependant, l'appelant n'était pas prêt à reconnaître qu'il était incompétent et que son employeur était justifié de le renvoyer pour cause d'incompétence.

Les avocats ont convenu que les dommages-intérêts devraient être fixés en fonction d'une exigence de préavis de sept mois. Au moment de son renvoi, l'appelant n'avait pas acquis de droits à une pension conformément au régime de retraite de son employeur et c'est pourquoi

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

interest. Although the pension would not have vested during the notice period, it was argued that, notwithstanding the express wording of the pension plan, an employee should not lose his rights to the plan unless he were dismissed for cause.

The trial judge found that appellant had been wrongfully dismissed and was entitled to damages. He rejected certain other claims for lost pension rights, mental distress, and aggravated and punitive damages. The Court of Appeal, although it made an additional award for loss of overtime, confirmed in result the judgment at trial. Appellant appealed to this Court.

Two issues were raised in this Court: (1) whether the Court of Appeal erred in dismissing the appellant's claim for lost pension rights, and (2) whether the Court of Appeal erred in denying the claim for punitive damages. Damages for mental distress, properly characterized as aggravated damages, were not claimed in this Court as a separate head but it was argued that they were included in the general concept of punitive damages.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre and Lamer JJ.: No term should be implied to the effect that the employee's right to his pension could not be terminated by the unilateral action of the employer in the absence of dismissal for cause. Such a term was contrary to the express provisions of the pension agreement. The vesting would not have occurred within the reasonable notice period.

The claim for aggravated damages—damages awarded to compensate and take into account intangible injuries in addition to the normally assessed damages—should be denied here because they are to be limited to earnings lost during the period of notice to which the employee is entitled and cannot include damages for the manner of dismissal. Although aggravated damages can be awarded in a case of wrongful dismissal, particularly where the acts complained of are independently actionable, the conduct complained of here preceded the wrongful dismissal and could not be said to have

il n'a touché que ses propres cotisations au régime, plus les intérêts. Même si les droits à une pension ne se seraient pas concrétisés pendant la période de préavis, on a fait valoir que, nonobstant les termes exprès du régime de retraite, un employé ne devrait pas perdre ses droits de bénéficier du régime à moins d'avoir fait l'objet d'un renvoi motivé.

Le juge de première instance a conclu que l'appelant avait été renvoyé sans justification et qu'il avait droit à des dommages-intérêts. Il a rejeté certaines autres demandes relatives au préjudice moral subi et à la perte de droits à une pension, de même qu'une demande de dommages-intérêts majorés et punitifs. La Cour d'appel, tout en accordant une somme additionnelle pour la perte de traitement de surtemps, a confirmé en définitive la décision du juge de première instance. L'appelant s'est pourvu devant cette Cour.

Deux questions ont été soulevées devant cette Cour: (1) celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant la demande de l'appelant relative à la perte de droits à une pension, et (2) celle de savoir si la Cour d'appel a eu tort de ne pas faire droit à la demande de dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts pour préjudice moral, qui peuvent être qualifiés à juste titre de dommages-intérêts majorés, n'ont pas fait l'objet d'une demande distincte en cette Cour, mais on a soutenu qu'ils étaient compris dans la notion générale de dommages-intérêts punitifs.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes en partie): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre et Lamer: Il ne peut y avoir aucune condition implicite selon laquelle, en l'absence de renvoi motivé, l'employeur ne peut mettre fin unilatéralement au droit de l'employé à une pension. Une telle condition est contraire aux dispositions expresses de la convention relative au régime de retraite. L'acquisition du droit à une pension n'aurait pas eu lieu pendant la période de préavis raisonnable.

La demande de dommages-intérêts majorés, savoir des dommages-intérêts accordés à titre d'indemnité et tenant compte du préjudice moral en plus des dommages-intérêts normalement calculés, doit être rejetée en l'espèce parce que les dommages-intérêts doivent être limités au salaire perdu pendant la période de préavis auquel l'employé a droit et ils ne peuvent comporter des dommages-intérêts pour la façon dont le renvoi a été effectué. Même si des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés dans une affaire de renvoi injustifié, surtout quand les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d'action, le comportement reproché en l'espèce est antérieur au renvoi injustifié et

aggravated the damage incurred as a result of the dismissal.

Punitive damages—damages which punish extreme conduct worthy of condemnation—will rarely be awarded in cases of breach of contract for, unlike torts, the contract is the only link between the parties for the purpose of defining their rights and obligations. The injured plaintiff is not entitled to be made whole but only to have either that which the contract provided for him or compensation for its loss.

Appellant on his dismissal was only entitled to reasonable notice or to payment of salary and benefits for the period of reasonable notice. The conduct on the part of the employer, while it may have caused appellant mental stress and frustration was not sufficiently offensive, standing alone, to constitute actionable wrong and was not therefore of such a nature as to justify the imposition of an award of punitive damages.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting in part): In appropriate circumstances aggravated damages for mental suffering may be awarded in breach of contract cases and they are, in distinction to punitive damages, essentially compensatory. Rather than relying on a characterization of the conduct as an independent wrong, the proper approach is to apply the basic principles of contract law relating to remoteness of damage. The issue is whether the defendant should reasonably have anticipated that damages in the form of mental suffering would be a consequence of the breach. Here, mental suffering would not have been in the reasonable contemplation of the parties at the time the employment contract was entered into as flowing from the appellant's unjust dismissal.

In deciding whether punitive damages should be awarded, the conduct of the defendant both before and after the wrongful dismissal should be considered. It should be reviewed in the context of all the circumstances in order to determine if it is deserving of punishment because of its shockingly harsh, vindictive, reprehensible or malicious nature. The misconduct need not be in itself an actionable wrong. The duties owed under the law of tort do not differ significantly from the duties breached in contract by the type of flagrant and deliberate misconduct that merits an award of punitive damages. Here, the respondent's conduct towards a sensitive,

on ne saurait dire qu'il a aggravé le préjudice subi par suite du renvoi.

Des dommages-intérêts punitifs, savoir des dommages-intérêts qui servent à punir un comportement extrême qui mérite d'être condamné, seront rarement accordés dans une affaire de violation de contrat car, contrairement à ce qui se produit dans une affaire de délit civil, le seul lien qui existe entre les parties pour ce qui est de définir leurs droits et obligations est le contrat. La partie lésée n'a pas le droit d'être rétablie dans sa situation antérieure, elle a seulement le droit d'obtenir ce que le contrat prévoyait pour elle ou d'être indemnisée de sa perte.

Lors de son renvoi, l'appelant n'avait droit qu'à un préavis raisonnable et au paiement de son salaire et de ses avantages pendant le délai de préavis raisonnable. Même s'il peut avoir causé un préjudice moral et de la frustration à l'appelant, le comportement de l'employeur n'était suffisamment outrageant à lui seul pour constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action et n'était donc pas de nature à justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes en partie): Lorsque les circonstances le justifient, des dommages-intérêts majorés pour préjudice moral peuvent être accordés dans un cas de violation de contrat et, à la différence des dommages-intérêts punitifs, ils sont essentiellement indemnitaires. Plutôt que de qualifier le comportement reproché de méfait distinct, il convient d'appliquer les principes fondamentaux du droit des contrats relatifs à l'exclusion des dommages indirects ou non prévus par les parties. La question qui se pose est de savoir si la défenderesse aurait dû raisonnablement envisager que des dommages sous forme de préjudice moral résulteraient de la violation. Au moment de la passation du contrat de travail en l'espèce, le préjudice moral n'a pas été raisonnablement envisagé par les parties comme conséquence du renvoi injuste de l'appelant.

En décidant si des dommages-intérêts doivent être accordés, il faut tenir compte du comportement adopté par la défenderesse avant et après le renvoi injustifié. Il doit être évalué à la lumière de toutes les circonstances afin de déterminer s'il mérite d'être puni en raison de son caractère scandaleusement dur, vengeur, répréhensible ou malicieux. Il n'est pas nécessaire que la conduite répréhensible soit en elle-même un méfait donnant ouverture à un droit d'action. Les obligations qui existent en matière délictuelle ne diffèrent pas sensiblement des obligations auxquelles on manque en matière contractuelle par une inconduite flagrante et délibérée méritant l'attribution de dommages-intérêts punitifs. En l'espèce, l'intimée a adopté envers un employé sensible,

dedicated and conscientious employee was reprehensible and punitive damages should be awarded.

Cases Cited

By McIntyre J.

Considered: *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, aff'g (1965), 56 D.L.R. (2d) 117; **distinguished**: *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1973] 6 W.W.R. 551; *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.*, B.C.S.C., Gould J., Vancouver Registry No. C770710, December 14, 1978, unreported; *Sloan v. Union Oil Co. of Canada* (1955), 16 W.W.R. 225 (B.C.S.C.); *Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.*, 194 N.E. 441 (1934); *Kern v. City of Long Beach*, 179 P.2d 799 (1947); *Police Pension and Relief Bd. of City and County of Denver v. Bills*, 366 P.2d 581 (1961); **referred to**: *London Export Corp. v. Jubilee Coffee Roasting Co.*, [1958] 2 All E.R. 411; *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146; *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233; *Cringle v. Northern Union Insurance Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 22; *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161; *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711; *Harvey Foods Ltd. v. Reed* (1971), 18 D.L.R. (3d) 90; *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300; *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, aff'g in part (1982), 37 O.R. (2d) 277; *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652; *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611; *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8, rev'd on other grounds (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (Ont. C.A.), leave denied, [1984] 1 S.C.R. xiii; *Perkins v. Brandon University and Potter* (1985), 35 Man. R. (2d) 177; *Abouna v. Foothills Provincial General Hospital Board (No. 2)* (1978), 83 D.L.R. (3d) 333; *McMinn v. Town of Oakville* (1978), 19 O.R. (2d) 366; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425; *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118; *Fogg v. McKnight*, [1968] N.Z.L.R. 330; *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*, [1976] 1 S.C.R. 776; *Warner v. Arsenault* (1982), 53 N.S.R. (2d) 146; *Meyer v. Gordon* (1981), 17 C.C.L.T. 1.

By Wilson J. (dissenting in part)

Not followed: *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966]

dévoué et consciencieux un comportement répréhensible et il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts examinés: *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, conf. (1965), 56 D.L.R. (2d) 117; **distinction d'avec les arrêts**: *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1973] 6 W.W.R. 551; *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.*, C.S.C.-B., le juge Gould, greffe de Vancouver nº C770710, 14 décembre 1978, inédit; *Sloan v. Union Oil Co. of Canada* (1955), 16 W.W.R. 225 (C.S.C.-B.); *Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.*, 194 N.E. 441 (1934); *Kern v. City of Long Beach*, 179 P.2d 799 (1947); *Police Pension and Relief Bd. of City and County of Denver v. Bills*, 366 P.2d 581 (1961); **arrêts mentionnés**: *London Export Corp. v. Jubilee Coffee Roasting Co.*, [1958] 2 All E.R. 411; *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146; *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233; *Cringle v. Northern Union Insurance Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 22; *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161; *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711; *Harvey Foods Ltd. v. Reed* (1971), 18 D.L.R. (3d) 90; *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300; *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, conf. en partie (1982), 37 O.R. (2d) 277; *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652; *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611; *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8, inf. pour d'autres motifs (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiii; *Perkins v. Brandon University and Potter* (1985), 35 Man. R. (2d) 177; *Abouna v. Foothills Provincial General Hospital Board (No. 2)* (1978), 83 D.L.R. (3d) 333; *McMinn v. Town of Oakville* (1978), 19 O.R. (2d) 366; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425; *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118; *Fogg v. McKnight*, [1968] N.Z.L.R. 330; *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; *H. L. Weiss Forwarding Ltd. c. Omnus*, [1976] 1 R.C.S. 776; *Warner c. Arsenault* (1982), 53 N.S.R. (2d) 146; *Meyer v. Gordon* (1981), 17 C.C.L.T. 1.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

Arrêts non suivis: *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*,

S.C.R. 673; **considered**: *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, aff'g in part (1982), 37 O.R. (2d) 277; **disapproved**: *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, [1987] I.C.R. 700; *Hayes and anor v. Dodds*, [1988] N.L.J. 259; **distinguished**: *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161; *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711; *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146; **referred to**: *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233; *Antonaros v. SNC Inc.* (1984), 6 C.C.E.L. 264; *Gordon v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co.* (1983), 47 N.B.R. (2d) 150; *Cormier v. Hostess Food Products Ltd.* (1984), 52 N.B.R. (2d) 288; *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652; *Lightburn v. Mid Island Consumer Services Co-operative* (1984), 4 C.C.E.L. 263; *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8, rev'd on other grounds (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (Ont. C.A.), leave denied, [1984] 1 S.C.R. xiii; *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor Ld.) v. Newman Industries Ld.*, [1949] 2 K.B. 528; *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350; *Newell v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.* (1976), 14 O.R. (2d) 752; *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Guildford v. Anglo-French Steamship Co.* (1883), 9 S.C.R. 303; *Cardinal Construction Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 575; *Dale Perusse Ltd. v. Kason* (1985), 6 C.P.C. (2d) 129; *Noranda Mines Ltd. v. Seaboard Surety Co.* (1985), 7 C.C.E.L. 227; *Centennial Centre of Science and Technology v. VS Services Ltd.* (1982), 40 O.R. (2d) 253; *Delmotte v. John Labatt Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 90; *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79; *Edwards v. Lawson Paper Converters Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 99; *New Brunswick Electric Power Commission v. IBEW, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364; *Makarchuk v. Midtransportation Services Ltd.* (1985), 6 C.C.E.L. 169; *Thom v. Goodhost Foods Ltd.* (1987), 17 C.C.E.L. 89; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425; *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*, [1976] 1 S.C.R. 776; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement on the Law of Contracts 2d.* St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1986.

Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.

[1966] R.C.S. 673; **arrêt examiné**: *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, conf. en partie (1982), 37 O.R. (2d) 277; **arrêts critiqués**: *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, [1987] I.C.R. 700; *Hayes and anor v. Dodds*, [1988] N.L.J. 259; **distinction d'avec les arrêts**: *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161; *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711; *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146; **arrêts mentionnés**: *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233; *Antonaros v. SNC Inc.* (1984), 6 C.C.E.L. 264; *Gordon v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co.* (1983), 47 N.B.R. (2d) 150; *Cormier v. Hostess Food Products Ltd.* (1984), 52 N.B.R. (2d) 288; *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652; *Lightburn v. Mid Island Consumer Services Co-operative* (1984), 4 C.C.E.L. 263; *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8, inf. pour d'autres motifs (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiii; *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor Ld.) v. Newman Industries Ld.*, [1949] 2 K.B. 528; *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350; *Newell v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.* (1976), 14 O.R. (2d) 752; *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Guildford v. Anglo-French Steamship Co.* (1883), 9 R.C.S. 303; *Cardinal Construction Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 575; *Dale Perusse Ltd. v. Kason* (1985), 6 C.P.C. (2d) 129; *Noranda Mines Ltd. v. Seaboard Surety Co.* (1985), 7 C.C.E.L. 227; *Centennial Centre of Science and Technology v. VS Services Ltd.* (1982), 40 O.R. (2d) 253; *Delmotte v. John Labatt Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 90; *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79; *Edwards v. Lawson Paper Converters Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 99; *New Brunswick Electric Power Commission v. IBEW, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364; *Makarchuk v. Midtransportation Services Ltd.* (1985), 6 C.C.E.L. 169; *Thom v. Goodhost Foods Ltd.* (1987), 17 C.C.E.L. 89; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425; *H. L. Weiss Forwarding Ltd. c. Omnus*, [1976] 1 R.C.S. 776; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement on the Law of Contracts 2d.* St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1986.

Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
Grosman, Brian A. and Stephen H. Marcus. "New Developments in Wrongful Dismissal Litigation" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 656.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 53 B.C.L.R. 63, 9 D.L.R. (4th) 40, allowing in part an appeal from a judgment of Macfarlane J. (1982), 134 D.L.R. (3d) 727, 17 B.L.R. 150. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ dissenting in part.

F. A. Schroeder, for the appellant.

Robert H. Guile, *Q.C.*, and *D. G. Cowper*, for the respondent.

The judgment of Beetz, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises questions concerning the amount and nature of damages which may be payable in an action for wrongful dismissal from employment. The appellant is a fifty-four year old solicitor who commenced employment as a junior solicitor in the respondent's legal department in September of 1973. His employment terminated on January 20, 1981. The respondent initially purported to dismiss for cause, that is, incompetence, but, as the trial judge determined, it had no cause for dismissal. The trial judge therefore found that the plaintiff was wrongfully dismissed and that he was entitled to damages. Upon his dismissal the appellant received salary until February 15, 1981, a period of about one month, and he was able to obtain new employment, but not as a lawyer, on September 15, 1981, some seven months since his last payment. At trial, it was agreed by counsel that damages should be assessed on the basis of a seven-month notice requirement, because the plaintiff was able to mitigate his loss by finding other employment at a similar salary by September 15, 1981.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
Grosman, Brian A. and Stephen H. Marcus. «New Developments in Wrongful Dismissal Litigation» (1982), 60 *R. du B. can.* 656.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 53 B.C.L.R. 63, 9 D.L.R. (4th) 40, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision du juge Macfarlane (1982), 134 D.L.R. (3d) 727, 17 B.L.R. 150. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes en partie.

F. A. Schroeder, pour l'appelant.

Robert H. Guile, *c.r.*, et *D. G. Cowper*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi soulève des questions relatives au montant et à la nature des dommages-intérêts payables en raison d'une action pour renvoi injustifié d'un employé. L'appelant est un avocat de cinquante-quatre ans qui a travaillé comme avocat débutant au contentieux de l'intimée en septembre 1973. Son emploi a pris fin le 20 janvier 1981. L'intimée a soutenu au départ avoir renvoyé l'appelant pour cause d'incompétence, mais comme en a décidé le juge de première instance, elle n'avait aucun motif de le renvoyer. Le juge de première instance a donc conclu que le renvoi du demandeur était injustifié et que celui-ci avait droit à des dommages-intérêts. Au moment de son congédiement, l'appelant a reçu son salaire jusqu'au 15 février 1981, c'est-à-dire pour une période d'un mois environ et il a pu se trouver un autre emploi, mais non comme avocat, le 15 septembre 1981, soit quelque sept mois après sa dernière paie. En première instance, les procureurs ont convenu que les dommages-intérêts devraient être fixés en fonction d'une exigence de préavis de sept mois parce que le demandeur avait été en mesure de réduire sa perte en se trouvant un autre emploi, le 15 septembre 1981, à un salaire comparable.

When the appellant commenced work with the respondent he was assured that in addition to his salary there would be benefits which would include a pension plan. The pension plan was established by the employer with effect from January 1, 1975. The appellant joined the plan at its inception with an effective service credit dating from his date of hiring. The plan had a ten-year vesting period, and pursuant to its terms both the appellant and respondent made contributions. On termination of the employment, the appellant received only his own contributions to the plan, plus interest, which amounted to $28,971.

In his reasons for judgment (reported at (1982), 134 D.L.R. (3d) 727), the trial judge awarded damages for wrongful dismissal but rejected certain other claims for lost pension rights, mental distress, and aggravated and punitive damages. In the Court of Appeal (reported at (1984), 9 D.L.R. (4th) 40), the appellant alleged error in the rejection of his claim for loss of pension rights; in rejection of his claim for six weeks' additional salary which had been paid to management employees for overtime work performed during a strike which occurred during the reasonable notice period; and in rejection of his claim for punitive or exemplary damages.

The Court of Appeal allowed the appeal in so far as it related to the six weeks' additional salary, but it unanimously dismissed the appellant's claim for mental distress. Hinkson and Craig JJ.A. disallowed the appellant's claim for punitive damages. On this question, however, although Anderson J.A. would have disallowed the appellant's claim for aggravated damages for mental distress, he would have allowed punitive damages in the amount of $5,000 because of the conduct of one Reid in terminating the employment contract. In the result, the judgment at trial was affirmed in the Court of Appeal though the appellant was awarded, in addition to the damages awarded at trial, the sum of $4,308 as compensation for the loss of overtime salary he would have earned during the

Quand l'appelant est entré au service de l'intimée, on l'a assuré qu'il recevrait, outre son salaire, des avantages sociaux comprenant notamment un régime de retraite. Le régime de retraite, établi par l'employeur, est entré en vigueur le 1er janvier 1975. L'appelant a adhéré à ce régime dès sa mise en vigueur et ses crédits de service ont été compilés à partir de sa date réelle d'embauche. Le régime prévoyait l'acquisition de droits à une pension après dix ans. L'appelant et l'intimée versèrent chacun les cotisations prévues. À la cessation de son emploi, l'appelant n'a touché que ses propres cotisations au régime de retraite, plus les intérêts, soit la somme de 28 971 $.

Dans ses motifs de jugement (publiés à (1982), 134 D.L.R. (3d) 727), le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts pour renvoi injustifié, mais il a rejeté certaines autres demandes relatives au préjudice moral subi et à la perte de droits à une pension, de même qu'une demande de dommages-intérêts majorés et punitifs. En Cour d'appel (publié à (1984), 9 D.L.R. (4th) 40), l'appelant a allégué que le rejet de sa demande pour la perte de droits de pension constituait une erreur et qu'il en était de même du rejet de sa demande visant à obtenir les six semaines de traitement additionnel que les cadres avaient reçu en raison du temps supplémentaire fait à l'occasion d'une grève survenue pendant la période de préavis raisonnable, et du rejet de sa demande de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'égard des six semaines de traitement additionnel, mais elle a rejeté à l'unanimité la demande de l'appelant relative au préjudice moral. Les juges Hinkson et Craig ont rejeté la demande de l'appelant relative aux dommages-intérêts punitifs. Sur ce point toutefois, même si le juge Anderson aurait rejeté la demande de l'appelant relative aux dommages-intérêts majorés pour préjudice moral, il aurait accordé des dommages-intérêts punitifs de 5 000 $ en raison de la façon dont un nommé Reid s'était comporté en mettant fin au contrat de travail. En définitive, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, mais l'appelant s'est vu accorder, outre les dommages-intérêts obtenus en première instance, la somme de 4 308 $, au titre

strike if his employment had continued into the strike period.

In this Court, the appellant raised only two issues. He asserted error in the Court of Appeal in dismissing the appellant's claim for lost pension rights. He also argued that the court was in error in denying his claim for punitive damages. Damages for mental distress, properly characterized as aggravated damages, were not claimed in this Court as a separate head but it was argued that they were included in the general concept of punitive damages.

Pension Rights

As earlier stated, the respondent had established a pension plan for its employees. The appellant joined the plan and agreed to be bound by its terms and conditions. The plan provided for contributions from both employer and employee and provided a vesting period of ten years. The appellant was not in the employment for the required ten-year period, having been employed in September, 1973 and dismissed in January, 1981, nor did the period of reasonable notice, which was agreed at trial to extend to September, 1981, add sufficient time to create a vesting in the appellant.

Section 6 of the retirement plan deals with the general topic of benefits. Clauses 7(a) and (b) deal with termination of service and are in these terms:

(7) *Termination of Service*

(a) *Refund of Contributions*

If, prior to attaining ten years of Pensionable Service, such service is terminated for any reason other than retirement or death, a Member's contributions will be refunded with interest to the date of termination.

(b) *Vesting of Benefits*

If a terminating Member has ten or more Years of Pensionable Service, the Member's required contributions will not be refundable, except in the event of death, and the terminating Member will receive, commencing at retirement date, monthly payments based on the amount of pension earned

de la prime de surtemps que l'appelant aurait touchée pendant la grève s'il avait conservé son emploi pendant cette période.

En cette Cour, l'appelant soulève deux questions seulement. Il allègue que la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant sa demande relative à la perte de droits à une pension. Il soutient aussi que la cour a eu tort de ne pas lui accorder de dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts pour préjudice moral, qui peuvent être qualifiés à juste titre de dommages-intérêts majorés, n'ont pas fait l'objet d'une demande distincte en cette Cour, mais on a soutenu qu'ils étaient compris dans la notion générale de dommages-intérêts punitifs.

Les droits à une pension

Comme je l'ai déjà mentionné, l'intimée a établi un régime de retraite pour ses employés. L'appelant a adhéré à ce régime et a accepté d'être soumis à ses modalités. Le régime prévoit le versement de cotisations à la fois par l'employeur et l'employé et l'acquisition de droits à une pension après dix ans. L'appelant n'a pas été employé pendant les dix ans nécessaires puisqu'il a été embauché en septembre 1973 et renvoyé en janvier 1981, et la période de préavis raisonnable, qu'on a convenu au procès de proroger jusqu'à septembre 1981, n'est pas suffisante pour conférer des droits acquis à l'appelant.

L'article 6 du régime de retraite porte sur le sujet global des avantages. Les alinéas 7a) et b) traitent de la cessation d'emploi et sont ainsi conçus:

[TRADUCTION] (7) *Cessation d'emploi*

a) *Remboursement des cotisations*

Si, avant d'avoir complété dix années de services validables, un adhérent cesse d'être employé pour quelque motif autre que la retraite ou le décès, ses cotisations lui seront remboursées avec intérêts jusqu'à la date de cessation de son emploi.

b) *Attribution d'avantages*

Si un adhérent cesse d'être employé après dix ans ou plus de services validables, les cotisations demandées ne seront pas remboursables, sauf en cas de décès, mais il recevra, à compter de la date où il prendra sa retraite, des prestations mensuelles établies en fonction de la pension cumulée en

under the Plan, plus any pension that may be provided, at the option of the Former Member, in respect of any voluntary additional contributions made, with interest.

The trial judge dealt with a pension claim in these words, at pp. 731-32:

The plaintiff contends that a term should be implied in his contract of employment that, in the absence of dismissal for cause, the right of the employee to his pension cannot be terminated by the unilateral action of the employer. I do not think that argument can succeed in the face of the specific provisions respecting termination of service and vesting contained in cls. 7(a) and (b) above. The plaintiff accepted those terms. They are clear and unambiguous, and in my view they settle the question. *Ashford et al. v. Laing Construction & Equipment Ltd.* (C770710 Vancouver Registry, December 14, 1978, Gould J.) was quite a different case. There, the contract provided options if a "member leaves the service of the Company before pension is payable". It also provided a formula for sharing the contributions made by the company when a "member withdraws after 11 years of service". The contract was silent with respect to the event which did occur, namely, a complete shutdown of the plant. Here the contract clearly covers the situation which has arisen. Another case cited by counsel for the plaintiff was *Gillespie et al. v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 586, [1973] 6 W.W.R. 551 (affirmed 50 D.L.R. (3d) 316, [1975] 1 W.W.R. 607). In that case the right under an agreement would have vested within the period of reasonable notice and the employee was found to be entitled to the benefits of the agreement when his employment had been wrongfully terminated prior to the vesting. Here, the plaintiff was discharged two years and seven months before the time for vesting, when reasonable notice could not have exceeded one year. It is contended here that the plaintiff had a right to a pension and that the defendant could not unilaterally deprive him of that right. But the right which the plaintiff had, by agreement, was to a pension if his service to the company exceeded 10 years. "If, prior to attaining ten years of Pensionable Service, such service is terminated *for any reason* other than retirement or death" his right was to have a refund of his contributions with interest to the date of termination. To accommodate the argument of counsel for the plaintiff I would have to construe the words "for any reason" as meaning "for cause", and reword the clause excluding the words "other than retirement or by death". Such an interpretation is not

vertu du régime, plus toute autre pension que le plan peut prévoir, en raison de cotisations supplémentaires que l'ancien adhérent peut avoir versées volontairement, plus les intérêts.

Le juge de première instance a dit ceci au sujet de la demande relative à la pension, aux pp. 731 et 732:

[TRADUCTION] Le demandeur soutient que son contrat de travail comporte la condition implicite selon laquelle, en l'absence de renvoi motivé, l'employeur ne peut mettre fin unilatéralement au droit de l'employé à une pension. Je ne crois que ce moyen soit fondé étant donné les dispositions précises relatives à la cessation d'emploi et à l'acquisition du droit à une pension contenues aux al. 7a) et b) ci-dessus. Le demandeur a accepté ces conditions. Ce sont des conditions claires et précises et, à mon avis, elles tranchent la question. L'affaire *Ashford et al. v. Laing Construction & Equipment Ltd.* (greffe de Vancouver n° C770710, 14 décembre 1978, le juge Gould) est tout à fait différente. Dans cette affaire, le contrat offrait différentes possibilités de choix si un «employé cesse de travailler pour la compagnie avant d'avoir droit à une pension». Ce contrat établissait de plus une formule de partage des cotisations versées par la compagnie si «un cotisant se retire après plus de onze ans de service». Le contrat ne prévoyait rien au sujet de la situation qui s'est présentée, c'est-à-dire la fermeture complète de l'usine. En l'espèce, le contrat vise nettement la situation qui s'est présentée. L'avocat du demandeur a également cité l'affaire *Gillespie et al. v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 586, [1973] 6 W.W.R. 551 (confirmé par 50 D.L.R. (3d) 316, [1975] 1 W.W.R. 607). Dans cette affaire, le droit à la pension aurait été acquis pendant la période de préavis raisonnable et on a conclu que l'employé avait droit aux avantages du contrat quand il a été renvoyé sans justification avant l'acquisition du droit à la pension. En l'espèce, le demandeur a été congédié deux ans et sept mois avant l'acquisition du droit à une pension, alors que le délai raisonnable de préavis n'aurait pu dépasser un an. On fait valoir ici que le demandeur avait droit à une pension et que la défenderesse ne pouvait le priver unilatéralement de ce droit. Toutefois, en vertu du contrat, le demandeur avait droit à une pension s'il avait plus de dix ans de service auprès de la société. «Si, avant d'avoir complété dix années de service validables, un adhérent cesse d'être employé, *pour quelque motif* autre que la retraite ou le décès», il avait droit au remboursement de ses cotisations, avec intérêts jusqu'à la date de cessation de son emploi. Pour faire droit à l'argument de l'avocat du demandeur, je devrais inter-

justified. The plaintiff's contention must fail. [Emphasis in original.]

This view of the matter was accepted in the Court of Appeal. Hinkson J.A., speaking for the court on the pension issue, agreed that in light of the express provisions of the pension plan it was not possible to imply a term in the contract of employment, that the employer could not prevent the plaintiff from achieving a vested pension except by termination for cause. He disposed of the point with these words, at p. 43:

> In addition to the authorities cited to the trial judge, on the appeal the plaintiff relied upon the decision in *Acklam v. Sentinel Ins. Co., Ltd.*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 683. Each of these decisions turns upon the terms of the particular pension plan. For that reason each of them is distinguishable. In my opinion the trial judge was correct in concluding that it was not possible to imply the term urged by the plaintiff because it would be contrary to the express provisions of the pension plan.

The appellant's argument under this head of the case is that, having in view the largely unwritten contract of employment, which is relatively fluid in nature and may alter in detail from time to time during the course of employment, a term should be implied to the effect that in the absence of a dismissal for cause the right of the employee to his pension cannot be terminated by unilateral action of the employer. Put against that argument is the fact that the express provisions of the pension agreement, *supra*, provide for the very events which occurred in the case at bar: a termination of employment for a reason other than retirement or death which would result only in a return to the member of his contributions with interest. The employment was terminated, it was pointed out by the respondent, two years and seven months before the time of vesting, and the vesting would not have occurred within the reasonable notice period.

préter les mots «pour quelque motif» comme s'ils signifiaient «pour un motif valable» et reformuler la phrase en y retranchant les mots «autre que la retraite ou le décès». Une telle interprétation n'est pas justifiée. L'argument du demandeur doit échouer. [Italiques dans l'original.]

La Cour d'appel a accepté cette perception de la question. Quant au droit à une pension, le juge Hinkson a, au nom de la cour, reconnu que compte tenu des dispositions expresses du régime de retraite, il n'était pas possible de considérer que le contrat de travail contenait une condition implicite selon laquelle l'employeur ne pouvait pas empêcher le demandeur d'acquérir le droit à une pension, sauf en le congédiant pour un motif valable. Il règle ce point de la façon suivante, à la p. 43:

> [TRADUCTION] En plus des précédents cités au juge de première instance, le demandeur a, lors de l'appel, invoqué la décision *Acklam v. Sentinel Ins. Co., Ltd.*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 683. Chacune de ces décisions dépend des conditions du régime de retraite particulier. Pour ce motif, chacune de ces décisions se distingue de l'espèce. À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il était impossible de suppléer la condition implicite invoquée par l'appelant parce qu'elle serait contraire aux dispositions expresses du régime de retraite.

Selon ce moyen d'appel, l'appelant soutient que, compte tenu du contrat de travail en grande partie verbal, qui est relativement changeant par nature et qui peut effectivement changer à l'occasion en cours d'emploi, il faut considérer qu'il y a une condition implicite selon laquelle, en l'absence de renvoi motivé, l'employeur ne peut mettre fin unilatéralement au droit de l'employé à une pension. Face à cet argument, il y a le fait que les dispositions expresses de la convention relative au régime de retraite, précitée, prévoient les événements précis qui se sont produits en l'espèce, savoir la cessation d'emploi pour un motif autre que la retraite ou le décès, qui donnerait seulement lieu au remboursement à l'adhérent de ses cotisations, avec intérêts. L'intimée a souligné que l'emploi a pris fin deux ans et sept mois avant l'acquisition du droit à une pension et que l'acquisition de ce droit ne se serait pas produite pendant la période de préavis raisonnable.

The appellant argued that the implied term would preclude the employer from frustrating the pension right by a wrongful dismissal prior to the acquisition of a vested right by the employee. Reliance for this argument was placed upon *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1973] 6 W.W.R. 551 (B.C.S.C.), *per* Berger J. In that case, the employer agreed to repurchase from the employee a company home if the plaintiff occupied it for twelve months prior to giving his notice to repurchase. The employee was wrongfully dismissed eight months after occupation of the home. It was held at trial that the employee was entitled to twelve months' notice of termination and, had he been given proper notice, he would have completed twelve months of occupation and become entitled to the benefit under the repurchase agreement. The *Gillespie* case illustrates the respondent's point that the appellant in this type of case is not entitled to be compensated by his employer for all losses that flow from a termination of a contract of employment but only those which arise from a failure to give reasonable notice of termination.

Other cases were cited where courts found implied terms which supported claims for wrongful dismissal. They include *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.* (see B.C.S.C., Gould J., Vancouver Registry No. C770710, December 14, 1978, unreported) where the event giving rise to the pension claim—an abandonment of the employer's operations—was neither contemplated by the parties nor provided for in the pension agreement. In the absence of any provision to the contrary the employer's pension contribution was awarded to the employee. The situation at bar, however, is not one in which a term must be implied to cover a situation not within the contemplation of the parties, but rather one where the parties made specific provision for the events which occurred. The appellant cited further cases such as *Sloan v. Union Oil Co. of Canada* (1955), 16 W.W.R. 225 (B.C.S.C.), *Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.*, 194 N.E. 441 (1934) (Ohio C.A.), *Kern v. City of Long Beach*, 179 P.2d 799 (1947),

L'appelant a soutenu que la condition implicite empêchait l'employeur de priver l'employé du droit à la pension en le renvoyant sans justification avant que celui-ci n'ait un droit acquis en la matière. Cet argument se fonde sur la décision du juge Berger dans l'affaire *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1973] 6 W.W.R. 551 (C.S.C.-B.) Dans cette affaire, l'employeur avait convenu de racheter à l'employé une maison vendue par la compagnie si le demandeur l'avait occupée pendant plus de douze mois avant de donner un préavis de rachat. L'employé avait été congédié sans justification après huit mois d'occupation de la maison. En première instance, on a conclu que l'employé avait droit à un préavis de cessation d'emploi de douze mois et que, s'il avait reçu le préavis requis, il aurait occupé la maison pendant douze mois et aurait eu droit alors à l'avantage prévu à la convention de rachat. La décision *Gillespie* illustre la prétention de l'intimée selon laquelle l'appelant, dans un cas comme celui-ci, a le droit d'être indemnisé par l'employeur non pas de toutes les pertes qui découlent de la résiliation de son contrat de travail, mais seulement de celles qui découlent de l'omission de donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

On a cité d'autres décisions où les tribunaux ont conclu à l'existence de conditions implicites qui appuyaient des demandes fondées sur un renvoi injustifié. Parmi celles-ci, il y a la décision *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.* (voir C.S.C.-B., le juge Gould, greffe de Vancouver nº C770710, 14 décembre 1978, inédite), dans laquelle l'événement qui a donné lieu à la demande de pension, soit la cessation des opérations de l'employeur, n'avait été ni envisagé par les parties, ni prévu dans la convention relative au régime de retraite. Faute de disposition contraire, les cotisations de l'employeur au régime de retraite ont été accordées à l'employé. En l'espèce cependant, il n'est pas nécessaire de considérer qu'il y a une condition implicite visant une situation que les parties n'ont pas envisagée; il s'agit plutôt d'un cas où les parties ont expressément prévu les événements qui se sont produits. L'appelant a cité d'autres décisions telles que *Sloan v. Union Oil Co. of Canada* (1955), 16 W.W.R. 225 (C.S.C.-B.),

and *Police Pension and Relief Bd. of City and County of Denver v. Bills*, 366 P.2d 581 (1961).

I agree with the submission of the respondent that none of these cases deals with the question raised before us. Certain of these cases will be applicable where the interests of the employer are not defined or where governmental authority intervenes and purports to repeal by legislation the basis of an existing right (*Kern v. City of Long Beach*, *supra*). Some American cases have implied vesting where there were no express terms concerning the question (*Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.*, *supra*). These cases are consistent with *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.*, *supra*. None of these cases, however, affords authority for the proposition that a right may be implied to a pension entitlement on dismissal where express provision has been made in the contract of employment to cover the events which have occurred.

The law has long been settled that in assessing damages for wrongful dismissal the principal consideration is the notice given for the dismissal. A contract of employment does not in law have an indefinite existence. It may be terminated by either employer or employee and no wrong in law is done by the termination itself. An employee who is dismissed is entitled to the notice agreed upon in the employment contract or, where no notice period is specified in the contract, to reasonable notice. He is entitled in the alternative in the absence of due notice to payment of remuneration for the notice period. The significance of notice is illustrated by reference to *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, *supra*, where vesting of an interest in the plan would have occurred before expiry of the notice period. In this case the employee succeeded. The case at bar is different. Even if due notice had been given, the appellant would not have acquired a vested interest during the notice period and, since specific provision had been made in the pension agreement, the appel-

Wilson v. Rudolph Werlitzer Co., 194 N.E. 441 (1934) (C.A. Ohio), *Kern v. City of Long Beach*, 179 P.2d 799 (1947), et *Police Pension and Relief Bd. of City and County of Denver v. Bills*, 366 P.2d 581 (1961).

J'accepte l'argument de l'intimée selon lequel aucune de ces décisions ne porte sur la question qui nous est soumise. Certaines s'appliqueront si les droits de l'employeur ne sont pas précisés ou si une autorité gouvernementale intervient et tente de supprimer par voie législative le fondement d'un droit existant (*Kern v. City of Long Beach*, précitée). Dans certaines décisions américaines, on a considéré qu'il y avait acquisition implicite du droit à une pension en l'absence d'une disposition expresse à ce sujet (*Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.*, précitée). Ces décisions sont compatibles avec la décision *Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.*, précitée. Cependant, aucune de ces décisions ne permet de conclure qu'il est possible de considérer qu'il y a un droit implicite à l'acquisition d'une pension à l'occasion d'un renvoi quand le contrat de travail comporte des dispositions expresses qui visent les événements qui sont survenus.

Il est établi depuis longtemps en droit que pour évaluer les dommages-intérêts à accorder pour renvoi injustifié, il faut tenir compte principalement du préavis donné concernant ce renvoi. En droit, un contrat de travail n'est pas perpétuel. L'employeur ou l'employé peut y mettre fin et la résiliation même du contrat ne constitue pas un acte fautif en droit. Un employé renvoyé a droit au préavis convenu dans son contrat de travail ou, si aucune période de préavis n'est spécifiée au contrat, à un préavis raisonnable. Il a droit subsidiairement, à défaut de préavis raisonnable, au paiement de sa rémunération pendant la période de préavis. L'importance du préavis ressort de l'affaire *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, précitée, où l'acquisition du droit à la pension aurait eu lieu avant l'expiration du délai de préavis. Dans cette affaire, l'employé a eu gain de cause. La présente affaire est différente. Même si on avait donné le préavis requis, l'appelant n'aurait pas acquis de droit à la pension pendant le délai de préavis et, puisque la convention relative au régime

lant's claim must fail. Whatever may be implied in a case of ambiguity or absence of a provision, no term may be implied in a contract which is contrary to the clearly expressed intention of the parties: see *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), at p. 460, and *London Export Corp. v. Jubilee Coffee Roasting Co.*, [1958] 2 All E.R. 411, at pp. 417-18, *per* Jenkins L.J.

de retraite comporte des dispositions précises, la demande de l'appelant doit échouer. Quelle que soit la disposition tacite à l'existence de laquelle on peut conclure en cas d'ambiguïté ou d'absence de disposition expresse, il n'est pas possible de considérer qu'il y a dans un contrat une condition implicite contraire à l'intention exprimée clairement par les parties: voir *Chitty on Contracts* (25e éd. 1983), à la p. 460, et *London Export Corp. v. Jubilee Coffee Roasting Co.*, [1958] 2 All E.R. 411, aux p. 417 et 418, le lord juge Jenkins.

Aggravated Damages

In his statement of claim, the appellant advanced a claim for mental distress as the result of the termination of his contract of employment in these terms:

> The plaintiff makes a claim for mental distress, anxiety, vexation and frustration suffered by the plaintiff as a result of the termination of his contract of employment by the defendant.

Later, in the prayer for relief, in addition to asserting claims for general and special damages for breach of contract, he claimed punitive damages. In pursuit of his claim for mental distress, the appellant argued at trial that the offensive and unjustifiable conduct of Reid, a superior in his employment, was such that it caused great mental distress, anxiety, vexation and frustration as alleged in the pleadings, and in support of his claim he cited several cases. The trial judge reviewed the authorities, including *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146 (B.C.S.C.), where union members wrongfully dismissed from the Union were awarded damages of $500 for loss of social prestige and humiliation; *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233 (C.A.), where a breach of contract by a travel agent caused the loss of a holiday with attendant distress, upset and frustration; *Cringle v. Northern Union Insurance Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 22, where Ruttan J., of the British Columbia Supreme Court, recognized that damages could be awarded for mental distress in an action in contract, citing *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161 (Q.B.), and *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711 (H.C.), but suggested that in

Les dommages-intérêts majorés

Dans sa déclaration, l'appelant présente une réclamation pour préjudice moral causé par la résiliation de son contrat de travail:

> [TRADUCTION] Le demandeur présente une réclamation en raison du préjudice moral, de l'anxiété, de l'humiliation et de la frustration que lui a causé la résiliation de son contrat de travail par la défenderesse.

Plus loin, dans sa demande de réparation, en plus de réclamer des dommages-intérêts généraux et spéciaux pour violation de contrat, il demande des dommages-intérêts punitifs. En faisant sa demande relative au préjudice moral, le demandeur a soutenu, en première instance, que le comportement grossier et injustifiable d'un supérieur nommé Reid lui a causé beaucoup de préjudice moral, d'anxiété, d'humiliation et de frustration tel qu'allégué dans les actes de procédure. Pour justifier sa demande, il a invoqué plusieurs décisions. Le juge de première instance a examiné la jurisprudence, notamment la décision *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146 (C.S.C.-B.), où des syndiqués expulsés sans justification du syndicat ont obtenu 500 $ de dommages-intérêts pour la perte de prestige et l'humiliation subies; voir l'affaire *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233 (C.A.), où la violation d'un contrat par un agent de voyages a causé l'annulation de vacances et les tracas, la déception et la frustration qui s'ensuivent; l'affaire *Cringle v. Northern Union Insurance Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 22, où le juge Ruttan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a reconnu qu'il était possible d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral dans une action fondée sur un contrat,

such cases actual damage should be shown. The trial judge, at pp. 734-35, reached the conclusion upon a consideration of those and other authorities that "The rule expressed in *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* as restated in Canada in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper* (1966), 58 D.L.R. (2d) 1 at p. 10, [1966] S.C.R. 673, 56 W.W.R. 641 (S.C.C.), and in *Harvey Foods Ltd. v. Reed* (1971), 18 D.L.R. (3d) 90, at pp. 93-94, 3 N.B.R. (2d) 444 (N.B.C.A.), is unaffected by those decisions."

He, accordingly, refused the general damage claim for aggravated damages for mental distress, and in this he was supported by the Court of Appeal. The trial judge sought to distinguish between damages for mental distress which, as will be explained below, would include cases properly classified as aggravated damages, and punitive or exemplary damages. In respect of punitive damages, he said at p. 735: "If exemplary damages could be awarded in a wrongful dismissal case I would award them here." On his interpretation of *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), and *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, he held that the sole measure of damages for wrongful dismissal was the salary which the plaintiff was entitled to during the period of reasonable notice. Therefore, he awarded neither aggravated nor punitive damages.

Before dealing with the question of punitive damages, it will be well to make clear the distinction between punitive and aggravated damages, for in the argument before us and in some of the materials filed there appeared some confusion as to the distinction. Punitive damages, as the name would indicate, are designed to punish. In this, they constitute an exception to the general

citant les décisions *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161 (B.R.), et *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711 (H.C.), mais il a laissé entendre que dans ces cas il faut faire la preuve du préjudice subi. Aux pages 734 et 735, le juge de première instance est arrivé à la conclusion, après avoir examiné cette jurisprudence et d'autres décisions, que [TRADUCTION] «Ces décisions ne modifient pas la règle énoncée dans l'arrêt *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* et réitérée au Canada dans les arrêts *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper* (1966), 58 D.L.R. (2d) 1 à la p. 10, [1966] R.C.S. 673, 56 W.W.R. 641 (C.S.C.), et *Harvey Foods Ltd. v. Reed* (1971), 18 D.L.R. (3d) 90, aux pp. 93 et 94, 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.N.-B.)»

En conséquence, il a rejeté la demande générale de dommages-intérêts relativement aux dommages-intérêts majorés pour préjudice moral, et sa décision a été appuyée par la Cour d'appel. Le juge de première instance a voulu faire une distinction entre les dommages-intérêts pour préjudice moral qui, comme nous l'expliquerons plus loin, engloberaient ce qui peut être qualifié à juste titre de dommages-intérêts majorés, et les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Au sujet des dommages-intérêts punitifs, il dit à la p. 735: [TRADUCTION] «Si des dommages-intérêts exemplaires pouvaient être accordés pour un renvoi injustifié, je les accorderais.» Selon son interprétation des arrêts *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), et *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, il a conclu que les seuls dommages-intérêts pouvant être accordés pour renvoi injustifié étaient la rémunération à laquelle le demandeur avait droit pendant la période de préavis raisonnable. En conséquence il a refusé d'accorder des dommages-intérêts majorés ou punitifs.

Avant d'aborder la question des dommages-intérêts punitifs, nous ferions bien d'éclaircir la distinction entre les dommages-intérêts punitifs et les dommages-intérêts majorés, parce que dans l'argumentation qui nous a été soumise et dans certaines pièces produites il paraît y avoir une certaine confusion à ce sujet. Les dommages-intérêts punitifs, comme leur nom l'indique, visent à punir. À

common law rule that damages are designed to compensate the injured, not to punish the wrongdoer. Aggravated damages will frequently cover conduct which could also be the subject of punitive damages, but the role of aggravated damages remains compensatory. The distinction is clearly set out in Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1983), at p. 562, para. 979, in these words:

> An exception exists to the general rule that damages are compensatory. This is the case of an award made for the purpose, not of compensating the plaintiff, but of punishing the defendant. Such awards have been called exemplary, vindictive, penal, punitive, aggravated and retributory, but the expressions in common modern use to describe damages going beyond compensatory are exemplary and punitive damages. "Exemplary" was preferred by the House of Lords in *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, but "punitive" has also been used in many Canadian courts including the Supreme Court of Canada in *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*. The expression "aggravated damages", though it has sometimes been used interchangeably with punitive or exemplary damages, has more frequently in recent times been contrasted with exemplary damages. In this contrasting sense, aggravated damages describes an award that aims at compensation, but takes full account of the intangible injuries, such as distress and humiliation, that may have been caused by the defendant's insulting behaviour. The expressions vindictive, penal and retributory have dropped out of common use.

Aggravated damages are awarded to compensate for aggravated damage. As explained by Waddams, they take account of intangible injuries and by definition will generally augment damages assessed under the general rules relating to the assessment of damages. Aggravated damages are compensatory in nature and may only be awarded for that purpose. Punitive damages, on the other hand, are punitive in nature and may only be employed in circumstances where the conduct giving the cause for complaint is of such nature that it merits punishment.

ce titre, ils constituent une exception à la règle générale de *common law* selon laquelle les dommages-intérêts visent à indemniser la personne lésée et non à punir l'auteur du méfait. Les dommages-intérêts majorés s'appliquent souvent à une conduite qui aurait pu donner lieu à des dommages-intérêts punitifs, mais les dommages-intérêts majorés demeurent indemnitaires. La distinction est nettement exprimée dans l'ouvrage de Waddams intitulé *The Law of Damages* (2e éd. 1983), à la p. 562, par. 979:

> [TRADUCTION] Il existe une exception à la règle générale selon laquelle les dommages-intérêts sont indemnitaires. Il s'agit de l'attribution de dommages-intérêts dans le but, non pas d'indemniser le demandeur, mais de punir le défendeur. De tels dommages-intérêts ont été qualifiés d'exemplaires, de vindicatifs, de pénaux, de punitifs, de majorés et de vengeurs, mais les expressions qui sont aujourd'hui communément utilisées pour décrire les dommages-intérêts qui vont plus loin que la simple indemnisation sont celles de dommages-intérêts exemplaires et punitifs. La Chambre des lords a préféré le mot «exemplaires» dans l'arrêt *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, mais un bon nombre de tribunaux canadiens ont utilisé le mot «punitifs», notamment la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*. Bien que l'expression «dommages-intérêts majorés» ait parfois été utilisée pour décrire des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, elle a plus souvent dernièrement été utilisé par opposition à l'expression dommages-intérêts exemplaires. Dans ce sens distinct, les dommages-intérêts majorés désignent des dommages-intérêts qui visent à indemniser, mais qui tiennent compte pleinement du préjudice moral, comme l'anxiété et l'humiliation, que le comportement injurieux du défendeur a pu causer. Les mots vindicatifs, pénaux et vengeurs n'ont plus cours.

Les dommages-intérêts majorés sont accordés pour indemniser d'un préjudice aggravé. Comme l'explique Waddams, ils tiennent compte du préjudice moral et, par définition, ils ont généralement pour effet d'augmenter les dommages-intérêts calculés en vertu des règles générales relatives à l'évaluation du préjudice. Les dommages-intérêts majorés sont de nature indemnitaire et ils ne peuvent être accordés qu'à cette fin. Les dommages-intérêts punitifs, par contre, sont de nature punitive et ils ne peuvent servir qu'au cas où le comportement qui justifie la demande est tel qu'il mérite d'être puni.

The issue which is faced by this Court is whether punitive damages may be awarded by the Court in an action for breach of contract, based on wrongful dismissal of an employee, and, if so, whether the circumstances of this case would merit such an award. Also, before the Court is a similar question with respect to aggravated damages. This question was not shown in the appellant's factum as a question in issue but much of the argument and many of the cases cited concerned the question, presumably on the theory that aggravated damages were included in the concept of punitive damages, and for that reason this issue will be addressed first.

Consideration of a claim for damages as a result of unlawful dismissal from employment usually commences with *Addis v. Gramophone Co.*, *supra*, and *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, *supra*. In *Addis*, the plaintiff was held to have been wrongfully dismissed from his employment with the defendant. The contract of employment provided that he could be dismissed on six months' notice. The employer gave him the appropriate notice, but at once appointed his successor and effectively prevented him from performing his duties and earning his full remuneration during the notice period. The manner in which his dismissal was brought about was injurious to his business reputation and caused significant distress. He brought action for wrongful dismissal. The jury found that he had been wrongfully dismissed and fixed damages at six hundred pounds for wrongful dismissal and three hundred and forty pounds for lost commissions in the period of notice. The damages of six hundred pounds greatly exceeded the salary which would have been payable to him in the notice period. On the appeal, the question was whether the jury could in law award the plaintiff such damages over and above the salary he would have earned had he been permitted to work during the six-month notice period. The majority of the House of Lords determined that the jury could not award more than salary lost during the notice period. This case has long stood as an authority for the proposition that in a case of wrongful dismissal damages are limited to the earnings lost during the

La question à laquelle cette Cour doit répondre est de savoir si elle peut accorder des dommages-intérêts punitifs dans une action pour violation de contrat en raison du renvoi injustifié d'un employé, et, dans l'affirmative, si les circonstances de l'espèce justifient l'attribution de tels dommages-intérêts. La Cour doit aussi répondre à la même question à l'égard des dommages-intérêts majorés. Dans le mémoire de l'appelant, cette dernière question n'est pas présentée comme un point en litige, mais une grande partie de l'argumentation et de la jurisprudence citée portent sur cette question, probablement parce qu'on a considéré que les dommages-intérêts majorés étaient inclus dans le concept des dommages-intérêts punitifs. Pour cette raison, cette question sera traitée la première.

L'examen d'une demande de dommages-intérêts pour renvoi injustifié d'un employé commence ordinairement par l'étude des arrêts *Addis v. Gramophone Co.*, et *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, précités. Dans l'arrêt *Addis*, on a conclu que le demandeur avait été congédié sans justification par la défenderesse. Le contrat de travail prévoyait qu'il pouvait être remercié de ses services moyennant un préavis de six mois. L'employeur lui a donné le préavis requis, mais il a désigné son successeur immédiatement et l'a empêché, à toute fin utile, d'exécuter ses fonctions et de gagner son plein salaire pendant le délai de préavis. La façon dont le renvoi avait été provoqué avait nui à la bonne réputation commerciale de l'employé et lui avait causé beaucoup d'anxiété. Il a intenté une action pour renvoi injustifié. Le jury a conclu qu'il avait été renvoyé sans justification et a fixé les dommages-intérêts à six cents livres pour renvoi injustifié et à trois cent quarante livres pour perte de commissions pendant la période de préavis. Les dommages-intérêts de six cents livres dépassaient largement le salaire qui lui aurait été payable pendant la période de préavis. La question soumise en appel était de savoir si le jury pouvait, en droit, accorder au demandeur un montant de dommages-intérêts plus élevé que le salaire qu'il aurait touché s'il avait eu la possibilité de travailler pendant les six mois de préavis. La Chambre des lords à la majorité a décidé que le jury ne pouvait accorder plus que le salaire perdu pendant la période de préavis. Cet arrêt a longtemps été

period of notice to which the employee is entitled and cannot include damages for the manner of dismissal, for injured feelings, or for loss sustained from the fact that the dismissal makes it more difficult for the plaintiff to obtain other employment. In the *Peso Silver Mines* case, *supra*, a decision of this Court, a director of a corporation was wrongfully dismissed. In dismissing him, the corporation made unsubstantiated charges against him which impaired his reputation in the mining community. He brought action for wrongful dismissal and claimed, in addition to lost salary, damages for injury to his reputation. Damages were awarded at trial on this second heading. In the British Columbia Court of Appeal (1965), 56 D.L.R. (2d) 117, Bull J.A., speaking for the majority, disallowed the award of damages as it related to damage for loss of reputation with these words at p. 161:

As to the quantum awarded, I consider, with respect, that the learned trial Judge erred in two particulars. First, he increased the damages to $10,000 (9¼ months' salary) from $6,500 (6 months' salary) which he said he would have awarded had it not been for damage to the respondent's reputation among mining men. There is no evidence of such damage to reputation, and, in any event, I do not consider this that type of contract of employment which involves any collateral or implied agreement the breach of which justifies the awarding of damages for loss of reputation . . . .

On the appeal to this Court, Cartwright J. (as he then was) speaking for the full Court, said at p. 684:

I agree with Bull J.A. that the claim being founded on breach of contract the damages cannot be increased by reason of the circumstances of dismissal whether in respect of the respondent's wounded feelings or the prejudicial effect upon his reputation and chances of finding other employment. I am also in agreement with Bull J.A. that in view of the respondent's evidence that

invoqué pour justifier la proposition selon laquelle les dommages-intérêts pour renvoi injustifié sont limités au salaire perdu pendant la période de préavis et auquel l'employé a droit, et ils ne peuvent comporter des dommages-intérêts pour la façon dont le renvoi a été effectué, ni pour l'humiliation subie non plus que pour la perte résultant du fait que le renvoi fait en sorte qu'il est plus difficile pour l'employé de se trouver un autre emploi. Dans l'arrêt de cette Cour *Peso Silver Mines*, précité, l'administrateur d'une société commerciale a été renvoyé sans justification. En le congédiant, la société a porté contre lui des accusations non fondées qui ont eu pour effet de ternir sa réputation dans le milieu de l'industrie minière. Ce dernier a intenté une action pour renvoi injustifié et a demandé, en plus du salaire perdu, des dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation. En première instance, il a obtenu des dommages-intérêts relativement à ce deuxième chef. En Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1965), 56 D.L.R. (2d) 117, le juge Bull a, au nom de la Cour à la majorité, refusé l'attribution de dommages-intérêts pour perte de réputation en affirmant ceci, à la p. 161:

[TRADUCTION] Quant au montant des dommages-intérêts accordés, j'estime, en toute déférence, que le juge de première instance a commis une erreur à deux égards. Premièrement, il a accordé 10 000 $ (9¼ mois de salaire) de dommages-intérêts plutôt que les 6 500 $ (six mois de salaire) qu'il aurait accordés, a-t-il dit, n'eût été du préjudice causé à la réputation de l'intimé dans le milieu de l'industrie minière. Il n'y a pas de preuve qu'un tel préjudice a été causé à la réputation et, de toute façon, je ne considère pas qu'il s'agit ici du genre de contrat de travail qui comporte quelque convention accessoire ou tacite dont la violation justifie l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de réputation . . .

Lors du pourvoi en cette Cour, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), a affirmé au nom de la Cour au complet, à la p. 684:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le juge Bull pour dire que, puisque la demande est fondée sur une violation de contrat il est impossible de majorer les dommages-intérêts en raison des circonstances du renvoi, que ce soit à l'égard de l'humiliation subie par l'intimé ou des effets néfastes sur sa réputation et sur ses chances de se trouver un autre emploi. Je suis également d'accord avec

he remained unemployed for only five months the award should be reduced to $6,500.

The *Addis* case was not referred to by either Bull J.A. or Cartwright J., but the *Peso Silver Mines* decision discloses a clear application of the *Addis* principle and has been regarded as having followed it.

These two cases have resulted in much judicial comment and the subsequent case law has not been consistent. There is English authority for the proposition that the *Addis* case will not bar a claim for general damages for mental distress in an action for a breach of contract: see *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, *supra*, *Cox v. Philips Industries Ltd.*, *supra*, *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300 (C.A.) These cases stand for the proposition that in some contracts the parties may well have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause a plaintiff mental distress. This line of authority was followed by Linden J. in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.) In the Court of Appeal in that case, *per* Weatherston J.A. writing for the court, (1983), 150 D.L.R. (3d) 729, the award of damages for mental distress was disallowed, but it may be said that the power of the court to award damages upon that basis in an appropriate case was implicitly accepted.

Also, following this line of authority are such cases as *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.*, *supra*; *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652 (H.C.), *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611 (H.C.), and *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8 (Ont. H.C.), which case was upheld on appeal in the Ontario Court of Appeal (1983), 4 D.L.R. (4th) 383, (leave to appeal denied, [1984] 1 S.C.R. xiii). Finally, in *Perkins v. Brandon University and Potter* (1985), 35 Man. R. (2d) 177, the majority of the Manitoba Court of Appeal (Hall and Matas

le juge Bull pour dire qu'en raison du témoignage de l'intimé selon lequel il n'est demeuré sans emploi que pendant cinq mois, les dommages-intérêts doivent être ramenés à 6 500 $.

Ni le juge Bull, ni le juge Cartwright n'ont mentionné l'arrêt *Addis*, mais l'arrêt *Peso Silver Mines* traduit clairement une application du principe de l'arrêt *Addis* et l'on a considéré qu'il avait suivi ce dernier arrêt.

Ces deux arrêts ont donné lieu à de nombreux commentaires dans les jugements et la jurisprudence subséquente n'a pas été uniforme. Il existe des précédents anglais selon lesquels l'arrêt *Addis* n'écarte pas la possibilité de demander des dommages-intérêts généraux pour préjudice moral dans une action pour violation de contrat: voir *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, précité, *Cox v. Philips Industries Ltd.*, précité, *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300 (C.A.) Ces arrêts portent que, dans certains contrats, les parties peuvent fort bien avoir prévu, au moment de la passation du contrat, que sa violation dans certaines circonstances causerait au demandeur un préjudice moral. Le juge Linden a suivi ce courant de jurisprudence dans l'affaire *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.) Dans cette affaire, le juge Weatherston a, au nom de la Cour d'appel, (1983), 150 D.L.R. (3d) 729, refusé l'attribution de dommages-intérêts pour préjudice moral, mais on peut dire qu'il y a eu reconnaissance implicite du pouvoir de la cour d'accorder des dommages-intérêts pour ce motif lorsque cela est indiqué.

Ce courant de jurisprudence a été également suivi dans les affaires suivantes notamment: *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.*, précitée, *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652 (H.C.), *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611 (H.C.) et *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8 (H.C. Ont.), laquelle décision a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiii). Enfin, dans l'arrêt *Perkins v. Brandon University and Potter* (1985), 35 Man. R. (2d) 177, les juges formant la

JJ.A., Huband J.A. dissenting) refused to strike out a claim for damages for loss of reputation due to wrongful dismissal. Hall J.A. expressed the view that the common law was flexible and that it could comprehend such a claim. On the other hand, the *Addis* case with its stricture against the awarding of damages for mental distress and loss of reputation was followed in *Abouna v. Foothills Provincial General Hospital Board (No. 2)* (1978), 83 D.L.R. (3d) 333 (Alta. C.A.), and *McMinn v. Town of Oakville* (1978), 19 O.R. (2d) 366 (H.C.)

From the foregoing authorities, I would conclude that while aggravated damages may be awarded in actions for breach of contract in appropriate cases, this is not a case where they should be given. The rule long established in the *Addis* and *Peso Silver Mines* cases has generally been applied to deny such damages, and the employer/employee relationship (in the absence of collective agreements which involve consideration of the modern labour law régime) has always been one where either party could terminate the contract of employment by due notice, and therefore the only damage which could arise would result from a failure to give such notice.

I would not wish to be taken as saying that aggravated damages could never be awarded in a case of wrongful dismissal, particularly where the acts complained of were also independently actionable, a factor not present here. As noted by Hinkson J.A. in the Court of Appeal, at p. 46:

> It was not suggested by the plaintiff that Reid's actions in the months prior to his termination constituted a breach of contract. Upon the basis of the reasoning in the *Brown* case, Reid's conduct was not a separate head of damages in the claim for breach of contract.

His reference to the *Brown* case was to the words of Weatherston J.A. in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*,

majorité de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hall et Matas, le juge Huband étant dissident) ont refusé de supprimer une demande de dommages-intérêts pour la perte de réputation due à un renvoi injustifié. Le juge Hall a exprimé l'avis que la *common law* est souple et qu'elle permet une telle demande. D'autre part, l'arrêt *Addis* et les restrictions qu'il apporte à l'attribution de dommages-intérêts pour préjudice moral et perte de réputation a été suivi dans *Abouna v. Foothills Provincial General Hospital Board (No. 2)* (1978), 83 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Alb.), et *McMinn v. Town of Oakville* (1978), 19 O.R. (2d) 366 (H.C.)

Après examen de la jurisprudence précitée, je suis d'avis de conclure qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts majorés dans une action pour violation de contrat lorsque cela est indiqué, mais qu'en l'espèce il n'y a pas lieu de les accorder. On a généralement appliqué la règle établie depuis longtemps dans les arrêts *Addis* et *Peso Silver Mines* pour refuser l'attribution de tels dommages-intérêts. Dans les relations entre employeur et employés (en l'absence de conventions collectives qui font intervenir le régime moderne de droit du travail), il a toujours été loisible à l'une ou l'autre des parties de résilier le contrat de travail moyennant un préavis raisonnable et, en conséquence, le seul préjudice qui pourrait en découler serait celui qui résulte de l'omission de donner ce préavis.

Je ne voudrais pas qu'on conclue de mes propos que des dommages-intérêts majorés ne peuvent jamais être accordés dans une affaire de renvoi injustifié, surtout quand les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d'action, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Comme le souligne le juge Hinkson de la Cour d'appel, à la p. 46:

> [TRADUCTION] Le demandeur n'a pas laissé entendre que les actes accomplis par Reid pendant les mois qui ont précédé la cessation de son emploi constituaient une violation de contrat. Selon le raisonnement adopté dans l'arrêt *Brown* le comportement de Reid ne constitue pas un chef distinct de dommages-intérêts dans l'action pour violation de contrat.

Sa mention de l'arrêt *Brown* concernait les propos tenus par le juge Weatherston dans l'arrêt *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of*

supra, p. 736, where speaking for the Court, he said:

> If a course of conduct by one party causes loss or injury to another, but is not actionable, that course of conduct may not be a separate head of damages in a claim in respect of an actionable wrong. Damages, to be recoverable, must flow from an actionable wrong. It is not sufficient that a course of conduct, not in itself actionable, be somehow related to an actionable course of conduct.

Furthermore, while the conduct complained of, that of Reid, was offensive and unjustified, any injury it may have caused the appellant cannot be said to have arisen out of the dismissal itself. The conduct complained of preceded the wrongful dismissal and therefore cannot be said to have aggravated the damage incurred as a result of the dismissal. Accordingly, I would refuse any claim for aggravated damages in respect of the wrongful dismissal.

Punitive Damages

Problems arise for the common law wherever the concept of punitive damages is posed. The award of punitive damages requires that:

> ... a civil court ... impose what is in effect a fine for conduct it finds worthy of punishment, and then to remit the fine, not to the State Treasury, but to the individual plaintiff who will, by definition, be over-compensated. [Waddams, p. 563.]

This will be accomplished in the absence of the procedural protections for the defendant—always present in criminal trials where punishment is ordinarily awarded—and upon proof on a balance of probabilities instead of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. Nevertheless, despite the peculiar nature of punitive damages, it is well settled in law that in appropriate cases they may be awarded: see *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129. But all authorities accept the proposition that an award of punitive damages should always receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cau-

Police, précité, à la p. 736, où il a affirmé au nom de la cour:

> [TRADUCTION] Si le comportement de l'une des parties cause une perte ou un préjudice à l'autre, mais ne donne pas ouverture à un droit d'action, il se peut qu'il ne constitue pas un chef distinct de dommages-intérêts dans une demande fondée sur un méfait donnant ouverture à un droit d'action. Pour être susceptible de redressement, le préjudice subi doit découler d'un méfait donnant ouverture à un droit d'action. Il ne suffit pas qu'un comportement, qui en lui-même ne donne pas ouverture à un droit d'action, soit relié d'une façon quelconque à un comportement qui donne lieu à poursuite.

De plus, même si le comportement reproché, savoir celui de Reid, était injurieux et injustifié, on ne saurait soutenir que tout préjudice qu'il a pu causer à l'appelant découle du renvoi lui-même. Le comportement reproché est antérieur au renvoi injustifié et on ne saurait dire qu'il a aggravé le préjudice subi par suite du renvoi. En conséquence, je suis d'avis de rejeter toute demande de dommages-intérêts majorés pour renvoi injustifié.

Les dommages-intérêts punitifs

Il se pose des problèmes en *common law* chaque fois qu'on fait appel au concept des dommages-intérêts punitifs. L'attribution de dommages-intérêts punitifs exige que:

> [TRADUCTION] ... un tribunal civil ... impose ce qui constitue en fait une amende pour un comportement qui, selon lui, mérite d'être puni, pour ensuite remettre cette amende non pas au trésor public, mais au demandeur particulier qui, par définition, sera «surindemnisé». [Waddams, p. 563.]

Cela se réalise sans que le défendeur bénéficie des mesures de protection en matière de procédure—qu'on trouve toujours dans les procès criminels où une peine est ordinairement imposée—et en fonction d'une preuve selon la prépondérance des probabilités plutôt que selon la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle. Néanmoins, malgré la nature particulière des dommages-intérêts punitifs, il est bien établi en droit qu'il est possible de les accorder lorsque cela est indiqué: voir *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129. Cependant, tous les tribunaux et les auteurs de doctrine reconnaissent que l'attri-

tiously exercised. As has been mentioned earlier, punitive damages are not compensatory in nature. The scope of punitive damages was restricted in *Rookes v. Barnard, supra*, and, as noted by Waddams, *supra*, Lord Devlin in that case retained two categories for their application, namely, abuse of power by government, and torts committed for profit. In Canada, however, Spence J. stated in *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425, a defamation case, that the jurisdiction in this country to award punitive damages is not so limited. Though this was said in dissent, the majority did not deal with the point and did not comment on the statement: see, as well, *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (Alta. C.A.), *per* Clement J.A. The courts of Australia and New Zealand have also dealt with *Rookes v. Barnard, supra*, and in general have rejected its approach in this connection: see *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118, in the High Court of Australia, and *Fogg v. McKnight*, [1968] N.Z.L.R. 330, in the Supreme Court of New Zealand. It is fair to say that the courts of the Commonwealth, outside of the United Kingdom, have not, in general, accepted the limitations on the power of the courts to award punitive damages: see Waddams, op. cit., p. 570, para. 996. I would conclude that the *Rookes v. Barnard* limitation should not apply in Canada. The law of British Columbia, then, accords wider scope for the application of punitive damages than that envisaged in *Rookes v. Barnard*.

When then can punitive damages be awarded? It must never be forgotten that when awarded by a judge or a jury, a punishment is imposed upon a person by a Court by the operation of the judicial process. What is it that is punished? It surely cannot be merely conduct of which the Court disapproves, however strongly the judge may feel.

bution de dommages-intérêts punitifs doit toujours se faire après mûre réflexion et que le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence. Comme je l'ai déjà mentionné, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas de nature indemnitaire. L'arrêt *Rookes v. Barnard*, précité, a limité la portée des dommages-intérêts punitifs et, ainsi que l'indique Waddams, *op. cit.*, lord Devlin a, dans cet arrêt, retenu deux catégories de cas où ils doivent s'appliquer, savoir l'abus de pouvoir de la part d'un gouvernement et les délits commis dans un but de lucre. Cependant, au Canada, le juge Spence a affirmé dans l'arrêt *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425, une affaire de diffamation, que la compétence pour accorder des dommages-intérêts punitifs au Canada n'est pas limitée ainsi. Même si ces propos ont été tenus en dissidence, la Cour à la majorité n'a ni abordé ce point, ni commenté l'affirmation: voir également *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (C.A. Alb.), le juge Clement. Les tribunaux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande ont aussi traité de l'arrêt *Rookes v. Barnard*, précité, et ils en ont, en général, rejeté le point de vue qu'il exprime à ce sujet: voir *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118, de la Haute Cour d'Australie, et *Fogg v. McKnight*, [1968] N.Z.L.R. 330, de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande. Il est juste de dire que les tribunaux des pays du Commonwealth, à l'extérieur du Royaume-Uni, n'ont pas accepté les restrictions de la compétence judiciaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs: voir Waddams, *op. cit.*, à la p. 570, par. 996. Je suis d'avis de conclure que la restriction apportée dans l'arrêt *Rookes v. Barnard* ne devrait pas s'appliquer au Canada. Le droit de la Colombie-Britannique confère donc une plus grande latitude pour accorder des dommages-intérêts punitifs que celle envisagée dans l'arrêt *Rookes v. Barnard*.

Quand peut-on accorder des dommages-intérêts punitifs? Il ne faut jamais oublier que lorsqu'elle est imposée par un juge ou un jury, une punition est infligée à une personne par un tribunal en vertu du processus judiciaire. Qu'est-ce qui est puni? Ce ne peut certainement pas être simplement le comportement que le tribunal désapprouve, quels que

Punishment may not be imposed in a civilized community without a justification in law. The only basis for the imposition of such punishment must be a finding of the commission of an actionable wrong which caused the injury complained of by the plaintiff. This would be consistent with the approach of Weatherston J.A. in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*, and it has found approval in the *Restatement on the Law of Contracts 2d* in the United States, as noted with approval by Craig J.A., at p. 49, where he referred in the Court of Appeal to s. 355, which provides:

> Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.

An example of the application of this principle may be found in the case of *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228 (B.C.C.A.) In that case, the plaintiff, a professional hockey player, suffered severe injury and damage because he was denied proper medical attention, when the defendant was under a duty to provide it, and because he was forced to continue playing and practising until in his weakened condition he suffered serious injury. He was awarded punitive damages in addition to compensatory general damages. The punitive damages were ordered because of the offensive attitude and conduct of the defendant before the final injury occurred, which conduct in refusing medical care and attention, in addition to its abusive nature, was tortious because of its negligent disregard of a duty to provide care. It was, as well, causative of the injury suffered, for the plaintiff, because of the attitude of the defendant, continued to practise and play. These activities caused or materially contributed to his crippling injury: see, as well, *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*, [1976] 1 S.C.R. 776, where the award of punitive damages was based on a finding of the tort of conspiracy

puissent être les sentiments du juge. Dans une société civilisée, on ne saurait infliger de peine sans une justification en droit. L'imposition d'une telle peine ne peut se justifier par la conclusion qu'il y a eu méfait donnant ouverture à un droit d'action et qui a causé le préjudice allégué par le demandeur. Ce point de vue serait conforme à celui adopté par le juge Weatherston dans l'arrêt *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, précité, et il a été approuvé aux États-Unis dans *Restatement on the Law of Contracts 2d*, comme le souligne en l'approuvant le juge Craig de la Cour d'appel, à la p. 49 où il mentionne l'art. 355 dont voici le texte:

> [TRADUCTION] Des dommages-intérêts punitifs ne sont pas recouvrables pour la violation d'un contrat à moins que la conduite qui constitue la violation ne constitue aussi un délit pour lequel des dommages-intérêts punitifs sont recouvrables.

On trouve un exemple de l'application de ce principe dans l'arrêt *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228 (C.A.C.-B.) Dans cette affaire, le demandeur, un joueur de hockey professionnel, avait subi des blessures et un préjudice graves parce qu'on lui avait refusé les soins médicaux appropriés que la défenderesse était tenue de lui prodiguer et parce qu'il avait été forcé à continuer de jouer et de s'exercer jusqu'à ce que des blessures graves résultent de son état de faiblesse. Il a obtenu des dommages-intérêts punitifs en sus des dommages-intérêts généraux indemnitaires. Des dommages-intérêts punitifs ont été accordés en raison de l'attitude et de la conduite outrageante de la défenderesse avant que la dernière blessure soit causée. En plus d'être abusive, la conduite adoptée en refusant les soins médicaux constituait un délit civil à cause de la négligence fautive de la défenderesse de remplir l'obligation qui lui incombait de fournir des soins. Elle a de plus été à l'origine des blessures subies par le demandeur puisque ce dernier a, à cause de l'attitude de la défenderesse, continué de jouer et de participer aux exercices. Ces activités ont causé ou contribué substantiellement à causer la blessure qui l'a rendu invalide: voir également l'arrêt *H. L. Weiss Forwarding Ltd. c. Omnus*, [1976] 1 R.C.S. 776, où l'attribution de dommages-intérêts punitifs découle de la constatation d'un délit civil de com-

which led to the breach of the contract of employment.

Turning to the case at bar, it is clear from the judgments below that the appellant's superior, Reid, treated him in a most offensive manner. As has been noted, the trial judge would have awarded punitive damages had he been of the view that it was open to him to do so. The question before us now is whether the trial judge was right in concluding that it was not open to him to award the punitive damages. In my view, while it may be very unusual to do so, punitive damages may be awarded in cases of breach of contract. It would seem to me, however, that it will be rare to find a contractual breach which would be appropriate for such an award. In tort cases, claims where a plaintiff asserts injury and damage caused by the defendant, the situation is different. The defendant in such a case is under a legal duty to use care not to injure his neighbour, and the neighbour has in law a right not to be so injured and an additional right to compensation where injury occurs. The injured party is entitled to be made whole. The compensation he is entitled to receive depends upon the nature and extent of his injuries and not upon any private arrangement made with the tortfeasor. In an action based on a breach of contract, the only link between the parties for the purpose of defining their rights and obligations is the contract. Where the defendant has breached the contract, the remedies open to the plaintiff must arise from that contractual relationship, that "private law", which the parties agreed to accept. The injured plaintiff then is not entitled to be made whole; he is entitled to have that which the contract provided for him or compensation for its loss. This distinction will not completely eliminate the award of punitive damages but it will make it very rare in contract cases.

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of

plot ayant entraîné la violation du contrat de travail.

Pour ce qui est de l'espèce, il ressort clairement des jugements des tribunaux d'instance inférieure que Reid, le supérieur de l'appelant, a traité ce dernier de façon on ne peut plus outrageante. Comme nous l'avons vu, le juge de première instance aurait accordé des dommages-intérêts punitifs s'il avait estimé qu'il lui était possible de le faire. La question qui nous est soumise est de savoir si le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il lui était impossible d'accorder des dommages-intérêts punitifs. À mon avis, même s'il peut être très exceptionnel de le faire, il est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat. Il me semblerait cependant qu'on ne trouvera pas souvent une violation de contrat qui se prête à l'attribution de tels dommages-intérêts. Dans une affaire de délit civil où le demandeur se fonde sur un préjudice ou un dommage causé par le défendeur, la situation est différente. Dans un tel cas, le défendeur est légalement tenu de veiller à ne pas causer de tort à son prochain et le prochain a le droit de ne pas subir de préjudice et, en outre, le droit d'être indemnisé s'il en subit un. La partie lésée a le droit d'être rétablie dans sa situation antérieure. L'indemnité à laquelle elle a droit dépend de la nature et de l'étendue du préjudice subi et non de quelque arrangement privé pris avec l'auteur du délit. Dans une action pour violation de contrat, le seul lien qui existe entre les parties pour ce qui est de définir leurs droits et obligations est le contrat. Quand le défendeur a violé le contrat, le recours qui s'offre au demandeur doit découler de cette relation contractuelle, de cette «loi privée», par laquelle les parties ont accepté d'être liées. La partie lésée n'a pas le droit d'être rétablie dans sa situation antérieure, elle a seulement le droit d'obtenir ce que le contrat prévoyait pour elle ou d'être indemnisée de sa perte. Cette distinction n'éliminera pas totalement l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais elle la rendra très rare en matière contractuelle.

De plus, il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiel-

its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment. This view has found expression in Canadian courts: see *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.*, *supra*, where Clement J.A., dissenting on the issue of whether damages should have been awarded but not on the principle governing the award, said at p. 167:

> *Rookes v. Barnard* cannot be said to have been adopted by Canadian Provinces as the common law. It is upon the common law of England prior to 1964 that our Canadian jurisprudence in respect of exemplary damages has been developed, and in its decision the House of Lords has departed very materially from that common law. The case recognizes the principle of exemplary damages, but in restricting its application it, in my opinion, does injustice to the principle. The basis of such an award is actionable injury to the plaintiff done in such a manner that it offends the ordinary standards of morality or decent conduct in the community in such marked degree that censure by way of damages is, in the opinion of the Court, warranted. The object is variously described to include deterrence to other possible wrongdoers, or punishment for maliciousness, or supra-compensatory recognition of unnecessary humiliation or other harm to which the claimant has been subjected by the censurable act. It is the reprehensible conduct of the wrongdoer which attracts the principle, not the legal category of the wrong out of which compensatory damages arise and in relation to which the conduct occurred. To place arbitrary limitations upon its application is to evade the underlying principle and replace it with an uncertain and debatable jurisdiction.

In other cases the same principles have been expressed: see *Warner v. Arsenault* (1982), 53 N.S.R. (2d) 146 (N.S.S.C.A.D.), where Pace J.A., speaking for the court, made the following statements in respect of the circumstances which will permit the awarding of punitive damages, at p. 152:

lement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni. Les tribunaux canadiens ont exprimé cette même idée: voir l'arrêt *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.*, précité, où le juge Clement, dissident quant à savoir si des dommages-intérêts auraient dû être accordés, mais non quant au principe qui régit cette attribution, affirme à la p. 167:

> [TRADUCTION] On ne saurait dire que les provinces canadiennes ont adopté l'arrêt *Rookes v. Barnard* comme étant la *common law*. La jurisprudence canadienne en matière de dommages-intérêts exemplaires s'est développée à partir de la *common law* d'Angleterre d'avant 1964 et, dans sa décision, la Chambre des lords s'écarte de façon très marquée de cette *common law*. Cet arrêt reconnaît le principe des dommages-intérêts exemplaires, mais, à mon avis, en restreignant son application il ne rend pas justice à ce principe. Le fondement de l'attribution de ces dommages-intérêts réside dans le préjudice donnant ouverture à un droit d'action et qui est causé au demandeur d'une manière contraire aux normes ordinaires de moralité ou de bienséance dans la société à un point tel que la cour estime qu'une sanction sous forme de dommages-intérêts est justifiée. On dit notamment qu'elle a pour objet de dissuader d'autres personnes d'agir ainsi, de punir la malveillance ou encore d'indemniser de surcroît pour l'humiliation ou autre tort inutilement subis par la victime en raison de l'acte reprochable. C'est la conduite répréhensible de l'auteur du méfait qui fait en sorte que le principe s'applique, et non la catégorie juridique de la faute qui donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts indemnitaires et à laquelle est lié le comportement en cause. En imposant des restrictions arbitraires à son application, on se départit du principe sous-jacent et on le remplace par une compétence douteuse et discutable.

D'autres arrêts énoncent les mêmes principes: voir *Warner v. Arsenault* (1982), 53 N.S.R. (2d) 146 (D.A.C.S.N.-É.), où le juge Pace, s'exprimant au nom de la cour, dit ce qui suit au sujet des circonstances qui justifient d'accorder des dommages-intérêts punitifs, à la p. 152:

Exemplary or punitive damages may be awarded where the defendant's conduct is such as to merit punishment. This may be exemplified by malice, fraud or cruelty as well as other abusive and insolent acts towards the victim. The purpose of the award is to vindicate the strength of the law and to demonstrate to the offender that the law will not tolerate conduct which wilfully disregards the rights of others.

And see as well *Meyer v. Gordon* (1981), 17 C.C.L.T. 1 (B.C.S.C.), where Legg J., in refusing an award of punitive damages, said at p. 53:

The lack of care, the inadequate charting, and the unsatisfactory evidence to which I have referred establish liability for negligence on the defendant Hospital. It is negligence that has caused a tragic outcome for the plaintiffs. To the extent that the law can compensate the plaintiffs for their loss, damages will be assessed and awarded. But I am unable to find in the defendants' conduct that character of high-handedness, maliciousness, contempt of the plaintiffs' rights or that disregard of every principle of decency which is the foundation for an award of exemplary and punitive damages.

In the case at bar, the plaintiff was entitled to have the salary and benefits agreed upon under the contract of employment while he continued in such employment. Each party had the right to terminate the contract without the consent of the other, and where the employment contract was terminated by the employer, the appellant was entitled to reasonable notice of such termination or payment of salary and benefits for the period of reasonable notice. The termination of the contract on this basis by the employer is not a wrong in law and, where the reasonable notice is given or payment in lieu thereof is made, the plaintiff—subject to a consideration of aggravated damages which have been allowed in some cases but which were denied in this case—is entitled to no further remedy: see *Addis v. Gramophone Co.*, *supra*, and *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, *supra*.

It is argued that the conduct of the defendant, that is, the supervisor Reid, prior to the dismissal was such that it caused mental distress and frustration to the appellant. This conduct, however,

[TRADUCTION] Il est possible d'accorder des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs quand le comportement du défendeur mérite d'être puni. Il peut s'agir notamment de malveillance, de fraude, de cruauté ou de toute autre forme de conduite abusive pour la victime ou d'insolence à son égard. L'attribution de ces dommages-intérêts vise à soutenir la vigueur de la loi, à faire comprendre au contrevenant que la loi ne saurait tolérer le mépris délibéré des droits d'autrui.

Voir aussi la décision *Meyer v. Gordon* (1981), 17 C.C.L.T. 1 (C.S.C.-B.), où le juge Legg a refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs en disant, à la p. 53:

[TRADUCTION] L'absence de diligence, l'insuffisance des inscriptions et les carences de la preuve que j'ai déjà mentionnées établissent la responsabilité de l'hôpital défendeur pour négligence. C'est la négligence qui est à l'origine de la tragédie dont les demandeurs ont été victimes. Dans la mesure où la loi permet d'indemniser les victimes de leur perte, des dommages-intérêts seront fixés et accordés. Par contre, je ne puis voir dans la conduite des défendeurs les caractères de tyrannie, de malveillance, de mépris pour les droits des demandeurs, non plus que la méconnaissance des principes de bienséance qui justifient l'attribution de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs.

En l'espèce, le demandeur avait droit au salaire et aux avantages convenus au contrat de travail tant que son emploi durait. Chacune des parties avait le droit de résilier le contrat de travail sans le consentement de l'autre et, si l'employeur le résiliait, l'appelant avait droit à un préavis raisonnable de cette résiliation ou au paiement d'un salaire et d'avantages pendant la période de préavis raisonnable. La résiliation du contrat dans ces conditions ne constitue pas un acte fautif en droit et, s'il y a eu préavis raisonnable ou versement d'une somme qui en tienne lieu, le demandeur n'a droit à aucune autre réparation, sauf la possibilité de dommages-intérêts majorés qui ont été accordés dans certaines affaires, mais qui ont été refusés en l'espèce: voir les arrêts *Addis v. Gramophone Co.* et *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, précités.

On soutient que le comportement de la défenderesse, plus précisément celui du surveillant Reid, avant le renvoi a été de nature à causer un préjudice moral et de la frustration à l'appelant. Cepen-

was not considered sufficiently offensive, standing alone, to constitute actionable wrong: see Hinkson J.A., *supra*, and in my view was not of such nature as to justify the imposition of an award of punitive damages. I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I agree with my colleague McIntyre J. that the appellant's claim for lost pension rights is without merit. I am, however, in respectful disagreement with my colleague's disposition of the appellant's claim for punitive damages and with his approach to the law on mental suffering as a recoverable head of damage in breach of contract cases. It is necessary for me to set out the facts in greater detail in order to deal with the latter two claims.

The appellant is a solicitor who was employed by the respondent, Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.), in its legal department from 1974 to 1981. He had graduated from law school in 1972 after a successful career as an engineer with DuPont of Canada Ltd. He left DuPont to enter law school rather than accept a transfer to eastern Canada. He was Western District Sales Manager for DuPont at the time. He took up his employment with the respondent as a junior solicitor on September 24, 1973 when the respondent was starting up its business. His work initially was of a routine nature and included the preparation of leases and real estate purchases with a view to the establishment of claim centres and other facilities for the corporation throughout the Province. He was promoted from the position of Solicitor I to Solicitor II on July 1, 1976 and given merit increases in salary in 1978, 1979 and 1980. In January of 1981 his employment was abruptly terminated and he was required to vacate his office by February 13, 1981. He was 49 years old at the time.

dant, ce comportement n'a pas été considéré, à lui seul, comme suffisamment outrageant pour constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action: voir le juge Hinkson, précité, et à mon avis il n'était pas de nature à justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Je partage l'avis de mon collègue le juge McIntyre que la réclamation de l'appelant pour la perte de droits à des prestations de retraite est sans fondement. En toute déférence, je ne souscris toutefois pas à sa conclusion sur la demande de dommages-intérêts punitifs du demandeur ni à sa façon d'aborder les principes de droit applicables au préjudice moral en tant que fondement de l'attribution de dommages-intérêts dans le cas d'une violation de contrat. Pour pouvoir statuer sur ces deux derniers points, il m'est nécessaire de faire un exposé plus détaillé des faits.

L'appelant est un avocat qui, de 1974 à 1981, a travaillé au contentieux de l'intimée, l'Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.) Il avait obtenu son diplôme de droit en 1972 après avoir réussi une carrière d'ingénieur chez DuPont of Canada Ltd. Il a quitté DuPont pour entreprendre des études de droit plutôt que d'accepter une mutation dans l'est du Canada. L'appelant occupait chez Dupont à cette époque le poste de directeur des ventes pour le district de l'Ouest. Il est entré en fonction chez l'intimée en qualité d'avocat débutant le 24 septembre 1973, c'est-à-dire au moment où l'intimée commençait ses activités. Au début, il accomplissait des tâches courantes comprenant la préparation de baux et l'achat d'immeubles en vue de l'établissement de centres de réclamation et d'autres installations de la société partout dans la province. Le 1er juillet 1976, il a été promu de Solicitor I à Solicitor II et son rendement lui a valu des augmentations de salaire en 1978, en 1979 et en 1980. En janvier 1981, il a été subitement renvoyé et sommé de vider son bureau le 13 février 1981 au plus tard. Il était alors âgé de 49 ans.

On October 1, 1979 the respondent had hired as General Counsel a Mr. Reid who was given a mandate to improve the quality of the Corporation's legal work with specific attention to productivity. He became the appellant's immediate superior. Difficulties arose between Mr. Reid and the appellant, Mr. Reid being of the view that the appellant took too long to get his work done. For example, Mr. Reid complained that the appellant wrote in long-hand as opposed to using a dictating machine. There was no complaint about the quality of the appellant's work or that he failed to meet deadlines required for his assignments nor was it alleged that he did not carry his fair share of the workload. He was simply conscientious to a fault, according to the learned trial judge, and, in the words of Mr. Reid, was prone "to produce a Cadillac when a Ford would do".

Le 1er octobre 1979, l'intimée avait engagé comme chef de son contentieux un certain M. Reid qui avait pour mandat d'améliorer la qualité des services juridiques de l'I.C.B.C. et, en particulier, d'en augmenter la productivité. Il est devenu le supérieur immédiat de l'appelant. Des difficultés ont surgi entre M. Reid et l'appelant, M. Reid étant d'avis que ce dernier travaillait trop lentement. Monsieur Reid se plaignait notamment de ce que l'appelant écrivait à la main plutôt que de se servir d'un dictaphone. On ne se plaignait pas de la qualité de son travail pas plus qu'on lui reprochait de ne pas respecter les délais impartis. On ne prétendait pas non plus qu'il n'assumait pas sa juste part de la charge de travail. D'après le juge de première instance, il a simplement fait preuve d'un excès de conscience professionnelle et, comme l'a dit M. Reid, il avait tendance [TRADUCTION] «à produire une Cadillac alors qu'une Ford aurait suffi».

Mr. Reid became increasingly dissatisfied with the pace of the appellant's work. By November of 1980 he had set up "productivity meetings" each Monday morning in which he reviewed the appellant's work in relation to the number of hours he spent on each project. The trial judge found that these meetings "became an inquisition" and "as the pressure increased the plaintiff became tense, agitated and distressed, finally resorting to medical attention and a tranquillizer".

Monsieur Reid est devenu de plus en plus insatisfait du rythme de travail de l'appelant. Dès le mois de novembre 1980, il tenait tous les lundis matin des «réunions de productivité» au cours desquelles il examinait le travail de l'appelant en fonction du nombre d'heures consacrées à chaque projet. Le juge de première instance a constaté que ces réunions sont [TRADUCTION] «devenu[es] une inquisition» et que, [TRADUCTION] «au fur et à mesure que la pression augmentait, le demandeur est devenu tendu, agité et anxieux et a finalement eu recours à un médecin et à des tranquillisants».

The appellant was dismissed on January 21, 1981 without any particular precipitating event but simply because, according to the trial judge, he did not fit into Mr. Reid's plans for the department. The trial judge found that the appellant was "an honest, loyal, trustworthy and diligent employee" and was dismissed without cause and without reasonable notice. The respondent offered to pay his salary and certain benefits for an eight-month period if he agreed by January 23, 1981 to release the corporation from any claim arising out of his employment and its peremptory termination. Since the appellant was not prepared to admit that he was incompetent and that his employer had just cause for his dismissal on account of his incompe-

L'appelant a été congédié le 21 janvier 1981 sans que cela ne soit provoqué par un événement en particulier, mais simplement parce que, selon le juge de première instance, il n'y avait pas de place pour lui dans les projets que M. Reid entretenait pour le contentieux. Le juge de première instance a conclu que l'appelant était [TRADUCTION] «un employé honnête, fidèle, digne de confiance et consciencieux» qui a été renvoyé sans justification et sans préavis raisonnable. L'intimée a offert de lui payer son salaire ainsi que certains avantages pendant une période de huit mois s'il acceptait le 23 janvier 1981, au plus tard, de renoncer à toute réclamation contre elle émanant de son emploi et de son congédiement péremptoire. Comme il

tence, he refused the offer. He left the respondent's employ on January 23, 1981 and was paid up to February 15, 1981. He obtained other employment in September of 1981 but not as a solicitor.

The points of disagreement I have with McIntyre J. concern the proper test to be applied in determining whether an award of damages for mental suffering and an award of punitive damages may be made in breach of contract cases. Since the law in both areas seems to be in a state of some confusion, as the Court recognized when it granted leave to appeal to this Court, I am setting out my views in each area although I differ in result from my colleague only on the issue of punitive damages.

The trial judge made the following findings which are relevant to the issues under review: see (1982), 134 D.L.R. (3d) 727. He stated at p. 735:

> What the plaintiff is really asking me to do in this case is to award additional damages for the harsh and humiliating way in which he was treated by Mr. Reid. If exemplary damages could be awarded in a wrongful dismissal case I would award them here. Mr. Reid must have known that the plaintiff was a sincere, sensitive and dedicated employee. He was indifferent to the plaintiff's feelings, constantly criticized his shortcomings while giving him no credit for his accomplishments. He set up a meeting each Monday, which he called a "productivity meeting" at which he reviewed the work done by the plaintiff during the previous week. He criticized the plaintiff for the number of hours he spent on each project. He criticized him because he did not employ the same work habits as he did. It became an inquisition, and as the pressure increased the plaintiff became tense, agitated and distressed, finally resorting to medical attention and a tranquillizer. That stage was reached almost two months before his dismissal. The plaintiff is a man who would do his utmost to satisfy his employer. I am convinced that he was not treated fairly by the defendant. When he did not bend to the will of his inquisitor he was abruptly terminated, being given an opportunity of reasonable notice only if he agreed to

n'était pas prêt à reconnaître qu'il était incompétent et que son employeur était justifié de le renvoyer pour cause d'incompétence, l'appelant a décliné cette offre. Il a quitté son poste chez l'intimée le 23 janvier 1981 et a été rémunéré jusqu'au 15 février 1981. En septembre 1981, il a obtenu un autre emploi, mais non en tant qu'avocat.

Là où mon opinion diverge de celle du juge McIntyre est sur la question du critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si des dommages-intérêts pour préjudice moral et des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés dans le cas d'une violation de contrat. Puisque le droit dans ces deux domaines paraît quelque peu confus, ainsi que cette Cour l'a reconnu en accordant l'autorisation de pourvoi en l'espèce, j'expose mon avis sur chacune de ces questions, quoique ma conclusion ne diffère de celle de mon collègue que sur la question des dommages-intérêts punitifs.

Le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes qui sont pertinentes relativement aux questions faisant l'objet de la présente analyse: voir (1982), 134 D.L.R. (3d) 727. Voici ce qu'il dit, à la p. 735:

> [TRADUCTION] En réalité, ce que le demandeur m'invite à faire en l'espèce est de lui accorder des dommages-intérêts supplémentaires en raison du traitement dur et humiliant que lui a infligé M. Reid. Si des dommages-intérêts exemplaires pouvaient être accordés pour un renvoi injustifié, je les accorderais. Monsieur Reid devait savoir que le demandeur était un employé sincère, sensible et dévoué. Il n'a pas ménagé les susceptibilités du demandeur et a constamment critiqué ses défauts, sans rendre hommage à ses réalisations. Il tenait tous les lundis une réunion, qu'il appelait une «réunion de productivité», au cours de laquelle il examinait le travail accompli par le demandeur au cours de la semaine précédente. Il critiquait le demandeur pour le nombre d'heures consacrées à chaque projet. Il le critiquait parce qu'il n'employait pas les mêmes méthodes de travail que lui. Cela est devenu une inquisition et au fur et à mesure que la pression augmentait, le demandeur est devenu tendu, agité et anxieux et a finalement eu recours à un médecin et à des tranquillisants. Voilà où en étaient les choses presque deux mois avant son renvoi. Le demandeur est un homme qui ferait l'impossible pour donner satisfaction à son employeur. Je suis convaincu qu'il a été injustement traité par la défenderesse. Quand

admit that he was incompetent. A colourable attempt was made to find him other employment within the company, but all it did was to emphasize his shortcomings, and damage his reputation. The authorities hold, however, that he is to be compensated only for his financial loss. He is to be put in the same financial position as he would have been in had he been given reasonable notice. [Emphasis added.]

It is clear from the foregoing that the learned trial judge denied the claim for damages for mental suffering and punitive damages in this case only because he thought they could not be awarded. The Court of Appeal approved his view that neither damages for mental suffering nor punitive damages were available in a breach of contract case. It is to that proposition that I now direct my attention.

Damages for Mental Suffering

I agree with my colleague, McIntyre J., that in appropriate circumstances aggravated damages for mental suffering may be awarded in breach of contract cases and that they are, in distinction to punitive damages, essentially compensatory. However, I take a somewhat different approach from my colleague as to the test to be applied in determining whether or not to award them.

The trial judge in this case applied the absolute rule set out in *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), and *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, to the effect that damages for mental suffering are not available in breach of contract cases because contractual damages must be compensatory, tangible and estimable. They are confined to putting the plaintiff in the financial position he would have been in had he been given reasonable notice. With respect, I think this is no longer the law. The absolute rule has been whittled away by the numerous English and Canadian authorities referred to by my colleague in which damages

il ne s'est pas plié aux volontés de son inquisiteur, il a été brusquement congédié. Il ne pourrait bénéficier d'un préavis raisonnable que s'il acceptait de se reconnaître incompétent. On a fait une tentative spécieuse de lui trouver un autre poste au sein de la compagnie, mais cela n'a fait que mettre en relief ses défauts et nuire à sa réputation. La jurisprudence établit, cependant, qu'il ne peut être indemnisé que de son préjudice financier: il doit être mis dans la situation financière où il se serait trouvé s'il avait reçu un préavis raisonnable. [Je souligne.]

Il se dégage nettement de ce qui précède que, si le juge de première instance a rejeté en l'espèce la demande de dommages-intérêts pour préjudice moral et de dommages-intérêts punitifs, c'est seulement parce qu'il croyait qu'il n'était pas possible de les accorder. La Cour d'appel a approuvé son point de vue selon lequel ni des dommages-intérêts pour préjudice moral ni des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés dans un cas où il y a eu violation de contrat. C'est cette proposition que j'aborde maintenant.

Les dommages-intérêts pour préjudice moral

Je suis d'accord avec mon collègue le juge McIntyre pour dire que, lorsque les circonstances le justifient, des dommages-intérêts majorés pour préjudice moral peuvent être accordés dans un cas de violation de contrat et qu'à la différence des dommages-intérêts punitifs ils sont essentiellement indemnitaires. Toutefois, mon opinion diffère un peu de celle de mon collègue en ce qui concerne le critère à appliquer pour déterminer s'il y a lieu de les accorder.

Le juge de première instance dans la présente affaire a eu recours à la règle absolue énoncée dans les arrêts *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), et *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, selon laquelle on ne peut obtenir des dommages-intérêts pour préjudice moral dans des cas où il y a eu violation de contrat parce que les dommages-intérêts en matière contractuelle doivent être indemnitaires, tangibles et appréciables. Ils ont pour seul objet de mettre le demandeur dans la situation financière où il se serait trouvé s'il avait reçu un préavis raisonnable. En toute déférence, je crois que cette règle n'a plus cours. En effet, la portée

have been awarded for mental suffering in a variety of different contractual situations. It is my view, however, that what binds all these cases together, their common denominator so to speak, is the notion that the parties should reasonably have foreseen mental suffering as a consequence of a breach of the contract at the time the contract was entered into. That this is the true test appears clearly, I believe, from Lord Denning's judgment in *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233 (C.A.), and from the Ontario Court of Appeal's judgment in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113.

In *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, Lord Denning allowed compensation for "the disappointment, the distress, the upset and frustration" occasioned by a ruined holiday. He viewed this head of damages as compensatory. He dismissed the argument that such damages were difficult to quantify by asserting the well-known principle that difficulty of assessment should not deter the courts when the plaintiff has a just cause. Finally and most importantly, he held that such damages were properly awardable in contract provided they conformed to the normal rules for remoteness of damage in contract. It seems to me that this is the correct approach.

Certainly Weatherston J.A. followed it in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*. He stated at pp. 118 and 120:

> Any breach of contract that results in pecuniary loss to the injured party will inevitably cause some mental distress—rage and frustration at least. But in the ordinary commercial transaction, the reasonable expectations of the parties are that the disappointed party will bear himself with a measure of fortitude, and be satisfied if he can recoup his financial loss. There may be a

de la règle absolue a été progressivement rognée par les nombreuses décisions anglaises et canadiennes mentionnées par mon collègue, dans lesquelles des dommages-intérêts pour préjudice moral ont été accordés dans divers contextes résultant de contrats. Je suis toutefois d'avis que ce qui relie ces décisions entre elles, ce qui en constitue le dénominateur commun pour ainsi dire, est l'idée que les parties auraient dû raisonnablement prévoir au moment de la passation du contrat que la violation de celui-ci causerait un préjudice moral. Que ce soit là le critère véritable ressort clairement, je crois, des motifs de lord Denning dans l'affaire *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233 (C.A.), et de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113.

Dans l'arrêt *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, lord Denning a accordé une indemnité pour [TRADUCTION] «la déception, les tracas, les ennuis et la frustration» résultant de vacances gâchées. Lord Denning a considéré que ces dommages-intérêts étaient indemnitaires et il a rejeté l'argument voulant que ceux-ci soient difficilement quantifiables en invoquant le principe bien connu suivant lequel la difficulté que peut présenter la détermination du montant ne devrait pas empêcher les tribunaux de le faire lorsque le demandeur a une cause d'action valable. Finalement, et c'est le point le plus important, il a dit que de tels dommages-intérêts pouvaient légitimement être accordés en matière contractuelle, [TRADUCTION] pourvu qu'ils soient conformes aux règles normales d'exclusion des dommages indirects ou non prévus par les parties en matière contractuelle. Voilà, me semble-t-il, la bonne façon de procéder.

Certes, le juge Weatherston de la Cour d'appel l'a adoptée dans l'arrêt *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, précité, où il affirme, aux pp. 118 et 120:

> [TRADUCTION] Toute violation de contrat qui entraîne une perte pécuniaire pour la partie lésée occasionnera inévitablement un certain préjudice moral—des sentiments de colère et de frustration à tout le moins. Mais dans le cas d'une opération commerciale ordinaire, il est raisonnable que les parties s'attendent à ce que la partie déçue fasse preuve d'un certain stoïcisme et

measure of policy in denying damages for mental distress in cases when there is nothing more than pecuniary loss. But I think this is not so much an exception to the rule in *Hadley v. Baxendale* as a practical application of it. In *Addis v. Gramophone Co.*, *supra*, at p. 495, Lord Atkinson mentioned three exceptions to the general rule that compensation for injured feelings could not be awarded in an action for breach of contract—actions for breach of promise of marriage, actions against a banker for refusing to pay a customer's cheque when he has funds of his customer to meet it, and actions where the vendor of real estate, without any fault on his part, fails to make title. These actions are all for damages within the reasonable contemplation of the parties. In the case of breach of promise of marriage, the intended bride has been deprived of that conjugal bliss that was the supposed object of the contract; a banker who refuses to honour a draft must surely know that his customer's credit will be affected; and actions for failure to make title were an exception based on the uncertainty of titles in England—an exception no longer the law of Canada.

Jarvis v. Swans Tours Ltd., [1973] Q.B. 233, and *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 92, were cases where the defendants failed to provide holidays, as promised. The object of the contract was to provide pleasure. The breach of contract necessarily resulted in the loss of that pleasure.

. . .

The cases that I have referred to show that there may be circumstances where a breach of contract will give rise to a claim for damages for mental distress. In my opinion, the correct rule is stated in *Corbin*, *supra*, vol. 5, p. 429, citing the *Restatement of the Law of Contracts*, para. 341, as follows:

> There is sufficient authority to justify the statement that damages will be awarded for mental suffering caused by the wanton or reckless breach of a contract to render a performance of such a character that the promisor had reason to know when the contract was made that a breach would cause such suffering, for reasons other than pecuniary loss.

qu'elle soit satisfaite si elle peut récupérer ses pertes financières. Il est possible que, dans une certaine mesure, ce soit pour des raisons de principe que des dommages-intérêts pour préjudice moral ne sont pas accordés lorsqu'on n'a subi qu'une perte pécuniaire. Je crois toutefois qu'il s'agit là moins d'une exception à la règle posée dans la décision *Hadley v. Baxendale* que de l'application pratique de cette règle. Dans l'arrêt *Addis v. Gramophone Co.*, précité, à la p. 495, lord Atkinson mentionne trois exceptions à la règle générale selon laquelle un dédommagement pour une humiliation ne pouvait être accordé dans une action pour violation de contrat, soit une action pour violation d'une promesse de mariage, une action contre un banquier pour refus d'honorer un chèque d'un client alors que le compte de ce dernier est suffisamment approvisionné et une action engagée du fait que le vendeur d'un bien immeuble, sans faute de sa part, n'a pu fournir un titre de propriété valable. Ce sont toutes des actions pour des dommages que les parties ont dû raisonnablement prévoir. Dans le cas de la violation d'une promesse de mariage, la future mariée s'est vu privée du bonheur conjugal que devait lui procurer le contrat; le banquier qui refuse d'honorer une traite n'ignore certainement pas que cela nuira au crédit de son client; et les actions pour ne pas avoir fourni un titre de propriété valable constituaient une exception fondée sur l'incertitude des titres de propriété en Angleterre, exception qui ne fait plus partie du droit canadien.

Jarvis v. Swans Tours Ltd., [1973] Q.B. 233, et *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 92, sont des affaires où les défenderesses n'avaient pas fourni à des vacanciers ce qu'elles avaient promis. Il s'agissait dans chaque cas d'un contrat destiné à procurer de l'agrément à l'une des parties. La violation du contrat a nécessairement entraîné la perte de cet agrément.

. . .

D'après les précédents auxquels je me suis référé, il peut y avoir des circonstances où la violation de contrat donnera lieu à une demande de dommages-intérêts pour préjudice moral. À mon avis, la bonne règle est celle énoncée dans *Corbin*, précité, vol. 5, p. 429, où l'on cite le *Restatement of the Law of Contracts*, par. 341. Cette règle porte:

> Il existe une jurisprudence suffisante pour justifier l'affirmation que des dommages-intérêts seront accordés pour le préjudice moral causé lorsqu'on viole gratuitement ou par insouciance un contrat pour la fourniture d'une prestation de telle nature que le débiteur de l'engagement devait savoir au moment de la passation du contrat que la violation de celui-ci causerait ce préjudice moral pour d'autres raisons que la perte pécuniaire.

The availability of damages for mental distress caused by a breach of contract is noted by Professor Fridman in his treatise *The Law of Contract in Canada* (2nd ed. 1986). After discussing the normal measure of damages in contract Professor Fridman points out that "in Canada if not in England" attitudes are changing towards the recoverability of damages for intangible loss (at p. 674). He states at p. 675:

> By intangible loss is meant such consequences as loss of reputation, insult, annoyance, aggravation, nervous shock, inconvenience, mental distress, or other emotional or sentimental suffering. In recent years in England and Canada, there has been a growing realization that such results of a breach of contract should also be the subject of compensation, as long as the doctrine of *Hadley v. Baxendale* is applicable. There has been a greater acceptance of the idea that such damages can, and should be awarded in appropriate cases.

Professor Fridman notes that the most important type of contract in which damages for mental distress have been awarded is the employment contract (p. 677). He suggests that this is because of the nature of the relationship it creates which is one of trust and confidence (p. 681). I would add that it may also be because of the vulnerability of the employee to the superior authority of the employer. Brian Grosman and Stephen Marcus note, after a survey of recent cases in their article "New Developments in Wrongful Dismissal Litigation" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 656, at pp. 668-69, that:

> ... the courts have demonstrated a willingness to disassociate their analysis of contracts from a strict application of remedies available to parties to ordinary commercial contracts. In doing so, the courts are more willing to take a broad view of the *Hadley v. Baxendale* test, linking the concept of "reasonable contemplation of the parties" to the concept of foreseeability.

In *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161 (Q.B.), damages for mental distress were

La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice moral résultant d'une violation de contrat est constatée par le professeur Fridman dans son traité intitulé *The Law of Contract in Canada* (2e éd. 1986). Après avoir examiné quels dommages-intérêts sont normalement accordés en matière contractuelle, le professeur Fridman fait remarquer que, [TRADUCTION] «au Canada, sinon en Angleterre», les attitudes changent en ce qui concerne la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour un préjudice moral (à la p. 674). Il affirme, à la p. 675:

> [TRADUCTION] On entend par préjudice moral des conséquences telles que la perte de sa réputation, l'insulte, la contrariété, l'exaspération, le choc nerveux, le désagrément, l'affliction ou d'autres préjudices émotifs ou sentimentaux. Depuis quelques années, on s'aperçoit de plus en plus en Angleterre et au Canada que ces effets de la violation d'un contrat devraient également donner lieu à indemnisation tant que s'appliquera le principe énoncé dans la décision *Hadley v. Baxendale*. En effet, on en est venu à accepter mieux l'idée que de tels dommages-intérêts peuvent et devraient être accordés lorsque cela est indiqué.

Le professeur Fridman souligne que c'est surtout dans le cas de contrats de travail que des dommages-intérêts ont été accordés pour préjudice moral (à la p. 677). D'après lui, cela tient à la nature des relations engendrées par ces contrats, c'est-à-dire des relations fondées sur la confiance (à la p. 681). J'ajouterais que c'est peut-être aussi dû à la vulnérabilité de l'employé devant le pouvoir supérieur de l'employeur. Brian Grosman et Stephen Marcus font observer, au terme d'un survol de la jurisprudence récente effectué dans leur article intitulé «New Developments in Wrongful Dismissal Litigation» (1982), 60 *R. du B. can.* 656, aux pp. 668 et 669:

> [TRADUCTION] ... les tribunaux se sont montrés prêts dans leur analyse de contrats à s'éloigner d'une application stricte des réparations pouvant être accordées aux parties à des contrats commerciaux ordinaires. Ce faisant, les tribunaux sont disposés davantage à donner une interprétation large au critère formulé dans la décision *Hadley v. Baxendale* en rattachant la notion de «ce que les parties ont raisonnablement envisagé» à celle de la prévisibilité.

Dans l'affaire *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 161 (Q.B.), des dommages-inté-

awarded to an employee who was demoted in breach of a promise of promotion made to him by his employer in order to keep him from accepting an attractive offer from a competitor. Lawson J. stated at p. 166:

I now come back to this question of the breach of the contractual term which I find took place when he was relegated to a position of lesser responsibility. I have already said his salary remained the same but there is not the slightest doubt in my mind that the result of this relegation, in breach of contract contrary to the promise that the defendants had made, did expose him to a good deal of depression, vexation, frustration and indeed leading to ill health. The question is: can I give him damages in respect of those matters for that breach of contract?

I have considered *Jarvis v. Swans Tours Ltd*, which is referred to but I think not particularly helpfully in the later case of *Davis & Co (Wines) Ltd v Afa-Minerva (EMI) Ltd.*

In my judgment, this is a case where it was in all the circumstances in the contemplation of the parties that, if that promise of a position of greater responsibility was breached, then the effect of that breach would be to expose the plaintiff to the degree of vexation, frustration and distress which he in fact underwent.

Likewise, in *Antonaros v. SNC Inc.* (1984), 6 C.C.E.L. 264 (Ont. H.C.), it was held that when an employer had induced a middle-aged employee to leave his job, it was in the reasonable contemplation of the parties that the employee would suffer mental distress if terminated without reasonable notice. Similarly, in *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711 (H.C.), damages for mental distress were awarded to a loyal employee who had been led to believe that he had life-time tenure and then was dismissed in a callous and peremptory fashion. In *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146 (B.C.S.C.), damages for mental distress were awarded when the plaintiff employee was dismissed from membership in his trade union on the basis of false allegations of "ratting". Damages for mental distress caused by a breach of an employment contract have been awarded in a number of other cases: see *Gordon v.*

rêts pour préjudice moral ont été accordés à un employé qu'on avait rétrogradé contrairement à une promesse d'avancement que lui avait fait son employeur pour l'amener à refuser une offre intéressante d'un concurrent. Le juge Lawson affirme, à la p. 166:

[TRADUCTION] Je reviens maintenant à cette question de la violation d'une condition du contrat qui, selon moi, a eu lieu lorsque le demandeur a été relégué à un poste comportant moins de responsabilités. J'ai déjà dit qu'il continuait à toucher le même salaire, mais je n'ai aucun doute que cette rétrogradation, qui constituait un manquement à la promesse que lui avait faite la défenderesse et, partant, une violation de contrat, a provoqué chez lui une grande dépression ainsi que beaucoup de dépit et de frustration et a même nui à sa santé. La question qui se pose est la suivante: puis-je lui accorder des dommages-intérêts pour ces préjudices résultant de cette violation de contrat?

J'ai examiné l'arrêt *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, auquel on se réfère, à peu près inutilement selon moi, dans la décision subséquente *Davis & Co. (Wines) Ltd. v. Afa-Minerva (EMI) Ltd.*

À mon avis, il s'agit en l'espèce d'un cas où, compte tenu de toutes les circonstances, les parties ont envisagé que, s'il y avait manquement à la promesse d'un poste comportant de plus grandes responsabilités, ce manquement provoquerait chez le demandeur le degré de dépit, de frustration et d'affliction qu'il a en fait connu.

De même, dans la décision *Antonaros v. SNC Inc.* (1984), 6 C.C.E.L. 264 (H.C. Ont.), on a statué, dans un cas où un employeur avait fait quitter son emploi à un employé d'un certain âge, que les parties avaient raisonnablement envisagé que l'employé subirait un préjudice moral s'il était congédié sans préavis raisonnable. Également, dans l'affaire *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 711 (H.C.), des dommages-intérêts pour préjudice moral ont été accordés à un employé fidèle à qui on avait fait croire qu'il avait un poste pour le reste de ses jours et qui par la suite a été cyniquement et péremptoirement renvoyé. Dans l'affaire *Tippett v. International Typographical Union Local 226* (1976), 71 D.L.R. (3d) 146 (C.S.C.-B.), des dommages-intérêts pour préjudice moral ont été accordés quand l'employé demandeur avait été expulsé de son syndicat sur le fondement de fausses allégations de [TRADUCTION] «mouchardage». Des dommages-intérêts pour le

Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. (1983), 47 N.B.R. (2d) 150 (N.B.Q.B.), *Cormier v. Hostess Food Products Ltd.* (1984), 52 N.B.R. (2d) 288 (N.B.Q.B.), *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652 (H.C.), *Lightburn v. Mid Island Consumer Services Co-operative* (1984), 4 C.C.E.L. 263 (B.C. Co. Ct.), *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8 (Ont. H.C.), rev'd. on other grounds (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (Ont. C.A.), leave denied, [1984] 1 S.C.R. xiii, *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611 (H.C.)

préjudice moral provoqué par la violation d'un contrat de travail ont été attribués dans de nombreuses autres affaires: voir *Gordon v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co.* (1983), 47 N.B.R. (2d) 150 (B.R.N.-B.), *Cormier v. Hostess Food Products Ltd.* (1984), 52 N.B.R. (2d) 288 (B.R.N.-B.), *Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.* (1984), 45 O.R. (2d) 652 (H.C.), *Lightburn v. Mid Island Consumer Services Co-operative* (1984), 4 C.C.E.L. 263 (C. cté C.-B.), *Bohemier v. Storwal International Inc.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 8 (H.C. Ont.), inf. pour d'autres motifs (1983), 4 D.L.R. (4th) 383 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiii, *Speck v. Greater Niagara General Hospital* (1983), 43 O.R. (2d) 611 (H.C.)

I must respectfully disagree with my colleague's view that conduct advanced in support of a claim for damages for mental suffering must constitute a separate "actionable wrong" from the breach itself. I disagree also that because the conduct complained of preceded the wrongful dismissal it cannot aggravate the damages resulting from that dismissal. Rather than relying on a characterization of the conduct as an independent wrong, I think the proper approach is to apply the basic principles of contract law relating to remoteness of damage. These were articulated by Baron Alderson of the Court of Exchequer Chamber in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at pp. 354-55 and at p. 151, as follows:

En toute déférence, je me vois dans l'impossibilité de me ranger à l'avis de mon collègue quand il dit que la conduite invoquée à l'appui d'une demande en dommages-intérêts pour préjudice moral doit constituer un «méfait donnant ouverture à un droit d'action» qui soit distinct de la violation elle-même. Je ne suis pas d'accord non plus pour dire que, puisque le comportement reproché a été antérieur au renvoi injustifié, il n'a pas pu aggraver le préjudice résultant du renvoi. Plutôt que de qualifier la conduite de méfait indépendant, je crois qu'il faut appliquer les principes de base du droit des contrats relativement à l'existence d'un lien suffisant entre la conduite et le préjudice. Ces principes ont été formulés ainsi par le baron Alderson de la Court of Exchequer Chamber dans l'affaire *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, aux pp. 354 et 355 de même qu'à la p. 151:

Now we think the proper rule in such a case as the present is this:—Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the dam-

[TRADUCTION] Nous croyons que la règle équitable dans un cas comme celui-ci est la suivante: Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elles a rompu, les dommages doivent être envisagés comme étant ceux qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme ceux découlant naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme ceux que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture. Donc, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu'elles aient été connues des deux parties, les domma-

ages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For, had the special circumstances been known, the parties might have specially provided for the breach of contract by special terms as to the damages in that case; and of this advantage it would be very unjust to deprive them.

However, since the decision in *Cox v. Philips Industries Ltd.*, *supra*, the Court of Appeal in England has departed from what in my opinion is the sound proposition that damages for mental distress can be recovered for breach of contract when it can be said to have been in the reasonable contemplation of the parties when the contract was made that its breach would cause such distress. In *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, [1987] I.C.R. 700, the Court of Appeal reversed the decision of the trial judge to award damages for frustration and mental distress which an employee experienced when his employer breached his employment contract by requiring him to go for a psychiatric examination after an angry dispute with a colleague. Dillon L.J. concluded that the views expressed by Lawson J. in *Cox v. Philips Industries Ltd.* were wrong and that, in the absence of its reversal by the House of Lords, the general rule barring such damages in *Addis v. Gramophone Co.* was the law in England subject to a narrow exception. He said at pp. 717-18:

The general rule laid down by the House of Lords in *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* [1909] A.C. 488 is that where damages fall to be assessed for breach of contract rather than in tort it is not permissible to award general damages for frustration, mental distress, injured feelings or annoyance occasioned by the breach. Modern thinking tends to be that the amount of damages recoverable for a wrong should be the same whether the cause of

ges-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc directement fondés sur le préjudice découlant normalement d'une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu'elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d'un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu'elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d'une rupture de contrat. Car, si les circonstances particulières avaient été connues, on peut supposer que les parties auraient stipulé des clauses spéciales quant aux dommages-intérêts exigibles en cas de rupture de contrat; et il serait très injuste de les priver de cet avantage.

Toutefois, depuis la décision *Cox v. Philips Industries Ltd.*, précitée, la Cour d'appel d'Angleterre s'est éloignée de la proposition, juste selon moi, selon laquelle des dommages-intérêts pour préjudice moral peuvent être obtenus dans le cas d'une violation de contrat lorsqu'on peut affirmer que, selon les prévisions raisonnables des parties lors de la passation du contrat, sa violation causerait un tel préjudice. Dans l'arrêt *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, [1987] I.C.R. 700, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pour la frustration et l'affliction éprouvées par un employé lorsque son employeur a violé son contrat de travail en l'obligeant à subir un examen psychiatrique à la suite d'une violente dispute avec un collègue. Le lord juge Dillon a conclu que les opinions exprimées par le juge Lawson dans l'affaire *Cox v. Philips Industries Ltd.* étaient erronées et que, tant qu'elle n'aurait pas été écartée par la Chambre des lords, la règle générale interdisant l'attribution de tels dommages-intérêts, posée dans l'arrêt *Addis v. Gramophone Co.*, s'appliquait en Angleterre, mis à part une exception bien précise. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 717 et 718:

[TRADUCTION] La règle générale établie par la Chambre des lords dans l'arrêt *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*, [1909] A.C. 488, porte que, dans un cas où il s'agit d'attribuer des dommages-intérêts pour violation de contrat plutôt que pour un délit civil, il n'est pas permis d'accorder des dommages-intérêts généraux pour la frustration, l'affliction, l'humiliation ou la contrariété causées par cette violation. On a tendance, de nos jours,

action is laid in contract or in tort. But in the *Addis* case Lord Loreburn regarded the rule that damages for injured feelings cannot be recovered in contract for wrongful dismissal as too inveterate to be altered, and Lord James of Hereford supported his concurrence in the speech of Lord Loreburn by reference to his own experience at the Bar.

There are exceptions now recognised where the contract which has been broken was itself a contract to provide peace of mind or freedom from distress: see *Jarvis v. Swans Tours Ltd.* [1973] Q.B. 233 and *Heywood v. Wellers* [1976] Q.B. 446. Those decisions, do not however cover this present case.

In *Cox v. Philips Industries Ltd.* [1976] I.C.R. 138 Lawson J. took the view that damages for distress, vexation and frustration, including consequent ill-health, could be recovered for breach of a contract of employment if it could be said to have been in the contemplation of the parties that the breach would cause such distress etc. For my part, I do not think that that general approach is open to this court unless and until the House of Lords has reconsidered its decision in the *Addis* case.

Subsequently, in *Hayes and anor v. Dodds*, [1988] N.L.J. 259, the Court of Appeal disallowed damages for mental distress suffered when solicitors assured the plaintiff purchasers before they signed a contract of sale that a right of way was available giving access to the rear of the premises when in fact it was not and, as a consequence, the plaintiffs could not carry on their business. The Court affirmed the proposition stated in *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, *supra*, that damages for mental distress in contract are as a matter of policy limited to certain classes of cases, namely those in which the object of the contract was to provide peace of mind or freedom from distress. Staughton L.J. stated at p. 259:

Like the judge, I consider that the English courts should be wary of adopting what he called "the United States practice of huge awards". Damages awarded for negligence or want of skill, whether against professional

à considérer que le montant des dommages-intérêts pouvant être obtenu pour une faute doit être le même, que la cause d'action ait un fondement contractuel ou délictuel. Dans l'affaire *Addis*, toutefois, lord Loreburn a considéré comme trop solidement enracinée pour être modifiée la règle portant que des dommages-intérêts pour humiliation ne sauraient être accordés en matière contractuelle par suite d'un renvoi injustifié, et lord James of Hereford a appuyé sur sa propre expérience en tant qu'avocat son adhésion à l'opinion de lord Loreburn.

On reconnaît maintenant des exceptions lorsque le contrat rompu visait à assurer la tranquillité d'esprit ou l'absence de tracas: voir *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] Q.B. 233, et *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446. Ces décisions ne s'appliquent cependant pas à la présente instance.

Dans l'affaire *Cox v. Philips Industries Ltd.*, [1976] I.C.R. 138, le juge Lawson a été d'avis que des dommages-intérêts pour tracas, dépit et frustration, ainsi que pour la mauvaise santé en résultant, pouvaient être accordés par suite de la violation d'un contrat de travail s'il était possible d'affirmer que les parties avaient prévu que la violation causerait de tels tracas, etc. Pour ma part, je ne crois pas que cette cour puisse adopter ce point de vue général tant que la Chambre des lords ne sera pas revenue sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Addis*.

Par la suite, dans l'arrêt *Hayes and anor v. Dodds*, [1988] N.L.J. 259, la Cour d'appel a refusé d'accorder des dommages-intérêts pour le préjudice moral subi du fait que des avocats avaient assuré aux acheteurs demandeurs, avant qu'ils signent un contrat de vente, qu'il existait un droit de passage permettant d'avoir accès à l'arrière du bien-fonds, alors qu'en réalité il n'y en avait pas, de sorte que les demandeurs ne pouvaient exploiter leur entreprise. La cour a confirmé la proposition énoncée dans l'arrêt *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, précité, selon laquelle l'attribution de dommages-intérêts pour préjudice moral en matière contractuelle se limite [TRADUCTION] en principe à certaines catégories de cas, savoir ceux où le contrat visait à garantir la tranquillité d'esprit et l'absence de tracas. Le lord juge Staughton dit, à la p. 259:

[TRADUCTION] Comme le juge, j'estime que les tribunaux anglais devraient se montrer hésitants à adopter ce qu'il a appelé «la pratique américaine consistant à accorder des grosses sommes». Les dommages-intérêts pour

men or anyone else, must provide fair compensation but no more than that. And I would not view with enthusiasm the prospect that every shipowner in the Commercial Court, having successfully claimed for unpaid freight or demurrage, would be able to add a claim for mental distress suffered while he was waiting for his money.

In a sense the wrong done to the plaintiffs in this action, for which they seek compensation under this head, lay in the defendants' failure to admit liability at an early stage. On July 6, 1983 the defendants acknowledged that there was no right of way, but denied negligence. Had they on that very day admitted liability and tendered a sum on account of damages, or offered interim reparation in some other form, the anxiety of the plaintiffs and their financial problems could have been very largely relieved. But liability was not admitted until January 1987. I believe that in one or more American states damages are awarded for wrongfully defending an action. But there is no such remedy in this country so far as I am aware.

I would respectfully reject the narrow approach in *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* and *Hayes and anor v. Dodds* not the least because it would categorically exclude the availability of damages for mental distress in the employment contract context since such contracts do not in the normal course have as their object the provision of peace of mind and freedom from distress.

It is my view that the established principles of contract law set out in *Hadley v. Baxendale* provide the proper test for the recovery of damages for mental suffering. The principles are well-settled and their broad application would appear preferable to decision-making based on a priori and inflexible categories of damages. The issue in assessing damages is not whether the plaintiff got what he bargained for, i.e., pleasure or peace of mind (although this is obviously relevant to whether or not there has been a breach) but whether he should be compensated for damage the defendant should reasonably have anticipated that he would

négligence ou pour incompétence, qu'ils soient accordés contre des personnes exerçant des professions libérales ou contre qui que ce soit d'autre, doivent fournir une indemnité juste et rien de plus. Pour ma part, je n'envisagerais pas avec enthousiasme la possibilité que tout propriétaire de navire qui plaide devant la Commercial Court et dont la demande en paiement de fret ou de frais de surestaries aurait été accueillie, puisse ajouter une réclamation pour le préjudice moral subi pendant qu'il attendait d'être payé.

Dans un sens, le tort fait aux demandeurs dans la présente action, pour lequel ils cherchent à se faire indemniser sous ce chef, vient de ce que les défendeurs ont tardé à reconnaître leur responsabilité. Le 6 juillet 1983, les défendeurs ont convenu qu'il n'existait pas de droit de passage, mais ils ont nié toute négligence. Si ce même jour, ils avaient reconnu leur responsabilité et avaient offert une somme à valoir sur le montant des dommages-intérêts, ou s'ils avaient proposé quelque autre réparation provisoire, cela aurait pu dans une très large mesure soulager les demandeurs et alléger leurs problèmes financiers. Mais ce n'est qu'en janvier 1987 qu'il y a eu un aveu de responsabilité. Je crois que dans au moins un État américain des dommages-intérêts sont accordés lorsqu'une action est contestée illégitimement. Toutefois, pour autant que je sache, il n'existe pas de telle réparation chez nous.

En toute déférence, je suis d'avis de rejeter le point de vue restreint adopté dans les arrêts *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* et *Hayes and anor v. Dodds*, notamment parce qu'il exclurait catégoriquement la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour préjudice moral dans le contexte d'un contrat de travail, étant donné que ces contrats ne visent pas normalement à assurer la tranquillité d'esprit et l'absence de tracas.

J'estime que, les principes du droit des contrats énoncés dans la décision *Hadley v. Baxendale* constituent le critère à appliquer pour déterminer s'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral. Ces principes sont bien établis et leur application générale semblerait préférable à des décisions fondées sur des catégories aprioristes et rigides de dommages-intérêts. La question qui se pose dans l'appréciation des dommages-intérêts n'est pas de savoir si le demandeur a obtenu ce qu'il a négocié, c.-à-d. l'agrément ou la tranquillité d'esprit (bien que cela soit évidemment pertinent pour déterminer s'il y a eu violation), mais plutôt

suffer as a consequence of the breach. The Court of Appeal in *Hayes and anor v. Dodds* seems to have been unduly concerned at the prospect of large "U.S.-style" awards for mental suffering, ignoring the fact that the award has to be quantified on a sensible and realistic basis. Indeed, awards under this head have tended to be rather modest in Britain and in Canada. For example in *Cox v. Philips Industries Ltd.* the damages for mental suffering awarded against the corporate employer were assessed at £500. In the Canadian cases of *Antonaros v. SNC Inc.* and *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* the damages (also against corporate employers) were assessed at $3,500 and $7,500 respectively. I mention this not to endorse the propriety of the awards in these cases but to point out that the fear of unrealistic or unfair awards for mental distress in breach of contract cases is not really warranted by anything that has happened to date.

de savoir s'il devrait être indemnisé du préjudice que le défendeur aurait dû raisonnablement envisager qu'il subirait par suite de la violation. Dans l'arrêt *Hayes and anor v. Dodds*, la Cour d'appel semble avoir été indûment préoccupée par la possibilité d'attribuer de grosses sommes, [TRADUCTION] «à l'américaine», à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral, et elle n'a pas tenu compte du fait que la quantification des dommages-intérêts doit se faire d'une manière rationnelle et réaliste. En réalité, pour ce qui est de ce type de dommages-intérêts, on a eu tendance à accorder des sommes plutôt modestes en Grande-Bretagne et au Canada. Par exemple, dans l'affaire *Cox v. Philips Industries Ltd.*, les dommages-intérêts pour préjudice moral qu'a été condamnée à payer la société employeuse ont été fixés à 500 £. Dans les décisions canadiennes *Antonaros v. SNC Inc.* et *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.*, les dommages-intérêts (également accordés contre des sociétés employeuses) ont été fixés à 3 500 $ et à 7 500 $ respectivement. Je mentionne cela non pas pour approuver les sommes accordées dans ces affaires, mais pour souligner que la crainte de l'attribution de sommes irréalistes ou injustes à titre d'indemnisation du préjudice moral dans des affaires de violation de contrat n'est pas vraiment justifiée par ce qui s'est produit jusqu'à présent.

The first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale* has undergone some modification since the case was first decided. In *Victoria Laundry (Windsor Ld.) v. Newman Industries Ld.*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.), it was held that damage in the reasonable contemplation of the parties had to be damage that was "on the cards". However, in *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.), this formulation was said to be too narrow and was amended to encompass a loss that was "a serious possibility" or "a real danger" or "liable to result". It was stated, however, that the standard for recovery, despite this modification, was still more stringent than the tort test of "reasonable foreseeability".

Depuis que la décision *Hadley v. Baxendale* a été rendue, certaines modifications ont été apportées au premier volet de la règle y énoncée. Dans l'arrêt *Victoria Laundry (Windsor Ld.) v. Newman Industries Ld.*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.), la cour a statué que le préjudice raisonnablement envisagé par les parties devait en être un qui était [TRADUCTION] «fort possible». Toutefois, dans l'arrêt *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.), cette formulation a été qualifiée de trop étroite et a été changée pour englober un préjudice qui constituait [TRADUCTION] «une possibilité sérieuse», ou qui [TRADUCTION] représentait «un danger réel» ou qui [TRADUCTION] était «susceptible de se produire». On a cependant précisé qu'en dépit de cette modification la norme applicable à l'obtention de dommages-intérêts demeurait plus stricte que celle de la [TRADUCTION] «prévisibilité raisonnable» applicable en matière délictuelle.

The need for special circumstances under the second branch has been invoked both to allow and to deny recovery. It was used to allow recovery in *Newell v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.* (1976), 14 O.R. (2d) 752 (Co. Ct.), and *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300 (C.A.) In the *Newell* case an elderly couple wanted to send their dogs by plane and went to great lengths to check that it was safe, making it abundantly clear in the process that they would be distressed if anything were to happen to their pets. One of the dogs died in transit and, while mental suffering resulting from such an eventuality would not normally be in the reasonable contemplation of the parties, it clearly was so in the special circumstances of this case. In the *Heywood* case lawyers who negligently failed to provide services to protect their client from molestation by securing an injunction were held liable for the mental distress which they were aware would result from their failure to do so. By contrast, recovery was denied in *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457 (C.A.), because of the absence of special circumstances. In that case a lawyer, Mr. Swinfen, was held not to be liable for the breakdown of the mental health of his client, Mrs. Cook, after he had agreed to pursue divorce proceedings on her behalf and had then negligently failed to do so. After concluding that the client's mental distress was not reasonably foreseeable, Lord Denning, M.R., stated at pp. 461-62:

It was suggested in this case that there were special circumstances in that Mrs. Cook was peculiarly liable to nervous shock. I am afraid that she was. The history of her life shows one nervous breakdown after another. If this special circumstance was brought home to Mr. Swinfen, it might enlarge the area of foreseeability so as to make him liable. But it was not pleaded. And when Mr. Moloney put questions to Mr. Swinfen, he did not succeed in showing that special circumstances were brought home to him. All Mr. Swinfen knew was that she was a woman obviously high strung and worried as any woman would be in the circumstances. But that does

La nécessité de circonstances particulières posée par le second volet a été invoquée tantôt pour accorder tantôt pour refuser des dommages-intérêts. On s'est fondé sur elle pour accorder des dommages-intérêts dans les affaires *Newell v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.* (1976), 14 O.R. (2d) 752 (C. cté), et *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 All E.R. 300 (C.A.) Dans l'affaire *Newell*, un couple âgé désirait envoyer ses chiens quelque part par avion et il s'était donné beaucoup de mal pour vérifier si cela pouvait se faire sans danger, précisant bien que si quelque chose arrivait aux animaux il en serait affligé. L'un des chiens est mort pendant le transport et, quoique le préjudice moral résultant d'une telle éventualité n'eût pas normalement été raisonnablement prévu par les parties, elles l'avaient manifestement envisagé dans les circonstances particulières de cette affaire. Dans l'affaire *Heywood*, des avocats qui, par négligence, avaient omis de protéger leur client contre le harcèlement en obtenant une injonction ont été jugés responsables du préjudice moral qu'a entraîné, comme ils s'y attendaient, l'omission d'obtenir une telle injonction. Par contre, des dommages-intérêts ont été refusés dans l'affaire *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457 (C.A.), en raison de l'absence de circonstances particulières. Il s'agit d'une cause où un avocat, Me Swinfen, a été jugé non responsable de la dépression nerveuse subie par sa cliente, Mme Cook, après qu'il eut accepté d'engager des procédures de divorce au nom de cette dernière pour ensuite négliger de le faire. Ayant conclu que le préjudice moral de la cliente n'était pas raisonnablement prévisible, le maître des rôles lord Denning a dit, aux pp. 461 et 462:

[TRADUCTION] On a laissé entendre en l'espèce qu'il existait des circonstances spéciales en ce sens que Mme Cook était particulièrement sujette au choc nerveux. Hélas, oui. Sa vie a été une suite de dépressions nerveuses. Si cette circonstance spéciale avait été signalée à Me Swinfen, cela aurait pu créer une plus grande prévisibilité, de manière à le rendre responsable. Mais cet argument n'a pas été avancé au cours des débats. Et quand Me Moloney a interrogé Me Swinfen, il n'a pas réussi à démontrer que celui-ci avait été mis au courant de l'existence de circonstances spéciales. Tout ce que savait Me Swinfen c'est qu'il s'agissait visiblement d'une femme nerveuse et inquiète, comme le serait d'ailleurs n'importe quelle femme dans la même situation. Cela ne

not mean that he should foresee that, if he was negligent, she would suffer injury to health.

It remains then to consider whether the circumstances in this case are appropriate for an award of damages for mental suffering under the rule in *Hadley v. Baxendale*. The facts relating to the appellant's age and second career and the humiliating treatment meted out to him both preceding and accompanying his dismissal militate in favour of recovery. On the other hand, he was not employed at I.C.B.C. for a particularly long period of time. It was not suggested that he had security of tenure with the respondent. And he is a member of a profession which restricts entry and therefore keeps the job market reasonably buoyant. The employment relationship in this case is clearly distinguishable from that in *Cox v. Philips Industries Ltd.* There were no special circumstances in this case such as the promise of promotion in order to keep the employee from moving to a competitor. Nor did the employment relationship in this case have the special elements of trust and reliance which characterized the promise of employment security in *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.*, *supra*, or membership in a trade union in *Tippett v. International Typographical Union Local 226*, *supra*. I am persuaded therefore that mental suffering would not have been in the reasonable contemplation of the parties at the time the employment contract was entered into as flowing from the appellant's unjust dismissal. I would therefore, like my colleague, deny recovery under this head.

Punitive Damages

As in the case of damages for mental suffering in a breach of contract situation, we have again a long-standing prohibition against punitive damages in contract (see *Addis v. Gramophone Co.*, *supra*; *Guildford v. Anglo-French Steamship Co.* (1883), 9 S.C.R. 303) based on the notion that the sole purpose of contract damages is to compensate the plaintiff. If this is true, then punitive damages would unduly harm the defendant and over-com-

veut toutefois pas dire qu'il devait prévoir que, s'il était négligent, la santé de Mme Cook en serait compromise.

Reste donc à examiner si, dans les circonstances de la présente instance, il convient d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral en application de la règle établie dans la décision *Hadley v. Baxendale*. L'âge de l'appelant, le fait que c'était pour lui une seconde carrière ainsi que le traitement humiliant qui a précédé et accompagné son renvoi sont des points qui militent en faveur de l'attribution de dommages-intérêts. D'un autre côté, il n'avait pas été employé chez I.C.B.C. pendant bien longtemps. On n'a pas prétendu qu'il occupait chez l'intimée un poste permanent. De plus, il est membre d'une profession à laquelle l'admission est restreinte, ce qui crée un marché du travail raisonnablement ferme. Les relations de travail en l'espèce diffèrent nettement de celles dans l'affaire *Cox v. Philips Industries Ltd.* Ici, il n'y a pas de circonstances particulières telles que la promesse d'avancement faite afin de persuader l'employé de ne pas se joindre à un concurrent. Les relations de travail dont il est question dans la présente affaire ne comportent pas non plus l'élément spécial de confiance qui caractérisait la promesse de sécurité d'emploi dans l'affaire *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.*, précitée, ou l'appartenance à un syndicat ouvrier dans l'affaire *Tippett v. International Typographical Union Local 226*, précitée. Je suis donc convaincue qu'au moment de la passation du contrat de travail le préjudice moral n'a pas été raisonnablement envisagé par les parties comme conséquence du renvoi injuste de l'appelant. Cela étant, je partage l'avis de mon collègue de ne pas accorder de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Les dommages-intérêts punitifs

Comme c'est le cas des dommages-intérêts pour préjudice moral lorsqu'il y a eu violation de contrat, il existe une interdiction de vieille date d'accorder des dommages-intérêts punitifs en matière contractuelle (voir l'arrêt *Addis v. Gramophone Co.*, précité, et l'arrêt *Guildford v. Anglo-French Steamship Co.* (1883), 9 R.C.S. 303). Cette interdiction est fondée sur la notion que les dommages-intérêts en matière contractuelle ont pour seul

pensate the plaintiff: see S. M. Waddams, *The Law of Damages*, at pp. 576-77.

An absolute bar against this head of damages in contract was asserted by the majority of the Court of Appeal in the present case as it was also in *Cardinal Construction Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 575 (H.C.), and several others.

However, in *Dale Perusse Ltd. v. Kason* (1985), 6 C.P.C. (2d) 129 (Ont. H.C.), *Noranda Mines Ltd. v. Seaboard Surety Co.* (1985), 7 C.C.E.L. 227 (Ont. Div. Ct.), *Centennial Centre of Science and Technology v. VS Services Ltd.* (1982), 40 O.R. (2d) 253 (H.C.), and *Delmotte v. John Labatt Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 90 (H.C.), the courts refused to strike such a claim from the pleadings. Moreover, in *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79 (Ont. H.C.), punitive damages were awarded for breach of a lease when the defendants were found to have acted in a "high-handed and shockingly contemptuous manner" and used their superior power to "steam-roll" the plaintiff to acquiesce and surrender her legal rights to the lease. In that case the defendants broke the lease by breaking into the plaintiff's premises, removing her belongings and then demolishing the building even when the plaintiff attempted to occupy the premises as she was legally entitled to do. Galligan J. noted that the defendants were anxious to break their lease with the plaintiff and demolish the premises in order to make way for a shopping centre development and stated at p. 87 that purely compensatory damages for breach of contract would be inadequate in these circumstances:

If this Court were to sanction the conduct of the defendants by awarding the plaintiff her actual monetary loss plus nominal damages, then in my opinion the law would say to the rich and powerful, "Do what you

objet d'indemniser le demandeur. Si cela est vrai, alors des dommages-intérêts punitifs préjudicieraient indûment au défendeur et auraient pour effet de «surindemniser» le demandeur: voir S. M. Waddams, *The Law of Damages*, aux pp. 576 et 577.

L'existence d'une interdiction absolue d'accorder des dommages-intérêts punitifs en matière contractuelle a été affirmée par la Cour d'appel à la majorité dans la présente affaire et elle l'a été aussi dans la décision *Cardinal Construction Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 575 (H.C.), ainsi que dans plusieurs autres.

Toutefois, dans les affaires *Dale Perusse Ltd. v. Kason* (1985), 6 C.P.C. (2d) 129 (H.C. Ont.), *Noranda Mines Ltd. v. Seaboard Surety Co.* (1985), 7 C.C.E.L. 227 (C. div. Ont.), *Centennial Centre of Science and Technology v. VS Services Ltd.* (1982), 40 O.R. (2d) 253 (H.C.), et *Delmotte v. John Labatt Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 90 (H.C.), les tribunaux ont refusé de radier une telle réclamation des actes de procédure. De plus, dans la décision *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79 (H.C. Ont.), des dommages-intérêts punitifs ont été accordés pour la rupture d'un bail après qu'on ait jugé que les demandeurs avaient agi [TRADUCTION] «de manière tyrannique et scandaleusement méprisante» et qu'ils s'étaient servis de leur pouvoir supérieur pour [TRADUCTION] «forcer» la demanderesse à acquiescer et à renoncer à ses droits au bail. Dans cette affaire, les défendeurs ont rompu le bail en s'introduisant par effraction chez la demanderesse, en enlevant ses biens et puis en démolissant l'édifice, même quand la demanderesse a tenté d'occuper les lieux, comme elle était en droit de le faire. Le juge Galligan a souligné que les défendeurs tenaient beaucoup à rompre le bail de la demanderesse et à démolir l'édifice afin de permettre la construction d'un centre commercial, et il a dit, à la p. 87, que des dommages-intérêts purement indemnitaires pour la violation du contrat ne seraient pas suffisants dans ces circonstances:

[TRADUCTION] Si cette Cour devait sanctionner la conduite des défendeurs en accordant à la demanderesse le montant de sa perte pécuniaire réelle ainsi que des dommages-intérêts symboliques, alors, à mon avis, la

like, you will only have to make good the plaintiff's actual financial loss, which compared to your budget is negligible." The law would say to such persons as the defendants, "Trample on the smaller person's rights, the sanction of that trampling will be only a relatively minor part of the cost of doing business."

In *Edwards v. Lawson Paper Converters Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 99 (Ont. H.C.), punitive damages were awarded against a defendant who breached his employment contract by incorporating his own company and doing business in competition with his employer while still on staff as a salesman. In *New Brunswick Electric Power Commission v. IBEW, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364 (Q.B.), they were awarded when a wildcat strike by a union in winter brought the economy to a halt. Punitive damages were also awarded in *Makarchuk v. Midtransportation Services Ltd.* (1985), 6 C.C.E.L. 169 (Ont. H.C.), when an employer continued to allege for six years that the plaintiff had engaged in fraud and dishonesty during the period of his employment despite the fact that the police and a bonding company had concluded that there was no evidence of any dishonest behaviour by the plaintiff. Likewise punitive damages were awarded in *Thom v. Goodhost Foods Ltd.* (1987), 17 C.C.E.L. 89 (Ont. H.C.), when an employee was dismissed one week after he informed his employer that he must take a leave of absence on the advice of his doctor to deal with a serious medical problem. In that case the employee was tendered with a letter indicating that his resignation had been accepted when in fact it had never been offered. All his medical coverage was discontinued upon his dismissal and the employer raised allegations of wrongful conduct by the plaintiff which were later abandoned. This is admittedly an extreme case. Within a year of his dismissal the plaintiff took his own life. It does, however, illustrate rather dramatically that punijustice se trouverait à dire aux riches et puissants: «Faites à votre guise, vous n'aurez qu'à dédommager le demandeur de sa perte financière réelle, ce qui est négligeable par rapport à votre budget.» La justice se trouverait à dire à des gens comme les défendeurs: «Portez atteinte aux droits des moins forts, car la sanction de cette atteinte ne représentera qu'une partie relativement insignifiante de ce qu'il coûte pour faire des affaires.»

Dans l'affaire *Edwards v. Lawson Paper Converters Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 99 (H.C. Ont.), un défendeur qui avait violé son contrat de travail en constituant sa propre société et en faisant concurrence à son employeur alors qu'il travaillait encore pour celui-ci comme vendeur s'est vu condamner au paiement de dommages-intérêts punitifs. Dans l'affaire *New Brunswick Electric Power Commission v. IBEW, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364 (B.R.), des dommages-intérêts punitifs ont été accordés lorsqu'une grève sauvage déclenchée par un syndicat en hiver a paralysé l'économie. Des dommages-intérêts punitifs ont également été accordés dans la décision *Makarchuk v. Midtransportation Services Ltd.* (1985), 6 C.C.E.L. 169 (H.C. Ont.), quand un employeur a continué à prétendre pendant six ans que le demandeur s'était rendu coupable de fraude et de malhonnêteté pendant la durée de son emploi, et ce, malgré le fait que la police et une compagnie de cautionnement avaient conclu à l'absence de toute preuve d'un comportement malhonnête de la part du demandeur. De même, des dommages-intérêts punitifs ont été accordés dans l'affaire *Thom v. Goodhost Foods Ltd.* (1987), 17 C.C.E.L. 89 (H.C. Ont.), quand un employé a été renvoyé une semaine après avoir informé son employeur que son médecin lui avait dit de prendre un congé pour soigner un grave problème de santé. On avait remis à l'employé en question une lettre portant que sa démission avait été acceptée alors qu'il n'avait jamais offert de démissionner. Dès son renvoi il n'était plus couvert par l'assurance médicale et son employeur lui avait reproché certains méfaits, allégations qui ont par la suite été abandonnées. Certes, il s'agit là d'un cas extrême. Moins d'un an après son renvoi, le demandeur a mis fin à ses jours. C'est un cas qui sert néanmoins d'illustration assez frappante du fait que les dommages-intérêts punitifs ont un rôle à jouer pour ce qui est

tive damages have a role to play in sanctioning those who callously breach employment contracts.

The availability of punitive damages is clearly another area of the law in which there is considerable uncertainty in the jurisprudence. The once firm prohibition against such awards seems to have fallen by the wayside although some courts continue to proclaim it. It is timely therefore for this Court to determine (a) whether punitive damages are available at all in a contractual setting and, if so, (b) under what circumstances.

Again, we may derive assistance from the judgment of Linden J. in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277. In that case he approved the approach taken by Galligan J. in *Nantel v. Parisien* to the effect that punitive damages should be available in order to deter the strong from deliberately and callously disregarding the legal rights of the weak whenever it is in their economic interests to do so. In discussing the decision to award punitive damages in *Nantel v. Parisien* Linden J. stated at pp. 292-93:

> This philosophy recognizes that there may be special cases, the particularly shocking ones, where punitive or exemplary damages may be awarded for breach of contract.
>
> The desirability of furnishing the courts with such a tool has been pointed out by Cooper-Stephenson and Saunders in their book, *Personal Injury Damages in Canada*, where at p. 63 they wrote:
>
> > The general rule that punitive damages are forbidden in claims in contract should be reversed.
>
> Although the *general* principle that punitive damages are not awarded for breach of contract survives, there is no requirement that the general principle be followed invariably. Certainly in the vast majority of situations of contract breach, there would be no possible issue of punitive damages arising. However, just as our courts have recognized the utility of awards for damages for mental suffering caused by breach of contract in appropriate circumstances, so too should punitive damages be allowed where the facts demand that they be awarded. It is clear that such damages would rarely be awarded,

de punir quiconque rompt cyniquement un contrat de travail.

De toute évidence, la question de l'attribution de dommages-intérêts punitifs est un autre domaine du droit au sujet duquel la jurisprudence se révèle fort incertaine. L'interdiction absolue d'autrefois ne semble plus avoir cours, quoique certains tribunaux la proclament encore. Pour cette Cour, il est donc opportun de déterminer a) si des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en matière contractuelle et, dans l'affirmative, b) dans quelles circonstances.

Là encore, nous pouvons nous aider des motifs rédigés par le juge Linden dans l'affaire *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277, où il approuve le point de vue adopté par le juge Galligan dans l'affaire *Nantel v. Parisien*, selon lequel des dommages-intérêts punitifs devraient pouvoir être accordés afin de dissuader les forts de mépriser délibérément et cyniquement les droits des faibles chaque fois que cela sert leurs intérêts économiques. Parlant de la décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans l'affaire *Nantel v. Parisien*, le juge Linden affirme, aux pp. 292 et 293:

> [TRADUCTION] Cette philosophie reconnaît qu'il peut y avoir des cas spéciaux, ceux qui sont particulièrement choquants, où des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires peuvent être accordés pour violation de contrat.
>
> Qu'il soit souhaitable qu'un tel outil soit mis à la disposition des tribunaux a été souligné par Cooper-Stephenson et Saunders dans leur ouvrage intitulé *Personal Injury Damages in Canada*, où ils écrivent, à la p. 63:
>
> > Il y a lieu d'abolir la règle générale interdisant l'attribution de dommages-intérêts punitifs dans le cas de demandes en matière contractuelle.
>
> Bien que le principe *général* de la non-attribution de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat subsiste, rien n'exige qu'il soit suivi invariablement. Certes, dans la vaste majorité des cas de violation de contrat, la question des dommages-intérêts punitifs ne se posera même pas. Toutefois, de même que nos tribunaux ont reconnu l'utilité d'accorder, lorsque cela est indiqué, des dommages-intérêts pour le préjudice moral causé par une violation de contrat, de même des dommages-intérêts punitifs devraient être accordés lorsque les faits le commandent. Il est évident que ces dommages-inté-

but this does not mean that it should *never* be done. To tie the hands of the courts by denying them the power to penalize defendants, who flout contract law in a high-handed and outrageous fashion, is unwise and unnecessary. Punitive damage awards should be part of the judicial arsenal in contract cases in the same way as they are in tort cases. I can see no sound reason to differentiate between them. Canadian courts, unlike English courts, have retained their broad power to award punitive damages in tort cases. Thus, if a high-handed breach of contract also happens to amount to tortious conduct, punitive damages would be awardable pursuant to tort theory. It is said that if this conduct is purely a breach of contract and not tortious, then no punitive damages can be awarded, despite the callousness of the conduct. That makes no sense. It is wrong to treat one contract breach different from another merely because one violates tort principles while the other does not.

rêts seront rarement accordés, mais cela ne veut pas dire qu'ils ne devraient *jamais* l'être. Lier les mains des tribunaux en leur refusant le pouvoir de pénaliser les défendeurs qui, d'une manière tyrannique et scandaleuse, font fi du droit des contrats n'est ni sage ni nécessaire. Les dommages-intérêts punitifs devraient faire partie de l'arsenal judiciaire dans les affaires en matière contractuelle au même titre que dans celles en matière délictuelle. Je ne vois aucune raison valable de faire une distinction entre les deux cas. À la différence des tribunaux anglais, les tribunaux canadiens ont conservé leur vaste pouvoir d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans des affaires relevant du domaine délictuel. Donc, si une violation tyrannique d'un contrat constitue également une conduite délictuelle, des dommages-intérêts punitifs pourraient être accordés conformément aux principes qui s'appliquent en matière délictuelle. Or, on prétend que si cette conduite est purement et simplement une violation de contrat et n'a rien de délictuel, il n'est pas possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs malgré le cynisme de la conduite en question. Cela est illogique. On a tort de traiter une violation de contrat différemment d'une autre simplement parce que l'une va à l'encontre de principes applicables en matière délictuelle alors que l'autre ne le fait pas.

The parties submitted that to introduce punitive damages into contract law would narrow the gap between tort and contract. Like Linden J. I do not see this as a problem. Indeed, greater consistency of judicial approach would appear to be desirable. Moreover, Canadian courts, as well as courts in Australia and New Zealand, have not adopted the restrictive approach to punitive damages in tort espoused by the House of Lords in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129. This Court has affirmed the role of punitive damages in tort including the tort of interference with contracts of employment: see *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425, *H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus*, [1976] 1 S.C.R. 776. It has also stated in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, that a contractual setting does not necessarily render the parties immune from general principles of tort liability.

Les parties ont soutenu que l'introduction de dommages-intérêts punitifs dans le droit des contrats tendrait à rapprocher les domaines délictuel et contractuel l'un de l'autre. Tout comme le juge Linden, je ne vois aucun problème à cela. De fait, une plus grande uniformité dans la façon de procéder des tribunaux paraîtrait souhaitable. En outre, les tribunaux canadiens, non plus que ceux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, n'ont pas adopté à l'égard des dommages-intérêts punitifs en matière délictuelle le point de vue étroit qu'a épousé la Chambre des lords dans l'arrêt *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129. Cette Cour a confirmé le rôle des dommages-intérêts punitifs en matière délictuelle, notamment dans le cas du délit civil d'ingérence dans un contrat de travail: voir *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425, *H. L. Weiss Forwarding Ltd. c. Omnus*, [1976] 1 R.C.S. 776. La Cour a dit également, dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, que l'existence d'un cadre contractuel ne soustrait pas nécessairement les parties à l'application des principes généraux de la responsabilité délictuelle.

The appellant makes a persuasive submission in his factum:

> Generally, it is peculiar that the law requires a higher standard of conduct from the tortfeasor, a stranger, than it does from the parties to an established relationship under a contract. This distortion is particularly troublesome when dealing with a contract of employment since invariably there is nothing akin to equality in the relationship, virtually absolute power residing in the employer. In such a situation, the law ought certainly to insist upon proper conduct by the employer. Punitive damages ought to be available to demonstrate to the respondent and to all employers that the law will not allow an employer to abuse the employee, as the Respondent has done here, with impunity.

Linden J. makes the same point in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, at p. 293:

> In recent years, the principles of damages in tort and contract are becoming more consistent. That is good and should be encouraged. By allowing punitive damages for contract breach, that laudable trend will be advanced. Moreover, hopefully those who plan to breach contracts in a callous fashion will think twice.

> Consequently, I conclude that it is not beyond the power of this Court to award punitive damages in those rare situations where a contract has been breached in a high-handed, shocking and arrogant fashion so as to demand condemnation by the Court as a deterrent.

In his dissent in the Court of Appeal in the present case Anderson J.A. applied the principles set out by Linden J. in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* and concluded that the conduct of the defendant both before and after the wrongful dismissal should be considered. I agree. This broader approach is required if the court's purpose is to punish high-handed, vindictive or otherwise shocking and reprehensible conduct by the defendant.

L'appelant avance dans son mémoire un argument persuasif:

> [TRADUCTION] D'une manière générale, il est curieux que le droit astreigne l'auteur d'un délit civil, c'est-à-dire un inconnu, à l'observation d'une norme de conduite plus élevée que celle à laquelle sont soumises les parties à un contrat, qui crée des relations bien définies. Cette distorsion s'avère particulièrement gênante dans le cas d'un contrat de travail, puisqu'il établit invariablement des rapports inégaux étant donné que l'employeur détient un pouvoir quasi absolu. Dans une situation semblable, le droit devrait certainement insister sur la bonne conduite de l'employeur. Il devrait être possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs afin de démontrer à l'intimée et à tous les employeurs que le droit n'admettra pas qu'un employeur inflige à un employé un traitement abusif, comme l'a fait l'intimée en l'espèce, et qu'il reste impuni.

Le juge Linden fait la même observation dans l'affaire *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, à la p. 293:

> [TRADUCTION] Au cours des dernières années, les principes applicables aux dommages-intérêts en matières délictuelle et contractuelle s'uniformisent de plus en plus. Cela est bien et le phénomène devrait être encouragé. S'il est permis d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat, cette tendance louable sera maintenue. On pourra donc espérer que ceux qui envisagent de violer cyniquement un contrat y réfléchiront à deux fois avant de le faire.

> Par conséquent, je conclus que cette cour a compétence pour accorder des dommages-intérêts punitifs dans les rares cas où un contrat a été violé d'une manière tyrannique, choquante et arrogante, de sorte qu'une condamnation de la part de la cour s'impose à titre de mesure dissuasive.

Dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés en l'espèce, le juge Anderson de la Cour d'appel a appliqué les principes énoncés par le juge Linden dans l'affaire *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* et est arrivé à la conclusion que la conduite de la défenderesse aussi bien avant qu'après le renvoi injustifié devrait être prise en considération. Je souscris à cette opinion. Cette approche plus large est de rigueur si l'intention de la cour est de punir une conduite de la défenderesse qui est tyrannique, vindicative ou par ailleurs choquante et répréhensible.

I do not share my colleague's view that punitive damages can only be awarded when the misconduct is in itself an "actionable wrong". In my view, the correct approach is to assess the conduct in the context of all the circumstances and determine whether it is deserving of punishment because of its shockingly harsh, vindictive, reprehensible or malicious nature. Undoubtedly some conduct found to be deserving of punishment will constitute an actionable wrong but other conduct might not. I respectfully adopt the following statement made by Clement J.A. in *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (Alta. C.A.), at p. 167:

> It is the reprehensible conduct of the wrongdoer which attracts the principle, not the legal category of the wrong out of which compensatory damages arise and in relation to which the conduct occurred. To place arbitrary limitations upon its application is to evade the underlying principle and replace it with an uncertain and debatable jurisdiction.

Nor would I draw the wide divergence that my colleague does between the duties owed to a neighbour under the law of tort and the duties that are breached in contract by the type of flagrant and deliberate misconduct that would merit an award of punitive damages. I agree with the appellant that it would be odd if the law required more from a stranger than from the parties to a contract. The very closeness engendered by some contractual relationships, particularly employer/employee relationships in which there is frequently a marked disparity of power between the parties, seems to me to give added point to the duty of civilized behaviour.

In my view, the facts of this case disclose reprehensible conduct on the part of the respondent towards a sensitive, dedicated and conscientious employee. The appellant was harassed and humiliated and, so the learned trial judge found, ulti-

Je ne partage pas le point de vue de mon collègue selon lequel des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés que si la mauvaise conduite constitue en elle-même «un méfait donnant ouverture à un droit d'action». Selon moi, la bonne méthode consiste à évaluer la conduite à la lumière de toutes les circonstances et à déterminer si elle mérite d'être punie en raison de son caractère scandaleusement dur, vengeur, répréhensible ou malicieux. Sans aucun doute, une certaine conduite dont on juge qu'elle mérite d'être punie constituera un méfait donnant ouverture à un droit d'action tandis que ce ne sera pas nécessairement le cas d'un autre type de conduite. En toute déférence, je fais mienne la déclaration suivante faite par le juge Clement de la Cour d'appel dans l'affaire *Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (C.A. Alb.), à la p. 167:

> [TRADUCTION] C'est la conduite répréhensible de l'auteur du méfait qui fait en sorte que le principe s'applique, et non la catégorie juridique de la faute qui donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts indemnitaires et à laquelle est lié le comportement en cause. En imposant des restrictions arbitraires à son application, on se départit du principe sous-jacent et on le remplace par une compétence douteuse et discutable.

De plus, je ne ferais pas une distinction aussi nette que celle que fait mon collègue entre les obligations qu'une personne a envers son prochain en matière délictuelle et les obligations auxquelles on manque en matière contractuelle par une inconduite flagrante et délibérée méritant l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Je suis d'accord avec l'appelant qu'il serait étrange si le droit exigeait davantage dans le cas d'un inconnu qu'il ne le fait dans celui des parties à un contrat. L'étroitesse même de certaines relations contractuelles, particulièrement les relations entre employeur et employé, où il existe souvent entre les parties une inégalité de pouvoir marquée, me semble rendre d'autant plus importante l'obligation de se comporter d'une façon civilisée.

À mon avis, les faits de la présente affaire révèlent une conduite répréhensible de la part de l'intimée envers un employé sensible, dévoué et consciencieux. L'appelant a été harcelé et humilié et, selon ce qu'a constaté le juge de première

mately dismissed for no cause after a sustained period of such treatment. Anderson J.A. in dissent described the respondent's conduct as follows at pp. 58-59:

> In the case on appeal, the defendant engaged in a continuous course of reprehensible conduct for several months prior to the date of termination and persisted in its groundless allegations of incompetence against the appellant up to and throughout the trial. The conduct of the defendant, as found by the trial judge, may be summarized as follows:
>
> (1) Inquisitorial practices over a substantial period of time;
> (2) Duress—termination with reasonable notice only if the appellant admitted that he was incompetent;
> (3) Colourable attempt to find the appellant other employment with the company in a thinly disguised effort to damage the reputation of the appellant;
> (4) Persistence in groundless allegations of incompetence up to and including the trial.

Anderson J.A. would have allowed the appeal on the punitive damages issue and awarded the appellant punitive damages in the sum of $5,000. The quantum that Anderson J.A. would have awarded is, I believe, a reasonable one and in keeping with the Canadian experience in the award of relatively modest punitive damages. When the purpose of the award is to reflect the court's awareness and condemnation of flagrant wrongdoing and indifference to the legal rights of other people, the award does not need to be excessive. I would allow the appeal on the punitive damages issue in this Court in order to give effect to Anderson J.A.'s judgment. I would also award the appellant his costs both here and in the courts below.

Appeal dismissed with costs, WILSON *and* L'HEUREUX-DUBÉ JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.

instance, il a finalement été renvoyé sans justification après avoir subi ce traitement pendant une période prolongée. Le juge Anderson, dissident en Cour d'appel, décrit ainsi la conduite de l'intimée, aux pp. 58 et 59:

> [TRADUCTION] En l'espèce, la défenderesse s'est livrée continûment à une conduite répréhensible pendant plusieurs mois antérieurement au congédiement et, jusqu'au procès et pendant celui-ci, elle a persisté à formuler contre l'appelant des allégations d'incompétence non fondées. La conduite de la défenderesse, d'après les constatations du juge de première instance, peut se résumer ainsi:
>
> (1) Le recours à des pratiques inquisitoriales pendant une période assez longue;
> (2) L'exercice de contrainte—renvoi avec un préavis raisonnable seulement si l'appelant s'avouait incompétent;
> (3) Une tentative spécieuse de trouver à l'appelant un autre emploi au sein de la compagnie dans le but, à peine déguisé, de nuire à sa réputation;
> (4) La persistance à formuler des allégations d'incompétence non fondées jusqu'au procès et pendant celui-ci.

Le juge Anderson aurait accueilli l'appel sur la question des dommages-intérêts punitifs et accordé à l'appelant des dommages-intérêts punitifs de 5 000 $. Le montant que le juge Anderson aurait accordé est, selon moi, raisonnable et conforme à l'expérience canadienne qui consiste à accorder des dommages-intérêts punitifs relativement modestes. Lorsque les dommages-intérêts visent à refléter la connaissance et la condamnation par la cour d'un méfait flagrant et d'un mépris des droits d'autrui, leur montant n'a pas à être excessif. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur la question des dommages-intérêts punitifs en cette Cour de manière à rendre exécutoire le jugement du juge Anderson. Je suis en outre d'avis d'accorder à l'appelant ses dépens en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WILSON *et* L'HEUREUX-DUBÉ *sont dissidentes en partie.*

Procureurs de l'appelant: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Russell & DuMoulin, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 7, 1989 Vol. 1

7e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 1133-1336

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 1133-1336

NOTICE

Volume 1 of the Supreme Court Reports [1989] will contain nine parts.

August 1989

AVIS

Le premier volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1989] comprend neuf cahiers.

Août 1989

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Air Canada *v.* British Columbia **1161**

Taxation — Provincial powers — Tax levied first purchaser of gasoline following manufacture — Tax amended to apply to purchaser ultimately consuming gasoline — Airlines involved in interprovincial and international service taxed for fuel purchases in province — Whether or not original tax *ultra vires* the province — Whether or not amended tax *ultra vires* the province — If so, whether or not taxes paid by mistake under *ultra vires* statute refundable — Whether or not taxes contrary to s. 7 Charter right to liberty — If so, whether or not taxes justified under s. 1 — Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162, s. 25(1), (2), (3), (4), (5) — Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, c. 32, s. 7 — Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(2), (10)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Statutes — Retroactive operation — Taxing statutes — *Ultra vires* taxing provision amended — Amendment providing for retroactive operation of amendment — Whether or not retroactive application of taxing provision *ultra vires* the province — Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, c. 5, s. 20.

Brooks *v.* Canada Safeway Ltd. **1219**

Civil rights — Employment — Sex discrimination — Pregnancy — Company's accident and sickness plan excluding pregnant women from benefits during a seventeen-week period — Whether plan discriminates against pregnant employees —

Continued on next page

SOMMAIRE

Air Canada *c.* Colombie-Britannique **1161**

Droit fiscal — Pouvoirs provinciaux — Taxe prélevée sur le premier acheteur d'essence après sa production — Taxe modifiée de manière à frapper l'acheteur qui consomme l'essence — Lignes aériennes fournissant un service interprovincial et international assujetties à une taxe sur le carburant acheté dans la province — La taxe initiale était-elle *ultra vires* de la province? — La taxe modifiée est-elle *ultra vires* de la province? — Dans l'affirmative, des taxes acquittées par erreur en vertu d'une loi qui est *ultra vires* sont-elles remboursables? — Les taxes portent-elles atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, les taxes sont-elles justifiées par l'article premier? — Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162, art. 25(1), (2), (3), (4), (5) — Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, chap. 32, art. 7 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2), (10)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Législation — Effet rétroactif — Lois fiscales — Modification d'une disposition fiscale qui était *ultra vires* — Modification ayant un effet rétroactif — La province avait-elle compétence pour appliquer rétroactivement une disposition fiscale? — Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, chap. 5, art. 20.

Brooks *c.* Canada Safeway Ltd. **1219**

Libertés publiques — Emploi — Discrimination fondée sur le sexe — Grossesse — Femmes enceintes privées de prestations

Suite à la page suivante

Whether discrimination on the basis of pregnancy is discrimination on the basis of sex — The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

Canadian Pacific Air Lines Ltd. *v.* British Columbia 1133

Taxation — Provincial powers — Tax levied goods purchased in or brought into province — Tax applied to aircraft and aircraft parts and in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province — Airlines involved in interprovincial and international service — Whether or not tax should be imposed on aircraft and aircraft parts — Whether or not tax should be imposed on in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province — If tax inapplicable, whether or not tax collected should be refunded — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, ss. 1, 2(1), (4), 5.

Courts — Judgments — Judgment granted in one set of actions finding tax inapplicable — Second action seeking same finding — Second action also raising additional issues, including whether or not tax collected under inapplicable tax refundable.

Janzen *v.* Platy Enterprises Ltd. 1252

Civil rights — Employment — Sex discrimination — Sexual harassment — Whether sexual harassment in the workplace is discrimination on the basis of sex — Whether employer liable for employee's actions — Quantum of damages — The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

Costs — Manitoba Human Rights Commission — Costs should only be ordered against the Commission in exceptional circumstances.

R. *v.* Turpin 1296

Constitutional law — Charter of Rights — Trial by jury — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that an accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused may waive their Charter right to a jury trial.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Trial by jury — Whether an accused may waive his Charter right to a jury trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

Criminal law — Trial by jury — Murder — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429

Continued on next page

d'invalidité pendant dix-sept semaines en vertu du régime d'assurance maladie et d'accidents de la société — Le régime crée-t-il de la discrimination envers les employées enceintes? — La discrimination fondée sur la grossesse est-elle de la discrimination fondée sur le sexe? — Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

Canadian Pacific Air Lines Ltd. *c.* British Columbia 1133

Droit fiscal — Pouvoirs provinciaux — Taxe perçue à l'égard des biens achetés ou importés dans la province — Taxe frappant les aéronefs, les pièces d'aéronef et les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin — Lignes aériennes assurant un service interprovincial et international — Les aéronefs et les pièces d'aéronef devraient-ils être assujettis à la taxe? — Les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin devraient-elles être assujetties à la taxe? — Si la taxe est inapplicable, les sommes perçues devraient-elles être remboursées? — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 1, 2(1), (4), 5.

Tribunaux — Jugements — Taxe déclarée inapplicable dans le jugement rendu relativement à un ensemble d'actions — Seconde action demandant un jugement identique — Seconde action soulevant également d'autres questions, notamment celle de savoir si les sommes perçues en acquittement d'une taxe inapplicable sont remboursables.

Janzen *c.* Platy Enterprises Ltd. 1252

Libertés publiques — Emploi — Discrimination sexuelle — Harcèlement sexuel — Le harcèlement sexuel en milieu de travail constitue-t-il de la discrimination fondée sur le sexe? — L'employeur est-il responsable des actes de son employé? — Montant des dommages-intérêts — Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

Dépens — Commission des droits de la personne du Manitoba — La Commission ne devrait être condamnée aux dépens que dans des circonstances exceptionnelles.

R. *c.* Turpin 1296

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès par jury — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les prévenus peuvent-ils renoncer au droit que leur garantit la Charte à un procès par jury?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Procès par jury — Un prévenu peut-il renoncer au droit que lui

Suite à la page suivante

and 430 of the Criminal Code violate ss. 11(f) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

garantit la Charte à un procès par jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

Droit criminel — Procès par jury — Meurtre — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils les art. 11f) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the province of British Columbia *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland and the Canadian National Railway Company *Interveners*

and between

Air Canada *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the province of British Columbia, the Attorney General of the province of British Columbia, the Minister of Finance for the province of British Columbia and E. J. Turner, in his capacity as Commissioner, ***Social Service Tax Act*** *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland and the Canadian National Railway Company *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. *v.* BRITISH COLUMBIA

File Nos.: 17875, 17902, 17910, 19602.

1988: June 8, 9, 10; 1989: May 4.

Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd. *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intervenants*

et entre

Air Canada *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, le procureur général de la province de la Colombie-Britannique, le ministre des finances de la province de la Colombie-Britannique et E. J. Turner en sa qualité de commissaire en vertu de la ***Social Service Tax Act*** *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: LIGNES AÉRIENNES CANADIEN PACIFIQUE LTÉE *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE

N^os^ du greffe: 17875, 17902, 17910, 19602.

1988: 8, 9, 10 juin; 1989: 4 mai.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Taxation — Provincial powers — Tax levied goods purchased in or brought into province — Tax applied to aircraft and aircraft parts and in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province — Airlines involved in interprovincial and international service — Whether or not tax should be imposed on aircraft and aircraft parts — Whether or not tax should be imposed on in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province — If tax inapplicable, whether or not tax collected should be refunded — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, ss. 1, 2(1), (4), 5.

Courts — Judgments — Judgment granted in one set of actions finding tax inapplicable — Second action seeking same finding — Second action also raising additional issues, including whether or not tax collected under inapplicable tax refundable.

British Columbia's *Social Service Tax Act* provided for a tax on the purchase of tangible goods purchased in British Columbia. It also imposed the tax on goods purchased outside the province and brought into the province by its residents or businesses carrying on business in the province. The tax was applied to aircraft and aircraft parts and was calculated, in accordance with different formulae negotiated with each airline, on the percentage of miles travelled by the aircraft in airspace over British Columbia to the total miles travelled. The formulae had no statutory base. All aircraft and parts were bought outside the province and were used to meet the airlines' operational needs on flights forming part of a more comprehensive international and interprovincial service. The aircraft were in constant use. The airlines also collected this tax in respect of in-flight liquor sales made to passengers in airspace over British Columbia if the flight originated or terminated in, or connected two points within, the province.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit fiscal — Pouvoirs provinciaux — Taxe perçue à l'égard des biens achetés ou importés dans la province — Taxe frappant les aéronefs, les pièces d'aéronef et les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin — Lignes aériennes assurant un service interprovincial et international — Les aéronefs et les pièces d'aéronef devraient-ils être assujettis à la taxe? — Les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin devraient-elles être assujetties à la taxe? — Si la taxe est inapplicable, les sommes perçues devraient-elles être remboursées? — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 1, 2(1), (4), 5.

Tribunaux — Jugements — Taxe déclarée inapplicable dans le jugement rendu relativement à un ensemble d'actions — Seconde action demandant un jugement identique — Seconde action soulevant également d'autres questions, notamment celle de savoir si les sommes perçues en acquittement d'une taxe inapplicable sont remboursables.

La *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique imposait une taxe sur les biens tangibles achetés dans cette province. Elle assujettissait également à la taxe des biens achetés à l'extérieur de la province et importés dans celle-ci par ses résidents ou des entreprises y exerçant leurs activités. La taxe était payée à l'égard d'aéronefs et de pièces d'aéronef et était calculée, suivant différentes formules négociées avec chaque ligne aérienne, en fonction du pourcentage que représentaient le nombre de milles parcourus par l'aéronef dans l'espace aérien provincial par rapport au millage total. Ces formules n'avaient aucun fondement légal. Tous les aéronefs et toutes les pièces avaient été achetés à l'extérieur de la province et les lignes aériennes s'en servaient pour répondre aux besoins de leur entreprise relativement à des vols faisant partie d'un service international et interprovincial de plus grande envergure. Les aéronefs étaient constamment en service. Les lignes aériennes percevaient également cette taxe sur les boissons alcooliques vendues à leurs passagers dans l'espace aérien au-dessus de la Colombie-Britannique, si le vol partait de la province, prenait fin dans la province ou reliait deux endroits dans la province.

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

The First Appeal

Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. were granted declarations in the Supreme Court of British Columbia that this tax did not or could not constitutionally apply (a) to their aircraft and aircraft parts, such as engines, when used on flights that originate from, terminate in or connect two points in the province, and (b) to their in-flight sales of alcoholic beverages. Air Canada later applied for and was granted the same relief in relation to an earlier action brought by it. The Court of Appeal set aside the declaration with respect to the tax on aircraft and aircraft parts but upheld the declaration relating to liquor sales. The three airlines appealed that Court's decision as it related to the tax on aircraft and aircraft parts and the province cross-appealed that decision as it related to the tax on alcoholic beverages.

The Second Appeal

Air Canada had commenced its action by writ of summons issued before the applications in the first appeal had been made but only proceeded to trial after the judgment of the Court of Appeal had been rendered in those applications. In its action, Air Canada sought not only declarations as to the applicability and constitutionality of the Act but also other relief including recovery of the taxes paid in respect of aircraft and aircraft parts and of the tax on in-flight liquor sales. Air Canada also raised a number of "new issues". It queried whether the tax as it applied to its operation was authorized by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, and whether it infringed on the federal powers over aeronautics and over interprovincial trade and undertakings. In this Court it also relied on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The action was dismissed at trial and on appeal on the ground that the issue (including the new issues) had been decided in the first appeal and in any event that the new issues were groundless. Air Canada appealed to this Court. In this Court, the Crown argued that even if Air Canada succeeded on its points, Air Canada could not recover because it had paid the taxes under a mistake of law.

Le premier pourvoi

Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd. ont obtenu en Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement déclarant qu'au regard de la Constitution la taxe ne s'appliquait pas ni ne pouvait s'appliquer a) à leurs aéronefs et aux pièces d'aéronef, telles que des moteurs, utilisés relativement à des vols partant de la province, prenant fin dans la province ou reliant deux endroits dans la province, ni b) aux boissons alcooliques vendues à bord de ces vols. Air Canada a par la suite demandé et obtenu le même redressement à l'égard d'une action qu'elle avait engagée antérieurement. La Cour d'appel a annulé le jugement déclaratoire pour ce qui était de la taxe sur les aéronefs et les pièces d'aéronef, mais elle l'a confirmé dans la mesure où il visait la vente de boissons alcooliques. Les trois lignes aériennes ont formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel dans la mesure où il se rapportait à la taxe sur les aéronefs et les pièces d'aéronef et la province a formé un pourvoi incident contre le même arrêt dans la mesure où il se rapportait à la taxe sur les boissons alcooliques.

Le second pourvoi

Air Canada avait engagé une action par voie de bref d'assignation délivré avant que ne soient faites les demandes dont il est question dans le premier pourvoi, mais elle n'est allée de l'avant avec cette action qu'après que la Cour d'appel eut statué sur ces demandes. L'action d'Air Canada visait à obtenir non seulement un jugement déclaratoire concernant l'applicabilité et la constitutionnalité de la Loi, mais aussi d'autres redressements, dont le remboursement des taxes payées à l'égard des aéronefs et des pièces d'aéronefs, et à l'égard des boissons alcooliques vendues à bord d'aéronefs. Air Canada a également soulevé un certain nombre de «nouvelles questions». Elle a demandé si la taxe, dans la mesure où elle s'appliquait à son entreprise, était permise par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et si elle empiétait sur la compétence fédérale en matière d'aéronautique et en matière de commerce et d'entreprises interprovinciaux. En cette Cour, elle a également invoqué l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'action a été rejetée en première instance et en appel pour le motif que la question (y compris les nouvelles questions) avait été tranchée lors du premier pourvoi et que, de toute façon, les nouvelles questions étaient sans fondement. Air Canada s'est pourvue devant cette Cour. Sa Majesté a fait valoir devant nous que même si Air Canada obtenait gain de cause sur ses points, elle ne pourrait pas obtenir de remboursement étant donné qu'elle avait payé les taxes par suite d'une erreur de droit.

Held: The airlines' first appeal relating to taxes on the aircraft and parts should be allowed and the province's cross-appeal relating to taxes on in-flight sales of alcoholic beverages should be dismissed.

Per Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The predominant purpose of the *Social Service Tax Act* was to impose a retail tax payable by the ultimate consumer of the goods in the province. The provision relating to tax on goods brought into the province for consumption by the ultimate consumer was to serve as a supplementary provision to guard against avoidance of the purchase tax by a consumer's purchasing goods outside the province. It was aimed at goods brought into the province on a permanent basis. It had no application to aircraft regularly flying in and out of the province. If it did so apply, it would, if it were to be imposed by all provinces on interprovincial airlines, place a much heavier burden on these entities than on local airlines and other businesses. An intention on the part of the Legislature to enact a measure having such discriminatory potential should not be lightly assumed. The formulae which were used to alleviate any unfair tax burden on the airlines were without statutory basis and so did not bind the taxing authorities. It was unnecessary to decide if such a formula, given properly framed legislation, would impose an undue burden on interprovincial undertakings.

There was not sufficient presence in the province to provide a basis for the imposition of the tax on in-flight sales of alcohol, whether that sale occurred in an overflight or in a flight originating or terminating in a province.

Held: The second appeal by Air Canada should be allowed as regards the amount claimed for taxes unlawfully collected in respect of its aircraft and parts.

Per Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Since the issue regarding the applicability of the Act had now been decided in Air Canada's favour in the first appeal (i.e., the Act did not apply to it), there was no reason why it should be refused recovery. The fact that Air Canada paid the money on the basis of a mistake of law does not preclude recovery as is explained in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161. The new issues were also rejected for the reasons given in that case.

Arrêt: Le premier pourvoi des lignes aériennes se rapportant aux taxes sur les aéronefs et sur les pièces est accueilli et le pourvoi incident de la province se rapportant aux taxes sur les boissons alcooliques vendues à bord des aéronefs est rejeté.

Les juges Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé: La *Social Service Tax Act* a pour objet prédominant d'imposer une taxe de vente au détail payable par les consommateurs éventuels des biens dans la province. La disposition imposant une taxe sur les biens apportés dans la province en vue de leur consommation par ces derniers est une disposition complémentaire destinée à empêcher que les consommateurs ne se soustraient à la taxe de vente en achetant des biens à l'extérieur de la province. Ce qui était visé était le fait d'apporter des articles dans la province pour qu'ils y restent en permanence. La Loi ne s'appliquait pas aux aéronefs qui s'envolaient de la province ou qui y arrivaient sur une base régulière. Si elle avait une telle application et si toutes les provinces assujettissaient les lignes aériennes interprovinciales à une telle taxe, ces dernières auraient à supporter une charge nettement plus lourde que celle imposée aux lignes aériennes locales et à d'autres entreprises. On ne devrait pas prêter à la légère au législateur une intention d'adopter une mesure présentant de telles possibilités de discrimination. Les formules employées pour alléger le fardeau injuste que la taxe pourrait imposer aux lignes aériennes étaient dénuées de tout fondement légal et ne liaient donc pas le fisc. Il n'était pas nécessaire de décider si une telle formule, en présence d'un texte législatif bien conçu à cette fin, grèverait indûment les entreprises interprovinciales.

Il n'y a pas de présence dans la province qui soit suffisante pour justifier l'imposition de la taxe sur les boissons alcooliques vendues à bord d'aéronefs, que ces ventes aient lieu au cours d'un survol ou à bord d'un vol qui part de la province ou qui y prend fin.

Arrêt: Le second pourvoi d'Air Canada est accueilli en ce qui concerne le remboursement des taxes illégalement perçues à l'égard de ses aéronefs et pièces d'aéronef.

Les juges Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé: Étant que la question de l'applicabilité de la Loi a été tranchée en faveur d'Air Canada dans le premier pourvoi (c'est-à-dire que la Loi ne s'applique pas à elle), il n'y a aucune raison de lui refuser le remboursement. Le fait qu'Air Canada a payé les sommes par suite d'une erreur de droit ne l'empêche pas d'en obtenir le remboursement, tel qu'expliqué dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161. Les nouvelles questions sont également rejetées pour les raisons données dans cette affaire.

Air Canada cannot recover the money paid by its passengers for the tax on alcoholic beverages. It was simply acting as an agent to collect it under the Act.

Per Beetz J.: The reasons of La Forest J. were agreed with, subject to the qualifications expressed in *Air Canada v. British Columbia*.

Per McIntyre J.: The reasons of La Forest J. were agreed with, subject to the qualifications expressed by Beetz J.

Per Wilson J.: For the reasons given by La Forest J., the *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, as a matter of statutory interpretation, does not apply to the respondent airlines' aircraft and parts. The payment made by Air Canada on account of taxes under the Act was accordingly made under a mistake of law. Since moneys paid under a mistake of law should, like moneys paid under a mistake of fact, be recoverable, the respondent airlines' mistake afforded no defence to the province against a claim for recovery of the moneys paid.

The imposition of the tax on the sale of alcoholic beverages to passengers while airborne over British Columbia was unconstitutional since such sales did not take place "within the province". These moneys were not, however, recoverable by the respondent airlines because, although they represented payments made under unconstitutional legislation, the tax was imposed on and paid by the passengers who purchased drinks. The airlines were merely tax collectors, not taxpayers, and could not claim recovery of the money for their own use and benefit.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Case)*, [1939] A.C. 117.

Air Canada ne peut obtenir le remboursement des sommes payées par ses passagers en acquittement de la taxe sur les boissons alcooliques. Elle faisait simplement office de percepteur en vertu de la Loi.

Le juge Beetz: Il y a adhésion aux motifs du juge La Forest, sauf en ce qui concerne les réserves exprimées dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*.

Le juge McIntyre: Il y a adhésion aux motifs du juge La Forest, sauf en ce qui concerne les réserves exprimées par le juge Beetz.

Le juge Wilson: Pour les raisons données par le juge La Forest, la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, selon les règles applicables en matière d'interprétation des lois, ne s'applique pas aux aéronefs et aux pièces des lignes aériennes intimées. Le paiement fait par Air Canada en acquittement des taxes imposées sous le régime de la Loi a donc été fait par suite d'une erreur de droit. Puisque les sommes versées par suite d'une erreur de droit devraient être remboursables tout comme les sommes versées par suite d'une erreur de fait, la province ne peut opposer l'erreur commise par les lignes aériennes intimées comme moyen de défense à une demande de remboursement des sommes versées.

L'imposition de la taxe sur la vente de boissons alcooliques aux passagers à bord des aéronefs qui survolent la Colombie-Britannique est inconstitutionnelle puisque ces ventes ne sont pas effectuées «dans les limites de la province». Cependant, les lignes aériennes intimées ne peuvent se faire rembourser ces sommes puisque, même si elles ont été payées en vertu d'un texte législatif inconstitutionnel, la taxe était imposée aux passagers qui achetaient des boissons et acquittée par ceux-ci. Les lignes aériennes n'étaient que des percepteurs de taxe et non des payeurs de taxe, et elles ne pouvaient demander le remboursement des sommes pour leurs propres usage et profit.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (nº 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Affaire des banques albertaines)*, [1939] A.C. 117.

By Wilson J.

Followed: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Supreme Court Rules, ss. 10(1)(*b*), 18(1), (2), (3), (6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162.
Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, ss. 1, 2(1), (4), 5.

Authors Cited

Scott, F. R. Comment (1934), 12 *Can. Bar Rev.* 303.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1982] B.C.W.L.D. 641, allowing in part an appeal, heard together, from a judgment of Proudfoot J. (with respect to Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd.) and a judgment of Callaghan J. (with respect to Air Canada) as those judgments related to the non-applicability of tax to aircraft and aircraft parts but dismissing the appeal as it related to the inapplicability of the tax to in-flight sales of alcoholic beverages. The airlines' first appeal relating to taxes on the aircraft and parts should be allowed and the province's cross-appeal relating to taxes on in-flight sales of alcoholic beverages should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Macdonald J. The second appeal by Air Canada as regards the amount claimed for taxes unlawfully collected in respect of its aircraft and parts should be allowed.

Wendy G. Baker and *Peter G. Voith*, for the appellants Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd.

D. M. M. Goldie, Q.C., W. S. Martin, C. F. Willms and *R. G. Berrow*, for the appellant Air Canada.

E. Robert A. Edwards, Q.C., and *Joseph J. Arvay, Q.C.*, for the respondents the province of British Columbia, et al.

Cité par le juge Wilson

Arrêt suivi: *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.

Lois et règlements cités

British Columbia Supreme Court Rules, art. 10(1)*b*), 18(1), (2), (3), (6).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 1, 2(1), (4), 5.

Doctrine citée

Scott, F. R. Comment (1934), 12 *R. du B. can.* 303.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1982] B.C.W.L.D. 641, qui a accueilli en partie des appels, entendus ensemble, interjetés contre un jugement du juge Proudfoot (relativement à Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd.) et un jugement du juge Callaghan (relativement à Air Canada), dans la mesure où ces jugements se rapportaient à l'inapplicabilité de la taxe aux aéronefs et aux pièces d'aéronef, mais qui a rejeté les appels dans la mesure où ils se rapportaient à l'inapplicabilité de la taxe aux boissons alcooliques vendues à bord d'aéronefs. Le premier pourvoi des lignes aériennes se rapportant aux taxes sur les aéronefs et sur les pièces est accueilli et le pourvoi incident de la province relativement aux taxes sur les boissons alcooliques vendues à bord d'aéronefs est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Macdonald. Le second pourvoi d'Air Canada relativement au remboursement des taxes illégalement perçues à l'égard de ses aéronefs et pièces est accueilli.

Wendy G. Baker et *Peter G. Voith*, pour les appelantes Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd.

D. M. M. Goldie, c.r., W. S. Martin, C. F. Willms et *R. G. Berrow*, pour l'appelante Air Canada.

E. Robert A. Edwards, c.r., et *Joseph J. Arvay, c.r.*, pour les intimés la province de la Colombie-Britannique, et autre.

Elizabeth Goldberg and *Gerry Sholtack*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Michel Jolin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Reinhold M. Endres, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Richard P. Burns, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Dirk Blevins and *Stewart J. Pierce*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Howard Kushner, for the intervener the Attorney General for Alberta.

F. Greig Crockett, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

D'Arcy McCaffrey, *Q.C.*, and *Joe E. Hershfield*, for the intervener the Canadian National Railway Company.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—Subject to what I have written in the appeals and cross-appeal relating to the *Gasoline Tax Act* of British Columbia, I agree with the reasons of my brother, La Forest J., as well as with his proposed disposition of these appeals.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I agree with the reasons for judgment of my brother, La Forest J., subject to the qualifications expressed by my brother, Beetz J., which I would adopt.

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

LA FOREST J.—The cases considered in this judgment form part of a trilogy of appeals heard at the same time in which the airlines, Canadian Pacific, Pacific Western and Air Canada, raise numerous issues regarding the application and constitutionality of two taxing statutes of British

Elizabeth Goldberg et *Gerry Sholtack*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Jolin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Reinhold M. Endres, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Richard P. Burns, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Dirk Blevins et *Stewart J. Pierce*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Howard Kushner, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

F. Greig Crockett, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

D'Arcy McCaffrey, *c.r.*, et *Joe E. Hershfield*, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Sous réserve de ce que j'ai écrit dans le cadre des pourvois principaux et du pourvoi incident formés relativement à la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique, je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest et j'approuve aussi la façon dont il propose de trancher ces pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Je suis d'accord avec les motifs de jugement de mon collègue le juge La Forest, sauf en ce qui concerne les réserves exprimées par mon collègue le juge Beetz, que je suis d'avis d'adopter.

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

LE JUGE LA FOREST—Les affaires sur lesquelles portent les présents motifs font partie d'une trilogie de pourvois, entendus en même temps, dans lesquels les lignes aériennes Canadien Pacifique, Pacific Western et Air Canada soulèvent de nombreuses questions concernant l'application et

Columbia, the *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, and the *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, c. 162. This judgment deals with the appeals regarding the *Social Service Tax Act*. A first set of appeals involving all three airlines (which for convenience, I shall refer to as the first appeal) raises the questions whether that Act, on its true construction applies, or can constitutionally apply,

(a) to the respondent airlines' aircraft, engines, components, parts, equipment and rotable spares (hereafter compendiously referred to as "aircraft and parts") when used on flights that originate from, terminate in or connect two points in the province, and

(b) to sales by the airlines of alcoholic beverages which are served to passengers on such flights after the aircraft is airborne and has achieved cruising speed.

The second appeal is by Air Canada alone. In addition to raising supplementary arguments relating to the first of the above questions, Air Canada seeks to recover the taxes paid. This raises the further question whether, assuming the taxes were wrongly collected, they can be recovered by Air Canada. The latter question raises two issues: whether taxes paid under a mistake of law are recoverable, and whether Air Canada may recover the taxes on the alcoholic beverages on behalf of the passengers. All of these additional questions (except the issue concerning the recovery of the taxes on alcoholic beverages) were also raised in the appeal concerning the *Gasoline Tax Act* (the third appeal) where they were more directly addressed, and I shall, therefore, deal with them in the judgment on that appeal, which is issued contemporaneously with this judgment.

la constitutionnalité de deux lois fiscales de la Colombie-Britannique, savoir la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, et la *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, chap. 162. Ce sont les pourvois relatifs à la *Social Service Tax Act* qui font l'objet du présent jugement. Dans un premier ensemble de pourvois mettant en cause chacune des trois lignes aériennes (que j'appelle, pour des raisons de commodité, le premier pourvoi), les questions en litige sont de savoir si, selon son sens véritable, cette loi s'applique ou peut constitutionnellement s'appliquer

a) aux aéronefs, aux moteurs, aux composantes, aux pièces, au matériel et aux pièces de rechange durables (ci-après appelés par souci de concision «les aéronefs et les pièces») des lignes aériennes intimées lorsqu'ils sont utilisés pour des vols partant de la province, prenant fin dans la province ou reliant deux endroits dans la province, et

b) à la vente par les lignes aériennes de boissons alcooliques servies aux passagers à bord ce ces vols après que l'aéronef a décollé et qu'il a atteint sa vitesse de croisière.

Le deuxième pourvoi a été formé par Air Canada seulement. En plus d'avancer des arguments supplémentaires concernant la première des questions susmentionnées, Air Canada demande le remboursement des taxes qu'elle a payées. Cela soulève la question additionnelle de savoir si, à supposer que les taxes aient été illégitimement perçues, elles sont susceptibles de recouvrement par Air Canada. De cette dernière question découlent deux autres: celle de savoir si des taxes acquittées par suite d'une erreur de droit sont recouvrables et celle de savoir si Air Canada peut recouvrer au nom de ses passagers les taxes sur les boissons alcooliques. Chacune de ces questions supplémentaires (sauf celle concernant le recouvrement des taxes sur les boissons alcooliques) est également soulevée dans le pourvoi sur la *Gasoline Tax Act* (le troisième pourvoi), où elles sont abordées plus directement. Cela étant, je traiterai ces questions dans le jugement portant sur ce pourvoi, qui est rendu en même temps que les présents motifs.

Background

In general terms, the *Social Service Tax Act* (of which a counterpart exists in most of the provinces) imposes a tax on a person who purchases tangible personal property at a retail sale in the province for his own consumption or use. The tax is based on a percentage of the purchase price. A similar tax is imposed on a person who brings such property in the province for his consumption or use. In the case of the airlines' aircraft and parts brought into the province, the tax, by virtue of administrative formulae not provided by statute, is applied only in respect of flights originating from, terminating in, or connecting two points in the province. According to the formulae, the tax is calculated on the percentage of miles travelled by the aircraft in provincial airspace to the total miles travelled.

More specifically, s. 2(1) imposes the tax in the usual case to which the Act applies, a purchase in the province. It reads:

2. (1) A purchaser shall pay to Her Majesty in right of the Province at the time of making the purchase a tax at the rate of 4% of the purchase price of the property purchased.

Section 1 defines "purchaser" and "retail sale" in a manner that makes it clear that the taxpayer is (minor additions apart) a purchaser who purchases tangible personal property at a retail sale in the province for his own use or consumption. These provisions read:

1. ...

"purchaser" means a person who acquires tangible personal property at a sale in the Province for his own consumption or use, or for the consumption or use by other persons at his expense, or on behalf of, or as the agent for, a principal who desires to acquire such property for consumption or use by that principal or other persons at his expense, and includes a promotional distributor to the extent that the purchase price of the tangible personal property provided by way of promotional distribution exceeds the amount of the

Historique

D'une manière générale, la *Social Service Tax Act* (dont l'équivalent existe dans la plupart des provinces) assujettit à une taxe quiconque achète au détail dans la province un bien meuble tangible pour sa consommation ou son usage personnels. La taxe est basée sur un pourcentage du prix d'achat. Est frappée d'une taxe semblable toute personne qui apporte de tels biens dans la province pour sa consommation ou son usage personnels. Dans le cas des aéronefs et des pièces apportés dans la province par les lignes aériennes, la taxe, en raison de formules administratives non prévues dans la loi, ne s'applique qu'aux vols partant de la province, prenant fin dans la province ou reliant deux endroits dans la province. Suivant ces formules, la taxe se calcule selon le pourcentage que représente le nombre de milles parcourus par l'aéronef dans l'espace aérien provincial par rapport au millage total.

Plus précisément, le par. 2(1) impose la taxe dans le cas où s'applique normalement la Loi, c'est-à-dire dans celui d'un achat fait dans la province. En voici le texte:

[TRADUCTION] **2.** (1) Tout acheteur est tenu de verser à Sa Majesté du chef de la province au moment de l'achat une taxe de 4 % du prix d'achat du bien acheté.

L'article 1 donne aux termes [TRADUCTION] «acheteur» et [TRADUCTION] «vente au détail» des définitions qui révèlent clairement que le contribuable (à quelques exceptions mineures près) est une personne qui achète au détail dans la province des biens meubles tangibles pour son usage ou sa consommation personnels. Les définitions en question sont ainsi conçues:

[TRADUCTION] **1.** ...

«acheteur» désigne une personne qui, à une vente dans la province, se porte acquéreur de biens meubles tangibles destinés à sa consommation ou à son usage personnels ou à la consommation ou à l'usage d'autrui à ses dépens, ou pour le compte ou en tant que mandataire d'un mandant qui désire acquérir ce bien pour sa consommation ou son usage personnels ou pour la consommation ou l'usage d'autrui à ses dépens; ce terme comprend un distributeur publicitaire dans la mesure où le prix d'achat du bien meuble

payment specifically made for it by the person to whom the tangible personal property is so provided;

"retail sale" means a sale to a purchaser for purposes of consumption or use and not for resale;

Section 5 makes provision for collecting the tax through the seller, who is deemed to be an agent of the Minister for the purpose.

Rounding out the scheme is s. 2(4) which imposes a similar tax on persons who reside or carry on business in the province who acquire tangible personal property outside the province. Section 2(4) imposes the tax on any such person who brings into, or receives in the province, any such property acquired by him for value for his own consumption or use. It reads as follows:

2. ...

(4) A person residing or ordinarily resident or carrying on business in the Province who brings or sends into the Province or who receives delivery in the Province of tangible personal property for his own consumption or use, or for the consumption or use of other persons at his expense, or on behalf of, or as the agent for, a principal who desires to acquire such property for the consumption or use by that principal or other persons at his expense, shall immediately report the matter in writing to the commissioner and supply to him all pertinent information as required by him in respect of the consumption or use of the property, and furthermore, at the same time, shall pay to Her Majesty in right of the Province a tax at the rate of 4% of the purchase price of the tangible personal property.

Each airline, while disputing its liability, has paid the tax imposed under s. 2(4) on the basis of a formula as above described. Such formula is prepared pursuant to the following administrative instruction which, as noted, has no statutory base:

Aircraft which, in the opinion of the Commissioner, normally enter into interprovincial or foreign trade are subject to the tax under the Act on the basis of the percentage of miles travelled in the Province to total miles travelled.

tangible fourni à titre publicitaire dépasse le prix qu'a payé pour ce bien la personne à laquelle il a été fourni;

«vente au détail» désigne une vente effectuée à un acheteur à des fins de consommation ou d'usage et non pour la revente;

L'article 5 prescrit la perception de la taxe par le vendeur, lequel est réputé à cette fin être un mandataire du Ministre.

Le régime est complété par le par. 2(4) qui impose une taxe semblable aux personnes résidant ou faisant affaires dans la province qui se portent acquéreurs de biens meubles tangibles à l'extérieur de la province. Le paragraphe 2(4) impose la taxe à quiconque apporte ou reçoit dans la province de tels biens acquis par lui, moyennant une contrepartie, pour sa consommation ou son usage personnels. En voici le texte:

[TRADUCTION] **2.** ...

(4) Une personne qui réside, réside ordinairement ou fait affaires dans la province et qui apporte ou envoie dans la province ou qui y reçoit un bien meuble tangible destiné à sa consommation ou à son usage personnels ou à la consommation ou à l'usage d'autrui à ses dépens, ou pour le compte ou en tant que mandataire d'un mandant qui désire acquérir ce bien pour sa consommation ou son usage personnels ou pour la consommation ou l'usage d'autrui à ses dépens, doit en informer le commissaire par écrit sur-le-champ et lui faire tenir tous les renseignements pertinents dont il peut avoir besoin relativement à la consommation ou à l'usage du bien; de plus, elle doit verser à Sa Majesté du chef de la province une taxe de 4 % du prix d'achat du bien meuble tangible.

Chacune des lignes aériennes, tout en contestant son assujettissement à la taxe imposée en vertu du par. 2(4), l'a tout de même acquittée selon une formule du genre déjà décrit. Cette formule s'établit conformément aux directives administratives suivantes qui, je le répète, n'ont aucun fondement légal:

[TRADUCTION] Les aéronefs qui, de l'avis du commissaire, sont normalement employés dans le commerce interprovincial ou international sont assujettis à la taxe prévue par la Loi, celle-ci étant calculée selon le pourcentage que représente le nombre de milles parcourus dans la province par rapport au millage total.

The formulae, which were negotiated with the airlines, are not the same for each airline. That for Canadian Pacific Air Lines Ltd., according to its petition, is as follows:

$$\frac{C}{M} \times B \times R = T$$

C – Average cost of all aircraft, parts, etc.
M – Total miles travelled by all aircraft during their estimated lives;
B – Total miles travelled by all aircraft in airspace over British Columbia;
R – Rate of tax;
T – Tax payable.

That for Air Canada and Pacific Western Airlines Ltd., on the other hand, reads:

$$\text{TAX} = \frac{\text{Cost of aircraft parts, etc.}}{\text{5 years}} \times \frac{\text{B.C. Miles}}{\text{total miles}} \times \text{Rate of Tax}$$

The flights in respect of which the airlines' aircraft and parts were taxed, as the airlines were careful to underline, form part of a more comprehensive international and interprovincial service. The three airlines provide scheduled and chartered air transportation services within Canada and to points outside Canada. All aircraft used by them in their operation are purchased outside British Columbia. From time to time they also purchase outside British Columbia engines, components, parts, equipment and other tangible property for repairs and overhaul of the aircraft and for equipping the aircraft for their use in the airline operation.

None of the aircraft is used exclusively in airspace over British Columbia. All are used wherever required to meet the operational needs of the airlines. They are in constant use and remain on the ground only for maintenance and repairs, to

Les formules ont été négociées avec les lignes aériennes et ne sont pas les mêmes dans chaque cas. D'après la requête de Canadien Pacifique Ltée, celle qui s'applique dans son cas est la suivante:

$$\frac{C}{M} \times B \times R = T$$

C – Coût moyen de tous les aéronefs, de toutes les pièces, etc.;
M – Total des milles parcourus par tous les aéronefs au cours de leur vie estimée;
B – Total des milles parcourus par tous les aéronefs dans l'espace aérien au-dessus de la Colombie-Britannique;
R – Taux de la taxe;
T – Taxe due.

La formule applicable à Air Canada et à Pacific Western Airlines Ltd., par contre, est la suivante:

$$\text{TAXE} = \frac{\text{Coût des pièces d'aéronef, etc.}}{\text{5 ans}} \times \frac{\text{Milles en C.-B.}}{\text{Millage total}} \times \text{Taux de la taxe}$$

Les vols relativement auxquels les aéronefs et les pièces d'aéronef des lignes aériennes ont été taxés, ainsi que les lignes aériennes ont pris soin de le souligner, font partie d'un service international et interprovincial de plus grande envergure. Les trois lignes aériennes fournissent au Canada et en dehors du Canada des services de transport aérien comprenant des vols réguliers et des vols nolisés. Tous les aéronefs dont elles se servent dans leurs opérations sont achetés à l'extérieur de la Colombie-Britannique. Il arrive à l'occasion qu'elles achètent également à l'extérieur de la Colombie-Britannique des moteurs, des composantes, des pièces, du matériel et d'autres biens tangibles destinés à la réparation et à la remise en état des aéronefs et à l'équipement de ceux-ci en vue de leur utilisation dans les opérations des lignes aériennes.

Aucun des aéronefs en question n'est utilisé exclusivement dans l'espace aérien au-dessus de la Colombie-Britannique. Ils sont tous employés là où ils sont requis pour répondre aux besoins de l'entreprise des lignes aériennes. Constamment en service, les aéronefs ne restent au sol que pour l'entre-

load and unload passengers and cargo, to refuel or restock, or to comply with published schedules.

The first major issue, we saw, relates to the application of s. 2(4) to the aircraft and parts. The second concerns the tax imposed under s. 2(1) on the purchase of alcoholic beverages sold by the airlines to passengers for consumption after the aircraft reaches a cruising altitude and before it lands.

Judicial History

The initial step in these proceedings was taken by Canadian Pacific Air Lines Ltd. on April 28, 1981. It issued a petition pursuant to Rule 10(1)(*b*) of the *British Columbia Supreme Court Rules* which provides for the making of an originating application to the court when the sole or principal issue is one of construction of an enactment or other document. On February 2, 1982, Pacific Western Airlines Ltd. issued a similar petition. Both sought the same relief, i.e., a declaration that the Act on its proper construction did not apply (a) to aircraft and parts purchased outside British Columbia and used in the airlines' flight operation, or (b) to the sale by the airlines of alcoholic beverages aboard aircraft while they are in the airspace over British Columbia.

The two petitions were heard together by Proudfoot J. on February 15, 1982 ([1982] B.C.W.L.D. 641). Proudfoot J. granted the declarations sought by the petitioners. In her view, the cases were governed by *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303. That case was similar to the present except that it was concerned with through-flights over Manitoba and stopovers during flights through Manitoba. In one respect, Proudfoot J. observed, the province's case was stronger than those before her in that there the formula for the tax on airlines was spelled out in the Act. At all events, she saw no reason why the rationale of that case would not extend to flights that originate or terminate in the province or connect two points in the province. As in that case,

tien et les réparations, pour l'embarquement et le débarquement de passagers et de cargaison, pour l'avitaillement ou le réapprovisionnement ou pour respecter les horaires publiés.

La première question importante, comme nous l'avons vu, se rapporte à l'application du par. 2(4) aux aéronefs et aux pièces. La seconde concerne la taxe imposée, en vertu du par. 2(1), sur les boissons alcooliques vendues aux passagers par les lignes aériennes après que l'aéronef ait atteint l'altitude de croisière et avant l'atterrissage.

Historique des procédures judiciaires

La démarche initiale dans ces procédures a été faite par Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée le 28 avril 1981. Elle a alors soumis une requête en vertu de l'al. 10(1)*b*) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, qui autorise à présenter à ladite cour une demande introductive d'instance lorsque l'unique ou la principale question en litige est celle de l'interprétation d'un texte législatif ou d'un autre document. Le 2 février 1982, Pacific Western Airlines Ltd. a déposé une requête semblable. L'une et l'autre requêtes visaient à obtenir le même redressement, savoir un jugement déclarant que, selon son sens véritable, la Loi en cause ne s'appliquait pas a) aux aéronefs et aux pièces achetés à l'extérieur de la Colombie-Britannique et utilisés dans les activités de transport aérien exercées par les lignes aériennes, ni b) à la vente de boissons alcooliques par les lignes aériennes à bord d'aéronefs lorsque ceux-ci survolent la Colombie-Britannique.

Les deux requêtes ont été entendues ensemble par le juge Proudfoot le 15 février 1982 ([1982] B.C.W.L.D. 641). Le juge Proudfoot a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les requérantes. À son avis, les affaires dont elle était saisie étaient régies par l'arrêt *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303. Cette affaire ressemble à la présente, sauf qu'il y était question de vols directs au-dessus du Manitoba et d'escales faites au cours de vols traversant le Manitoba. Dans un sens, a signalé le juge Proudfoot, la preuve soumise par la province était plus convaincante dans cette affaire qu'elle ne l'était dans celles dont elle se trouvait saisie parce que la formule permettant de calculer la taxe à laquelle les lignes aériennes étaient assujetties figurait dans

the aircraft was in the airspace and not in the province, and consequently neither the aircraft and parts nor the liquor attracted the tax.

Some time before these petitions were heard, Air Canada, on May 1, 1981, had commenced an action by writ of summons. It claimed that the Act did not apply to Air Canada and was *ultra vires* the province. In its statement of claim, Air Canada did not restrict its claim for relief to a declaration regarding the applicability and constitutional validity of the tax in relation to its operation, but also sought, among other relief, repayment of the tax collected since 1974.

On July 14, 1982, after Proudfoot J. had declared that Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. were not subject to tax under the Act, Air Canada made an application pursuant to Rule 18(1) of the *British Columbia Supreme Court Rules* for declarations that on its true construction the Act did not apply to Air Canada's aircraft and parts purchased outside British Columbia and used in the flight operation of its airline business or to the sale of alcoholic beverages aboard its aircraft while in the airspace over British Columbia. In short, it applied for precisely the same relief as that granted to Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. alleging that there was no fact which would constitute a defence to the claim of Air Canada in that respect. It did not at that time seek the additional relief set forth in its statement of claim, wishing no doubt to tailor that part of its demand for summary judgment to take advantage of the decision of Proudfoot J. Rule 18 reads as follows:

la loi en cause. Quoi qu'il en soit, elle ne voyait aucune raison pour laquelle la solution adoptée dans cette affaire ne s'appliquerait pas aussi aux vols partant de la province, prenant fin dans la province ou reliant deux endroits dans la province. Tout comme dans cette affaire, les aéronefs se trouvaient dans l'espace aérien et non pas dans la province, de sorte que ni les aéronefs et les pièces ni les boissons alcooliques n'étaient soumis à la taxe.

Le 1er mai 1981, bien avant que les requêtes susmentionnées n'aient été entendues, Air Canada a engagé une action par voie de bref d'assignation. Air Canada prétendait que la Loi ne s'appliquait pas à elle et qu'elle excédait la compétence de la province. Dans sa déclaration, Air Canada a non seulement demandé un jugement déclaratoire concernant l'applicabilité et la constitutionnalité de la taxe dans le cas de ses opérations, mais elle a en outre demandé, entre autres redressements, le remboursement des sommes perçues en acquittement de la taxe depuis 1974.

Le 14 juillet 1982, après que le juge Proudfoot eut déclaré que Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd. n'étaient pas assujetties à la taxe imposée par la Loi, Air Canada a présenté en vertu du par. 18(1) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique une demande visant à faire déclarer que, selon son sens véritable, la Loi ne s'appliquait pas aux aéronefs ni aux pièces qu'Air Canada avait achetés en dehors de la Colombie-Britannique et qu'elle utilisait dans ses activités de transport aérien, ni à la vente de boissons alcooliques à bord de ses aéronefs lorsque ceux-ci survolent la Colombie-Britannique. En bref, Air Canada a demandé précisément le même redressement que celui accordé à Canadien Pacifique Ltée et à Pacific Western Airlines Ltd., en alléguant qu'il n'existait aucun fait qui constituerait un moyen de défense opposable à sa réclamation à cet égard. Elle n'a pas à l'époque sollicité le redressement supplémentaire énoncé dans sa déclaration, car elle désirait sans doute adapter sa demande de jugement sommaire de manière à tirer profit de la décision du juge Proudfoot. L'article 18 est ainsi conçu:

Summary Judgment in an action

(1) In an action in which an appearance has been entered, the plaintiff, on the ground that there is no defence to the whole or part of a claim, or no defence except as to amount, may apply to the Court for judgment on an affidavit setting out the facts verifying the claim or part of the claim and stating that the deponent knows of no fact which would constitute a defence to the claim or part of the claim except as to amount.

(2) On the hearing of an application under subrule (1) the Court may exercise any of its powers under Rule 52(8) and may

(a) grant judgment for the plaintiff on the whole or part of the claim and may impose terms on the plaintiff, including a stay of execution of any judgment, until the determination of the defendant's counterclaim or third party proceeding,

(b) allow the defendant to defend the whole or part of the claim either unconditionally or on terms relating to the giving of security, time, the mode of trial or otherwise, and may give directions pursuant to Rules 40(41) and (42) for the hearing of evidence at trial

. . .

(e) grant any other order it thinks just.

(3) Where a plaintiff obtains judgment under subrule (2), he may continue the action in respect of any remaining part of the claim, any other claim or against any other defendant.

. . .

(6) In an action in which an appearance has been entered, the defendant, on the ground there is no merit in the whole or part of the claim, may apply to the Court for judgment on an affidavit setting out the facts verifying the defendant's contention that there is no merit in the whole or part of the claim and stating that the deponent knows of no facts which would substantiate the whole or part of the claim.

On August 11, 1982, Callaghan J. granted the declarations sought by Air Canada. According to

[TRADUCTION] Jugement sommaire dans une action

(1) Dans une action où il y a eu comparution du défendeur, le demandeur peut, pour le motif qu'il n'existe aucun moyen de défense pouvant être invoqué à l'encontre de la demande ou d'une partie de celle-ci, ou qu'il n'existe aucun moyen de défense, si ce n'est quant à la somme réclamée, solliciter auprès de la Cour un jugement fondé sur un affidavit qui expose les faits établissant le bien-fondé de la demande ou d'une partie de celle-ci et qui porte que le déposant ne connaît aucun fait qui constituerait un moyen de défense opposable à la demande ou à une partie de celle-ci, sauf en ce qui concerne la somme réclamée.

(2) À l'audition d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1), la cour peut exercer les pouvoirs que lui confère le paragraphe 52(8) des présentes règles et elle peut

a) rendre jugement en faveur du demandeur relativement à la totalité ou à une partie de sa demande et imposer au demandeur certaines conditions, y compris le sursis à l'exécution de tout jugement, en attendant une décision sur la demande reconventionnelle du défendeur ou relativement aux procédures de mise en cause,

b) autoriser le défendeur à contester la totalité ou une partie de la demande sans lui imposer de conditions, ou en lui fixant des conditions relativement à la fourniture d'une garantie, au délai ou au mode d'instruction notamment, et donner en vertu des paragraphes 40(41) et (42) des présentes règles des directives concernant l'audition de la preuve à l'audience

. . .

e) rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste.

(3) Lorsqu'un demandeur obtient un jugement visé au paragraphe (2), il peut continuer l'action relativement à toute partie de sa demande qui reste à trancher, relativement à toute autre demande ou contre tout autre défendeur.

. . .

(6) Dans une action au cours de laquelle il y a eu comparution du défendeur, celui-ci peut, pour le motif que la demande ou une partie de celle-ci est sans fondement, solliciter auprès de la cour un jugement fondé sur un affidavit qui expose les faits établissant son affirmation que la demande est entièrement ou partiellement sans fondement et portant que le déposant ne connaît aucun fait qui établirait le bien-fondé de la demande ou d'une partie de celle-ci.

Le 11 août 1982, le juge Callaghan a rendu le jugement déclaratoire demandé par Air Canada.

the information before us, he simply applied to Air Canada the decision of Proudfoot J. in the Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. cases.

The province then appealed to the British Columbia Court of Appeal from the decisions of Proudfoot J. on the Canadian Pacific Air Lines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd. petitions, and of Callaghan J. on the Air Canada summary judgment application. The appeals were heard together and were allowed in part. The declaration relating to the tax on the aircraft and parts was set aside, thus making the airlines liable for the tax on these items. The declaration relating to the liquor, however, was upheld.

In holding that the tax applied to the aircraft and parts, Macfarlane J.A., Seaton and Anderson JJ.A. concurring (1983), 46 B.C.L.R. 213, made a distinction between overflights and momentary stopovers, which were in issue in *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, and flights originating or terminating in the province or beginning and ending there. In the latter case, there was in his view a sufficiently substantial connection to satisfy the constitutional requirement in s. 92(2), *Constitution Act, 1867*, that the taxed subject must be "within the province" before it can be taxed. Once it was decided that there was a sufficient connection to attract the tax, there was no objection to the province measuring the amount of the tax on the basis of miles travelled in the airspace over the province as compared to total miles travelled by the aircraft. The Act, he noted, did not specify the extent of the use, so it need not be any particular degree or type of use. In strict terms, he stated, if an aircraft lands, proceeds to the terminal, loads and unloads, and performs maintenance, the airline is using the aircraft in the province. Macfarlane J.A. also briefly rejected the argument that the tax was legislation in relation to a federal undertaking on the ground that the tax did not represent a colourable attempt to regulate aeronautics. The sole issue, he thought, was simply

D'après les renseignements dont dispose cette Cour, il a simplement appliqué à Air Canada la décision rendue par le juge Proudfoot dans les affaires Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd.

La province a alors porté en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les décisions du juge Proudfoot relativement aux requêtes de Canadien Pacifique Ltée et de Pacific Western Airlines Ltd. et celle du juge Callaghan relativement à la demande de jugement sommaire d'Air Canada. Ces appels ont été entendus ensemble et ont été accueillis en partie. La partie du jugement déclaratoire qui portait sur la taxe frappant les aéronefs et les pièces a été annulée, ce qui a eu pour conséquence que les lignes aériennes étaient tenues au paiement de cette taxe. Le jugement déclaratoire a toutefois été maintenu dans la mesure où il portait sur les boissons alcooliques.

En statuant que les aéronefs et les pièces étaient assujettis à la taxe, le juge Macfarlane, à l'avis duquel les juges Seaton et Anderson ont souscrit (1983), 46 B.C.L.R. 213, a fait une distinction entre les vols sans escale et les vols avec des escales de courte durée d'une part, ce dont il était question dans l'affaire *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, précitée, et les vols partant de la province ou y prenant fin. Dans ce dernier cas, il existait, selon lui, un lien suffisant pour satisfaire à l'exigence, posée au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'un bien se trouve «dans les limites de la province», sans quoi il n'est pas imposable. Du moment que l'on concluait à l'existence d'un lien suffisant pour que la taxe s'applique, rien ne s'opposait à ce que la province calcule le montant de la taxe selon les milles parcourus dans l'espace aérien au-dessus de son territoire par rapport au nombre total de milles parcourus par l'aéronef. La Loi, a-t-il noté, ne spécifiait pas l'étendue de l'utilisation, si bien qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un degré ou un type particuliers d'utilisation. À strictement parler, d'après lui, si un aéronef atterrit, se rend à l'aérogare, est chargé et déchargé et subit des travaux d'entretien, la ligne aérienne se trouve à l'utiliser dans la province. Le juge Macfarlane a en outre brièvement rejeté l'argument suivant lequel la taxe constituait

one of *situs*. Similarly, he found it irrelevant that the amount of the tax was measured in terms of airspace. The issue was whether the aircraft had sufficient presence in the province to attract the tax. On the other hand, the presence of an aircraft in the airspace over British Columbia did not create a sufficiently substantial presence in the province to make liquor sales in the airspace subject to the tax. There was no real distinction between such sales on overflights and on those that originate or terminate in British Columbia.

une mesure législative relative à une entreprise fédérale, pour le motif que la taxe ne représentait pas une tentative déguisée de réglementer l'aéronautique. La seule question, a-t-il estimé, était celle du *situs*. De même, il a jugé sans pertinence le fait que le montant de la taxe était calculé en fonction de l'espace aérien. La question qui se posait était de savoir si l'aéronef était suffisamment présent dans la province pour être assujetti à la taxe. D'un autre côté, la présence d'un aéronef dans l'espace aérien au-dessus de la Colombie-Britannique ne constituait pas une présence dans la province suffisante pour que les boissons alcooliques vendues dans l'espace aérien soient assujetties à la taxe. Il n'y avait pas de différence réelle entre de telles ventes faites à bord d'appareils qui survolaient la Colombie-Britannique sans y faire escale et celles faites à bord de vols partant de cette province ou y prenant fin.

The three airlines then applied for and were granted leave to appeal to this Court. The province cross-appealed in respect of the Court of Appeal's decision regarding the tax on alcoholic beverages. This is the first appeal.

Les trois lignes aériennes ont ensuite demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. La province a formé un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel relativement à la taxe sur les boissons alcooliques. Il s'agit du premier pourvoi.

Air Canada then proceeded to trial in its action, (which ultimately culminated in the second appeal) in which, as noted earlier, it sought not only declarations as to the applicability and constitutionality of the Act but other relief including recovery of the amounts it had paid in taxes between July 14, 1976 and February 1, 1978, namely $903,424.57 in respect of the tax on aircraft and parts, and $90,279.52 in respect of the tax on liquor. As to this additional relief, I should note that the province in this Court argued that taxes voluntarily paid to the Crown are irrecoverable by the taxpayer as having been paid under a mistake of law.

Puis Air Canada est allée de l'avant avec son action (qui a abouti au deuxième pourvoi) dans laquelle, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, elle demandait non seulement un jugement déclaratoire concernant l'applicabilité et la constitutionnalité de la Loi, mais aussi d'autres redressements dont le remboursement des taxes qu'elle avait payées entre le 14 juillet 1976 et le 1er février 1978, savoir la somme de 903 424,57 $ dans le cas de la taxe sur les aéronefs et les pièces, et celle de 90 279,52 $ dans le cas de la taxe sur les boissons alcooliques. Pour ce qui est de ce redressement supplémentaire, je tiens à préciser qu'en cette Cour la province a fait valoir qu'un contribuable ne peut se faire rembourser les taxes volontairement payées à la Couronne par suite d'une erreur de droit.

At the start of the trial, the province brought a motion under Rule 18(6) of the rules of court, set out above, for a summary dismissal of the action. Rule 18(6), it will be recalled, provides for dismissal, on application, of an action where there is no

Au début du procès, la province a présenté, en vertu du par. 18(6) des *Supreme Court Rules*, reproduit plus-haut, une requête en rejet sommaire de l'action. Le paragraphe 18(6), rappelons-le, prévoit le rejet d'une action, sur demande à cette

merit in the whole or part of the claim. The province argued that it was entitled to summary judgment on the basis that the issues raised by Air Canada were *res judicata.*

Macdonald J. dismissed the province's motion. He, however, rejected Air Canada's argument that because the original application was an application for summary judgment, the effect of the dismissal of that application was to leave the parties in the same position as before the motion was brought so the trial should proceed as though no motion was ever brought. He also rejected the argument that this Court had, by granting a postponement of the time for filing the notice of appeal, said that Air Canada was entitled to a trial. He nonetheless dismissed the motion. In his view, he should hear the evidence. He observed that in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115, this Court had declined to answer a constitutional issue because it lacked the necessary facts. Such a result was to be avoided. Otherwise, the appeal to this Court could be inconclusive or lead to further litigation. The facts the airlines could establish, he asserted, might convince him that he was not bound by the decision of Macfarlane J.A. The decision of this Court should be based on the facts established at trial and not be open to the potential argument that the Court of Appeal proceeded on a mere supposition or facts that were not on the record.

At trial, Air Canada, in addition to adducing new evidence, sought to raise three alleged new issues. The first of these was that provincial legislation that affects or interferes with rights outside the province or has a substantial extra-provincial effect is *ultra vires*. The position is not wholly easy to follow, but as I understand it the point is that Air Canada's operations were largely outside British Columbia. Because, owing to economic forces, the tax may be recovered from passengers throughout Canada and beyond, it was indirect and therefore *ultra vires*. A second argument was

fin, lorsque la réclamation est entièrement ou partiellement sans fondement. La province a soutenu qu'elle avait droit à un jugement sommaire parce que les questions soulevées par Air Canada étaient chose jugée.

Le juge Macdonald a rejeté la requête de la province. Il a cependant écarté l'argument d'Air Canada suivant lequel, puisque la demande initiale était une demande de jugement sommaire, le rejet de cette demande a fait en sorte que les parties se sont retrouvées dans la situation où elles se trouvaient avant que la requête soit présentée, de sorte que le procès devait continuer comme s'il n'y avait jamais eu de requête. Il a également rejeté l'argument voulant que cette Cour, en prorogeant le délai requis pour produire l'avis de pourvoi, ait dit qu'Air Canada avait droit à un procès. Le juge Macdonald a néanmoins rejeté la requête. Selon lui, il devait entendre la preuve. Il a fait observer que dans l'affaire *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (nº 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115, cette Cour avait refusé de répondre à une question constitutionnelle parce qu'elle ne disposait pas des faits nécessaires. Pareil résultat devait être évité, sinon un pourvoi devant cette Cour risquerait de se révéler non concluant ou de mener à un autre litige. Les faits pouvant être établis par les lignes aériennes, a-t-il affirmé, pourraient le convaincre qu'il n'était pas lié par la décision du juge Macfarlane de la Cour d'appel. L'arrêt de cette Cour devrait être fondé sur des faits établis en première instance, sans être exposé à l'argument potentiel que la Cour d'appel s'est fondée sur une simple supposition ou sur des faits ne figurant pas au dossier.

En première instance, Air Canada a non seulement produit de nouveaux éléments de preuve, mais encore elle a cherché à soulever trois questions qu'elle prétendait nouvelles. Le premier argument portait qu'une mesure législative provinciale qui touche ou porte atteinte à des droits en dehors de la province ou qui a un effet extra-provincial appréciable est inconstitutionnelle. Ce point de vue n'est pas des plus faciles à suivre, mais, si je comprends bien, on prétend qu'Air Canada exerce ses activités surtout à l'extérieur de la Colombie-Britannique. Puisque les réalités économiques font

that the tax was not imposed "in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes" within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. There was no provincial purpose here. The province had no role in aeronautics in so far as interprovincial carriers were concerned, and it thus conferred no benefit to the airline from the tax. In this Court, this argument was buttressed by the further contention that the levying of a tax from which the taxpayer derived no benefit violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Finally, Air Canada claimed to be entitled to recover the money it had collected from its passengers for the tax on liquor.

Macdonald J. dismissed the action. He reiterated that the reason he had allowed the trial to proceed was to ensure that this Court would be in a position to give a definitive answer to the constitutional issues raised. If he was incorrect in this, he stated, the courts above could simply refuse to consider that evidence. At all events, the additional evidence would not, in his view, have changed the Court of Appeal's conclusion. He also dealt with and rejected the new issues.

An appeal to the British Columbia Court of Appeal (*per* Taggart J.A., Carrothers and Lambert JJ.A. concurring) was dismissed through the application of the principle of *res judicata*. More specifically, it held, the circumstances required the application of issue estoppel. Here, in fact, there was but one action with Air Canada seeking to try the same issue twice. It had originally been successful on its first attempt when Callaghan J. granted its motion. It was partially unsuccessful on appeal, and it now sought a full trial on the issue on which it failed. While, ordinarily, a plaintiff who is unsuccessful under Rule 18 is entitled to a full trial, here Air Canada had carefully singled out an issue for resolution, and that issue had been decided, initially in its favour, but adversely to it

qu'elle peut être perçue auprès de passagers partout au Canada et même à l'étranger, la taxe est indirecte et, partant, inconstitutionnelle. Le deuxième argument voulait que la taxe n'était pas imposée «en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'existait pas d'objet provincial en l'espèce. En ce qui concernait les transporteurs interprovinciaux, la province n'avait aucun rôle à jouer dans l'aéronautique et la taxe ne procurait donc aucun avantage à la ligne aérienne. Devant cette Cour, on a étayé cet argument en soutenant en outre que la perception d'une taxe dont le contribuable ne tire aucun profit constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Finalement, Air Canada a prétendu avoir droit au remboursement des sommes qu'elle avait perçues auprès de ses passagers en acquittement de la taxe sur les boissons alcooliques.

Le juge Macdonald a rejeté l'action. Il a répété que, s'il avait permis que le procès aille de l'avant, c'était pour assurer que cette Cour soit en mesure de répondre définitivement aux questions constitutionnelles soulevées. S'il avait tort de procéder ainsi, a-t-il affirmé, les juridictions supérieures n'auraient qu'à refuser de tenir compte de cette preuve. De toute façon, la preuve supplémentaire n'aurait rien changé, selon lui, à la conclusion de la Cour d'appel. Le juge Macdonald a également examiné les nouveaux arguments et les a rejetés.

Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge Taggart, aux motifs duquel ont souscrit les juges Carrothers et Lambert) a été rejeté par l'application du principe de l'autorité de la chose jugée. Plus précisément, la Cour d'appel a conclu que l'application du principe de l'autorité de la chose jugée comme fin de non-recevoir s'imposait dans les circonstances. Dans la présente affaire, il n'y a eu en fait qu'une seule action et Air Canada a tenté de faire juger deux fois la même question. Sa première tentative a réussi lorsque le juge Callaghan a fait droit à sa requête. En appel, elle a subi un échec partiel et elle cherchait maintenant à obtenir la tenue d'un procès complet portant sur la question relativement à laquelle elle n'avait pas eu gain de cause.

on appeal. At all events, it had been decided. As a consequence, in the court's view, issue estoppel applied. The additional evidence should, therefore, not have been permitted. If it was required, it should have been before Callaghan J. and the Court of Appeal on the summary judgment application. Taggart J.A. also noted that one might well say that Air Canada, having under Rule 18 elected a remedy and having fully argued the issues, should not now be permitted to seek additional remedies at a full trial, but added that he need not decide this point.

Bien que, normalement, un demandeur qui n'a pas gain de cause en vertu de l'art. 18 des règles ait droit à un procès complet, en l'espèce Air Canada avait choisi de faire trancher une question précise et cette question avait été tranchée, initialement d'une manière qui lui était favorable, puis, en appel, d'une manière qui lui était défavorable. Quoi qu'il en soit, elle avait été tranchée. La cour a estimé en conséquence que le principe de l'autorité de la chose jugée comme fin de non-recevoir s'appliquait. En conséquence, on n'aurait pas dû permettre que la preuve supplémentaire soit produite. Si celle-ci était nécessaire, elle aurait dû être présentée devant le juge Callaghan et devant la Cour d'appel dans le cadre de la demande de jugement sommaire. Le juge Taggart a souligné en outre que l'on pourrait bien prétendre qu'Air Canada, après avoir choisi un recours prévu par l'art. 18 des règles et avoir pleinement débattu les questions en litige, ne devrait pas maintenant pouvoir chercher à obtenir d'autres redressements dans le cadre d'un procès complet, mais, a-t-il ajouté, il n'avait pas à décider ce point.

On the assumption that he was wrong on the question of *res judicata*, Taggart J.A. agreed with Macdonald J. that the additional facts would not have altered the finding of the Court of Appeal. So far as the new issues were concerned, they should, he thought, have been raised before Callaghan J., and Macdonald J. should have applied issue estoppel to them. On the assumption that he was wrong, however, he dealt with and rejected all the new arguments.

Le juge Taggart, dans l'hypothèse où son opinion sur la question de la chose jugée serait erronée, a dit partager l'avis du juge Macdonald que les faits supplémentaires n'auraient rien changé à la conclusion de la Cour d'appel. Quant aux nouvelles questions, il croyait qu'elles auraient dû être soulevées devant le juge Callaghan et que le juge Macdonald aurait dû y appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée comme fin de non-recevoir. Supposant toutefois qu'il avait tort sur ce point, le juge Taggart a étudié chacun des nouveaux arguments et les a tous rejetés.

Air Canada then sought and was granted leave to appeal to this Court on February 28, 1986. This is the second appeal.

Air Canada a ensuite demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour le 28 février 1986. Il s'agit là du deuxième pourvoi.

The Attorneys General of the following provinces intervened: Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland. The Canadian National Railway Company also intervened.

Les procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ainsi que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada sont intervenus.

The Issues

The parties and the interveners raised a wide variety of issues, but as I view the matter, only a few need be discussed in the resolution of these appeals. I shall, in dealing with the first appeal, discuss the tax on aircraft and parts, and then the tax on alcoholic beverages. I shall then deal with the remaining issues in the second appeal.

The Tax on Aircraft and Parts

The first issue to be determined is whether on its true construction the Act applies to the aircraft and parts. The province claims it does by virtue of s. 2(4) of the Act, which I have already cited in full. That provision applies to residents, and more pertinently, to any person "carrying on business in the Province who brings or sends into the Province or who receives delivery in the Province of tangible personal property for his own consumption or use . . . ." Section 2(4), like other provisions in a statute, must be read both in its specific context and in its context as a whole. That consideration must be firmly kept in mind in considering whether the entry into the province of the aircraft and parts in the course of the operations of the airlines previously described constitutes "bringing" or "sending" them into province or "receiving delivery" of them there.

While I would not, in the absence of a detailed examination, wish to categorize the Act as being solely intended to impose a retail tax payable by the ultimate consumer of the goods, there can be no doubt, as I mentioned before, that this is its predominant purpose. The Act, in its general structure and intent, closely resembles the type of enactment originally approved by the courts in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, and later generalized to include all tangible personal property; see *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619. This predominant purpose, in my view, is of considerable assistance in understanding the import of s. 2(4). Indeed, Viscount Simon L.C. in the *Conlon* case (p. 568) observed of a similar

Les questions en litige

Les parties et les intervenants ont soulevé une grande variété de questions, mais à mon point de vue, on n'a qu'à se pencher sur quelques-unes de celles-ci pour trancher ces pourvois. Je parlerai de la taxe sur les aéronefs et sur les pièces, puis de la taxe sur les boissons alcooliques, dans le contexte du premier pourvoi. Quant aux autres questions, je les aborderai dans le cadre du deuxième pourvoi.

La taxe sur les aéronefs et sur les pièces

La première question à trancher est celle de savoir si, selon son sens véritable, la Loi s'applique aux aéronefs et aux pièces. La province prétend qu'elle leur est applicable en raison du par. 2(4) de la Loi que j'ai déjà reproduit intégralement. Cette disposition vise les résidents et, plus pertinemment, toute personne qui [TRADUCTION] «fait affaires dans la province et qui apporte ou envoie dans la province ou qui y reçoit un bien meuble tangible destiné à sa consommation ou à son usage personnels . . .» Le paragraphe 2(4), à l'instar de n'importe quelle autre disposition d'une loi, doit être interprété à la fois selon son contexte précis et selon le contexte de l'ensemble de la loi. Voilà une considération qu'on doit garder bien présent à l'esprit en examinant si, du fait que des aéronefs et des pièces entrent dans la province dans le cours des activités déjà décrites des lignes aériennes, ces aéronefs et pièces sont «apportés» ou «envoyés» dans la province ou y sont «reçus».

Certes, je ne voudrais pas, sans en avoir fait une analyse approfondie, qualifier la Loi comme visant uniquement à imposer une taxe de vente au détail payable par les consommateurs éventuels des biens, mais il ne fait pas de doute, ainsi que je l'ai déjà mentionné, que c'est là son objet prédominant. La Loi, de par son économie et son intention générales, ressemble fortement au type de texte législatif qui a initialement reçu l'approbation des tribunaux dans l'affaire *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, et dont la portée a par la suite été étendue de manière à englober tous les biens meubles tangibles; voir *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619. Cet objet prédominant, à mon avis, nous aide beaucoup à saisir la portée du

provision that it was manifest that it was enacted merely as a supplementary provision. The nature of this particular provision also argues for its interpretation in the light of the overall scheme. It is a provision which, if it stood alone, might well be construed as infringing upon s. 121 of the *Constitution Act, 1867* which provides that "All articles of the growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall ... be admitted free into each of the other Provinces." Viscount Simon in *Conlon*, it is true, rather underplayed that possibility, but subsequent cases have indicated that the courts would closely scrutinize a tax that in Rand J.'s words "in its essence and purpose is related to a provincial boundary"; see *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, *per* Rand and Cartwright JJ.; see also a Comment by F. R. Scott (1934), 12 *Can. Bar Rev.* 303, at p. 308.

This context, it seems to me, strongly supports the view that the general purpose of s. 2(4) is to serve as a supplementary provision "to guard against the methods of avoidance of" the purchase tax; see Viscount Simon in *Conlon*, at p. 568. If that view is correct, what the provision was intended to do was to prevent the evasion of the tax and consequent loss of revenue by the simple expedient of a consumer's purchasing goods outside the province. The provision equalizes the burden by taxing out-of-province purchases by provincial residents at the same rates as if the purchases had taken place in the province. The out-of-province purchaser pays the tax when he "brings or sends the goods" into the province or "receives delivery" for his use or consumption. This is confirmed, I think by the words used in the provision, and especially if one considers them in connection with the purported application of the provision to the facts of this case. What I think is contemplated is the bringing of a purchased item into the province on a permanent basis, at which time it is taxable once and for all at a stated percentage of the purchase price as the provision clearly provides. If such a

par. 2(4). En fait, le lord chancelier le vicomte Simon dans l'affaire *Conlon* (p. 568) fait remarquer, au sujet d'une disposition analogue, qu'elle a manifestement été adoptée simplement à titre complémentaire. La nature de cette disposition particulière constitue également une raison de l'interpréter à la lumière du régime global. Il s'agit d'une disposition qui, si elle existait isolément, pourrait bien être considérée comme allant à l'encontre de l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que «Tous articles du crû, en provenance d'une province ou qui y sont produits ou fabriqués, seront ... admis en franchise dans chacune des autres provinces.» Il est vrai que dans l'affaire *Conlon* le vicomte Simon a plutôt minimisé cette possibilité, mais d'après ce qui ressort des décisions subséquentes, les tribunaux soumettront à un examen minutieux une taxe qui, pour reprendre les propos du juge Rand, est [TRADUCTION] «reliée, en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales»; voir *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, les juges Rand et Cartwright; voir en outre un commentaire de F. R. Scott (1934), 12 *R. du B. can.* 303, à la p. 308.

Ce contexte, à ce qu'il me semble, appuie fermement le point de vue selon lequel le par. 2(4) est une disposition complémentaire qui a pour objet général de [TRADUCTION] «prévenir le recours à certaines pratiques visant à se soustraire à» la taxe de vente; voir les motifs du vicomte Simon dans l'affaire *Conlon*, à la p. 568. Si c'est là le point de vue à retenir, il en découle que la disposition en question a pour objet d'empêcher que les consommateurs se soustraient au fisc et le privent ainsi de revenus en s'employant simplement à acheter des biens à l'extérieur de la province. La disposition répartit la charge également en imposant les taux applicables aux achats faits dans la province à ceux faits en dehors de la province par des résidents de celle-ci. Celui qui achète en dehors de la province acquitte la taxe lorsqu'il «apporte ou envoie» les biens dans la province ou les y «reçoit» pour son usage ou sa consommation personnels. Cela est confirmé, je crois, par le texte de la disposition, surtout quand on le considère en fonction de l'application apparente de la disposition aux faits de la présente affaire. Ce qui est envisagé, selon moi, est le fait d'apporter dans la

tax was imposed on interprovincial airlines by every province, it would place a much heavier burden on these entities than on local airlines and other businesses. Whether the imposition of such a tax would be sufficiently discriminatory as to make it invalid within the principle in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada* (the *Alberta Bank* case), [1939] A.C. 117, I need not consider. It is sufficient to say that I do not think one should lightly assume an intention on the part of the Legislature to enact a measure having the discriminatory potential of the statute here if given a broader interpretation than the general scheme of the Act would suggest.

province, pour qu'il y reste en permanence, un article qu'on a acheté. Quand il est apporté dans la province, cet article est taxable une fois pour toutes à un pourcentage spécifié du prix d'achat, ainsi que la disposition le prévoit clairement. Si toutes les provinces assujettissaient les lignes aériennes interprovinciales à une telle taxe, ces dernières auraient à supporter une charge nettement plus lourde que celle imposée aux lignes aériennes locales et à d'autres entreprises. Quant à savoir si l'imposition de cette taxe serait suffisamment discriminatoire pour en entraîner l'invalidité suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada* (l'affaire des *banques albertaines*), [1939] A.C. 117, voilà une question sur laquelle je n'ai pas à me pencher. Qu'il suffise de dire qu'à mon avis on ne devrait pas prêter à la légère au législateur une intention d'adopter une mesure présentant des possibilités de discrimination comme celles que présenterait la loi ici en cause si elle recevait une interprétation plus large que celle qui semble ressortir de son économie générale.

I am aware that the taxing authorities sought to alleviate any unfair burden the tax might impose on the airlines by calculating it on a basis proportional to the use of their aircraft in the province. But there is no statutory basis for this practice and, as the Court of Appeal noted, they did not have to do this. It may well be that the Legislature could, by properly framed legislation, impose a proportional tax of the kind the taxing authorities sought to levy here if it did not impose an undue burden on interprovincial undertakings. But I do not think I should speculate further about the matter. As Laskin C.J. noted in *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, at p. 320, it is "preferable to avoid dealing with it, in conformity with the general rule in constitutional cases not to engage issues which do not squarely arise for decision". This approach seems to me to be particularly apt in an area as intricate and so fraught with consequences as the constitutional power of taxation.

Je sais que le fisc a cherché à alléger le fardeau injuste que la taxe pourrait imposer aux lignes aériennes en la calculant proportionnellement à l'utilisation de leurs aéronefs dans la province. Mais il s'agit là d'une pratique qui est sans fondement légal et, comme l'a noté la Cour d'appel, il n'était pas obligé de le faire. Il se peut bien que le législateur puisse, par un texte législatif bien conçu à cette fin, imposer une taxe proportionnelle du genre de celle que le fisc a essayé de percevoir en l'espèce, pourvu qu'elle ne grève pas indûment les entreprises interprovinciales. Je crois cependant que je ne devrais pas conjecturer davantage sur ce sujet. Comme l'affirme le juge en chef Laskin dans l'affaire *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, précitée, à la p. 320, il est «préférable d'éviter d'en traiter, conformément à la règle générale en matière constitutionnelle de ne pas engager un débat qui n'est pas carrément nécessaire pour en arriver à une décision». Ce point de vue me paraît particulièrement approprié lorsqu'il s'agit de quelque chose qui est aussi complexe et aussi lourd de conséquences que le pouvoir de taxation conféré par la Constitution.

I, therefore, conclude that on a proper construction of the Act, the tax provided by s. 2(4) does not apply to the airlines' aircraft and parts. Consequently, leaving aside the issues relating to the recovery of the taxes from the province, the constitutional questions raised by the airlines relating to these items need not be addressed.

The Tax on Alcoholic Beverages

Both Proudfoot J. and the Court of Appeal declared that the sales by the airlines of alcoholic beverages to passengers aboard the aircraft while they were in the airspace over British Columbia were not covered by the Act. I agree. In *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, Laskin C.J. stated, at p. 316:

> I am prepared, on this view, to assume that the Province has some legislative jurisdiction in the air space above it so that the pivotal question is whether Air Canada aircraft, engaged in overflights are "within the Province", as this quoted phrase is used in s. 92(2) which empowers a Province to impose "direct taxation within the Province in order to the raising of a revenue for provincial purposes".
>
> Merely going through the air space over Manitoba does not give the aircraft a *situs* there to support a tax which constitutionally must be "within the Province". In the case of aircraft operations, there must be a substantial, at least more than a nominal, presence in the Province to provide a basis for imposing a tax in respect of the entry of aircraft into the Province.

He was there speaking of overflights, but like the Court of Appeal, I can see no real distinction between a sale of liquor in airspace on an overflight, and one that originates or terminates in British Columbia. In either case, both the person taxed and the transaction in respect of which he is taxed take place on the aircraft when it is in the airspace. Under these circumstances, there is no presence in the province sufficient to provide a basis for the imposition of the tax.

Je conclus donc que la bonne façon d'interpréter la Loi est celle selon laquelle la taxe que prévoit le par. 2(4) ne s'applique pas aux aéronefs et aux pièces des lignes aériennes. Il s'ensuit, abstraction faite des questions se rapportant au recouvrement des taxes auprès de la province, qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les questions constitutionnelles soulevées par les lignes aériennes relativement à ces articles.

La taxe sur les boissons alcooliques

Le juge Proudfoot et la Cour d'appel ont tous les deux affirmé que la vente par les lignes aériennes de boissons alcooliques aux passagers à bord d'aéronefs dans l'espace aérien au-dessus de la Colombie-Britannique n'était pas visée par la Loi. Je partage leur avis. Dans l'arrêt *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, précité, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 316:

> Par conséquent, je suis prêt à présumer que la province a une compétence législative sur l'espace aérien au-dessus de son territoire de sorte que la question cruciale devient celle de savoir si, à l'occasion de vols sans escale, les aéronefs d'Air Canada sont «dans les limites de la province», au sens où on utilise cette expression au par. 92(2) qui autorise une province à imposer une «taxation directe dans les limites de la Province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux».
>
> Le seul fait de traverser l'espace aérien au-dessus du Manitoba n'y situe pas les aéronefs aux fins d'appuyer une taxe qui de par la constitution doit être «dans les limites de la province». Dans le cas de l'exploitation d'aéronefs, il doit y avoir une présence importante, du moins plus que nominale, dans la province pour fournir un fondement à l'imposition d'une taxe à l'égard de l'entrée d'aéronefs dans la province.

Le juge en chef Laskin parle ici de survols, mais à l'instar de la Cour d'appel, je ne puis voir de différence réelle entre la vente de boissons alcooliques dans l'espace aérien au cours d'un survol et une telle vente à bord d'un vol qui part de la Colombie-Britannique ou qui y prend fin. Dans les deux cas, la personne assujettie à la taxe se trouve à bord de l'aéronef alors que celui-ci traverse l'espace aérien et c'est à bord de l'aéronef traversant l'espace aérien qu'a lieu l'opération entraînant la taxe. Dans ces circonstances, il n'y a pas de présence dans la province qui soit suffisante pour justifier l'imposition de la taxe.

The Second Appeal

The Court of Appeal, it will be remembered, dismissed this appeal. They quite properly held that the issues that had been raised before Callaghan J. could not be relitigated before Macdonald J. And I am inclined to agree with that court that the additional evidence was of no serious consequence. I need not consider whether issue estoppel also applied to the additional issues raised before Macdonald J. because I agree with the conclusions of the Court of Appeal on the merits of these issues. My reasons will be apparent from a perusal of my reasons in the third appeal between the same parties relating to the *Gasoline Tax Act* of British Columbia delivered contemporaneously with this judgment. For reasons there stated, I would also reject the contention that the relevant legislation in the present case violates s. 7 of the *Charter*.

These matters are, however, no longer relevant except as regards costs. Essentially the Court of Appeal dismissed the appeal because of determination in earlier proceedings in the same action which had decided against Air Canada the major issues on which recovery depended. They have now been decided in its favour. The decision of the Court of Appeal has been reversed in so far as the tax on the aircraft and parts is concerned. The Court in the first appeal has held that the Act does not apply to these items. Absent other considerations, there seems no reason to refuse Air Canada the recovery it seeks. There is nothing to indicate it ever abandoned this claim. In seeking summary judgment, it merely tried to obtain a ruling on issues to which it thought, in light of Proudfoot J.'s judgment, there was no defence as Rule 18 clearly contemplates. It could then continue its action in respect of any remaining issues. It would have been better to await the ultimate disposition of the first appeal before raising additional issues, but this seems to me to be relevant only as to costs.

Le deuxième pourvoi

La Cour d'appel, rappelons-le, a rejeté cet appel. Elle a jugé, tout à fait avec raison, que les questions soulevées devant le juge Callaghan ne pouvaient pas être débattues à nouveau devant le juge Macdonald. Je suis porté à partager l'avis de cette cour que la preuve supplémentaire ne revêtait pas une grande importance. Il ne m'est pas nécessaire d'examiner si le principe de la chose jugée comme fin de non-recevoir s'applique également aux autres moyens invoqués devant le juge Macdonald puisque je souscris aux conclusions de la Cour d'appel quant à leur bien-fondé. Les raisons qui m'amènent à cette décision ressortent de la lecture des motifs que j'ai rédigés relativement au troisième pourvoi, mettant en cause les mêmes parties, où il est question de la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique et dont les motifs sont rendus en même temps que le présent arrêt. Pour les motifs y exposés, je suis également d'avis de rejeter l'argument portant que la loi présentement en cause viole l'art. 7 de la *Charte*.

Ces questions ne sont cependant plus pertinentes, sauf en ce qui concerne les dépens. Essentiellement, la Cour d'appel a rejeté l'appel en raison d'une décision rendue dans des procédures antérieures relatives à la même action, où l'on avait tranché au détriment d'Air Canada toutes les questions principales dont dépendait le remboursement. Ces questions ont maintenant été tranchées en sa faveur. L'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé en ce qui concerne la taxe sur les aéronefs et les pièces. En statuant sur le premier pourvoi, cette Cour a dit que la Loi ne s'applique pas à ces articles. En l'absence d'autres considérations, il semble n'y avoir aucune raison de refuser à Air Canada le remboursement qu'elle sollicite. Rien n'indique qu'elle ait jamais abandonné cette demande. Si elle a voulu obtenir un jugement sommaire, c'était simplement pour tenter d'obtenir une décision sur des points auxquels, croyait-elle, compte tenu du jugement du juge Proudfoot, aucune défense ne pouvait être opposée, comme l'envisage clairement l'art. 18 des règles. Ayant fait cela, elle pouvait continuer son action relativement à toutes les questions restant en suspens. Or, il eut mieux valu attendre que le premier appel soit définitivement tranché avant de soulever d'autres questions, mais cela ne me semble pertinent que relativement aux dépens.

The province, however, argued that it can resist recovery on the basis that the payment by Air Canada was made on the basis of a mistake of law. As mentioned earlier, I have dealt with this issue in the third appeal. For reasons there given, I do not think this defence is available to the province.

One further issue requires examination. Air Canada seeks to recover the money paid by its passengers for the tax on alcoholic beverages. It argued that the province had unjustly enriched itself by collecting the tax and that it alone was in a position to rectify the wrong by returning the money to the passengers by way of reduced fares. Like Macdonald J. and Taggart J.A., I can see no basis on which Air Canada is entitled to receive this money. The tax was imposed on the passengers, not Air Canada. Air Canada was simply an agent to collect it under the Act and, in fact, obtained a fee for doing so. I am unable to see how it could identify the passengers who consumed the liquor, so its repayment to Air Canada would simply amount to a windfall to the airline.

Disposition

For these reasons, I would allow the airlines' first appeal relating to the taxes on the aircraft and parts, and dismiss the province's cross-appeal relating to the taxes on alcoholic beverages sold in aircraft while they are in the airspace. I would restore the orders of Proudfoot J. and Callaghan J. The airlines are entitled to their costs throughout.

I would allow the second appeal by Air Canada as regards the amount claimed for taxes unlawfully collected in respect of its aircraft and parts, and award the sum claimed, namely, $903,424.57. I

La province a toutefois fait valoir qu'elle peut s'opposer au remboursement puisqu'Air Canada a effectué le paiement par suite d'une erreur de droit. Comme je l'ai déjà mentionné, je me suis penché sur cette question dans le cadre du troisième pourvoi. Pour les motifs y exposés, je ne crois pas que la province puisse se prévaloir de ce moyen de défense.

Reste une dernière question à examiner. Air Canada cherche à obtenir le remboursement des sommes payées par ses passagers en acquittement de la taxe sur les boissons alcooliques. Elle prétend que la province s'est enrichie sans cause en percevant cette taxe et qu'elle seule était en mesure de rectifier ce tort en remboursant ces sommes aux passagers au moyen de tarifs réduits. À l'instar des juges Macdonald et Taggart, je ne puis voir aucune raison pour laquelle Air Canada aurait droit à ces sommes. Ce sont les passagers, et non Air Canada, qui ont été assujettis à la taxe. Air Canada faisait simplement office de percepteur en vertu de la Loi, fonction pour laquelle elle touchait en fait une rétribution. Je conçois mal comment elle pourrait déterminer quels passagers ont consommé les boissons alcooliques; par conséquent, le remboursement du montant de la taxe à Air Canada représenterait simplement un profit fortuit pour celle-ci.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le premier pourvoi des lignes aériennes se rapportant aux taxes sur les aéronefs et sur les pièces et de rejeter le pourvoi incident de la province relativement aux taxes sur les boissons alcooliques vendues à bord des aéronefs alors qu'ils survolent la province. Je suis d'avis de rétablir les ordonnances des juges Proudfoot et Callaghan. Les lignes aériennes ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis d'accueillir le deuxième pourvoi d'Air Canada se rapportant au remboursement des taxes illégalement perçues à l'égard de ses aéronefs et pièces et de lui accorder la somme réclamée de

would dismiss the appeal as regards the amount claimed for taxes unlawfully collected in respect of alcoholic beverages. In the particular circumstances of this case, the province should recover its costs at trial and before the Court of Appeal. There should be no costs on the appeal to this Court.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague La Forest J. for the reasons given by him that as a matter of statutory interpretation the *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, does not apply to the respondent airlines' aircraft and parts. This being so the payment made by Air Canada on account of taxes under the Act was made under a mistake of law. Having concurred with my colleague by way of *obiter dicta* in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, that moneys paid under a mistake of law should, like moneys paid under a mistake of fact, be recoverable, I agree with my colleague that the respondent airlines' mistake in this case affords no defence to the province against a claim for recovery of the moneys paid.

I agree also with my colleague La Forest J. that the imposition of the tax on the sale of alcoholic beverages to passengers while airborne over British Columbia was unconstitutional since such sales did not take place "within the province". I also agree with my colleague that these moneys are not recoverable by the respondent airlines even although they were paid under unconstitutional legislation. I distinguish this case from the case dealing with the *Gasoline Tax Act* in that the tax in this case was not a tax on the respondent airlines but on the passengers who purchased drinks. The moneys paid did not come out of the airlines' pockets but out of the pockets of their passengers who would be entitled, were it practical to do so, to make the claim for their return. The airlines in this case were merely tax collectors and not taxpayers. There is therefore no foundation for

903 424,57 $. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi se rapportant au remboursement des taxes illégalement perçues à l'égard des boissons alcooliques. Compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire, la province devrait se faire rembourser ses dépens en première instance et devant la Cour d'appel. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens relativement au pourvoi devant cette Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je conviens avec mon collègue le juge La Forest, pour les motifs qu'il donne, que selon les règles applicables en matière d'interprétation des lois, la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, ne s'applique pas aux aéronefs et aux pièces des lignes aériennes intimées. Cela étant, le paiement fait par Air Canada en acquittement des taxes imposées sous le régime de la Loi a été fait par suite d'une erreur de droit. Dans l'affaire *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, je me suis ralliée, par voie d'opinion incidente, à l'avis de mon collègue selon lequel les sommes versées par suite d'une erreur de droit devraient être remboursables tout comme les sommes versées par suite d'une erreur de fait. En conséquence, je m'accorde avec lui pour dire que la province ne peut opposer l'erreur commise par les lignes aériennes intimées en l'espèce comme moyen de défense à une demande de remboursement des sommes versées.

Je suis également d'accord avec le juge La Forest pour dire que l'imposition de la taxe sur la vente de boissons alcooliques aux passagers à bord des aéronefs qui survolent la Colombie-Britannique est inconstitutionnelle puisque ces ventes ne sont pas effectuées «dans les limites de la province». Je partage également son avis que les lignes aériennes intimées ne peuvent se faire rembourser ces sommes même si elles ont été payées en vertu d'un texte législatif inconstitutionnel. Je distingue la présente affaire de celle où il est question de la *Gasoline Tax Act* en ce que la taxe en l'espèce était imposée non pas aux lignes aériennes mais aux passagers qui achetaient des boissons. Les sommes versées sortaient non pas de la poche des lignes aériennes mais de celle de leurs passagers qui auraient le droit, s'il était pratique de le faire, d'en réclamer le remboursement. Les lignes aérien-

their claim that the moneys should be returned to them for their own use and benefit.

In the result I agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague.

The airlines' first appeal relating to taxes on the aircraft and parts should be allowed and the province's cross-appeal relating to taxes on alcoholic beverages sold in aircraft while in airspace should be dismissed with costs.

The second appeal by Air Canada as regards the amount claimed for taxes unlawfully collected in respect of its aircraft and parts should be allowed.

Solicitors for the appellants Pacific Western Airlines Ltd. and Canadian Pacific Air Lines Ltd.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant Air Canada: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the respondents the province of British Columbia et al.: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

nes en l'espèce n'étaient que des percepteurs de taxe et non des payeurs de taxe. Par conséquent, leur demande de remboursement des sommes pour leurs propres usage et profit est injustifiée.

En définitive, je suis d'accord avec la façon dont mon collègue propose de trancher ces pourvois.

Le premier pourvoi des lignes aériennes se rapportant aux taxes sur les aéronefs et sur les pièces est accueilli et le pourvoi incident de la province relativement aux taxes sur les boissons alcooliques vendues à bord d'aéronefs traversant l'espace aérien est rejeté avec dépens.

Le second pourvoi d'Air Canada relativement au remboursement des taxes illégalement perçues à l'égard de ses aéronefs et pièces est accueilli.

Procureurs des appellantes Pacific Western Airlines Ltd. et Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Air Canada: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur des intimés la province de la Colombie-Britannique et autres: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Canadian National Railway Company: Taylor McCaffrey Chapman, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Taylor McCaffrey Chapman, Winnipeg.

Air Canada and Pacific Western Airlines Ltd. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

and between

Her Majesty The Queen in Right of the province of British Columbia and the Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Air Canada, Pacific Western Airlines Ltd. and Canadian Pacific Airlines Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General for Saskatchewan *Intervener*

INDEXED AS: AIR CANADA *v.* BRITISH COLUMBIA

File Nos.: 20079, 20082, 20085.

1988: June 8, 9, 10; 1989: May 4.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE APPEAL COURT FOR BRITISH COLUMBIA

Taxation — Provincial powers — Tax levied first purchaser of gasoline following manufacture — Tax amended to apply to purchaser ultimately consuming gasoline — Airlines involved in interprovincial and

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Air Canada et Pacific Western Airlines Ltd. *Appelantes*

c.

Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

et entre

Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Air Canada, Pacific Western Airlines Ltd. et Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée *Intimées*

et

Le procureur général de la Saskatchewan *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: AIR CANADA *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE

N^os du greffe: 20079, 20082, 20085.

1988: 8, 9, 10 juin; 1989: 4 mai.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit fiscal — Pouvoirs provinciaux — Taxe prélevée sur le premier acheteur d'essence après sa production — Taxe modifiée de manière à frapper l'acheteur qui consomme l'essence — Lignes aériennes fournissant

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

international service taxed for fuel purchases in province — Whether or not original tax ultra vires the province — Whether or not amended tax ultra vires the province — If so, whether or not taxes paid by mistake under ultra vires statute refundable — Whether or not taxes contrary to s. 7 Charter right to liberty — If so, whether or not taxes justified under s. 1 — Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162, s. 25(1), (2), (3), (4), (5) — Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, c. 32, s. 7 — Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(2), (10)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Statutes — Retroactive operation — Taxing statutes — Ultra vires taxing provision amended — Amendment providing for retroactive operation of amendment — Whether or not retroactive application of taxing provision ultra vires the province — Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, c. 5, s. 20.

In 1980, Air Canada, Pacific Western Airlines and Canadian Pacific Airlines commenced separate actions (which were heard together) against British Columbia, seeking the reimbursement of amounts paid as "gasoline taxes" under the *Gasoline Tax Act* in effect on and following August 1, 1974. (A fiat was no longer necessary to sue the provincial Crown from August 1, 1974.) Air Canada and Pacific Western Airlines sought to recover the taxes paid between August 1, 1974 and the date of trial. Canadian Pacific Airlines' claim was limited to the taxes paid between August 1, 1974 and July 1, 1976.

The Act, as it stood on August 1, 1974, taxed every purchaser on all gasoline sold in the province for the first time after its manufacture in, or importation into, the province. The Act remained in this form until 1976 even though the Privy Council had struck down a similar provision for not being a direct tax within s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The definition of "purchaser" was repealed and replaced in July 1976. "Purchaser" was defined to mean any person who, acting for himself or as agent, bought or received delivery of gasoline within the province for his or her own use or consumption. In 1981, legislation was enacted purporting to extend the application of legislation similar to that enacted in 1976 back to August 1, 1974. This legislation also purported to legalize the Crown's retention of the money collected from 1974 to 1976 under the Act as it then stood: moneys collected as taxes, penalties

un service interprovincial et international assujetties à une taxe sur le carburant acheté dans la province — La taxe initiale était-elle ultra vires de la province? — La taxe modifiée est-elle ultra vires de la province? — Dans l'affirmative, des taxes acquittées par erreur en vertu d'une loi qui est ultra vires sont-elles remboursables? — Les taxes portent-elles atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, les taxes sont-elles justifiées par l'article premier? — Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162, art. 25(1), (2), (3), (4), (5) — Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, chap. 32, art. 7 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2), (10)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Législation — Effet rétroactif — Lois fiscales — Modification d'une disposition fiscale qui était ultra vires — Modification ayant un effet rétroactif — La province avait-elle compétence pour appliquer rétroactivement une disposition fiscale? — Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, chap. 5, art. 20.

En 1980, Air Canada, Pacific Western Airlines et Lignes aériennes Canadien Pacifique ont engagé des actions distinctes (qui ont été entendues ensemble) contre la Colombie-Britannique pour obtenir le remboursement de sommes payées à titre de «taxes sur l'essence» en vertu de la *Gasoline Tax Act*, telle qu'elle s'appliquait à partir du 1er août 1974. (À compter de cette date, il n'était plus nécessaire d'obtenir une autorisation pour poursuivre la Couronne provinciale.) Air Canada et Pacific Western Airlines demandaient le remboursement des taxes qu'elles avaient payées entre le 1er août 1974 et la date du procès. La réclamation de Lignes aériennes Canadien Pacifique se limitait aux taxes versées entre le 1er août 1974 et le 1er juillet 1976.

La Loi, telle qu'elle était le 1er août 1974, imposait une taxe à tous les acheteurs d'essence vendue dans la province pour la première fois après y avoir été produite ou importée. La loi n'a pas été modifiée avant 1976, bien que le Conseil privé eût déjà invalidé une disposition analogue parce que la taxe qu'elle prévoyait n'était pas directe au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La définition du terme «acheteur» a été abrogée et remplacée en juillet 1976. Selon la nouvelle définition, un «acheteur» était une personne qui, agissant en son propre nom ou à titre de mandataire, achetait ou recevait de l'essence dans la province pour son usage personnel ou pour l'usage de son mandant ou d'autrui. En 1981, a été adoptée une loi ayant pour effet de rendre applicable à partir du 1er août 1974 un texte semblable à celui adopté en 1976 et, en outre, d'autoriser la Couronne à retenir les sommes perçues de 1974 à 1976 en

or interest under the Act during that period were to "be conclusively deemed to have been confiscated by the government without compensation".

Air Canada and Pacific Western Airlines alleged that none of the definitions made the tax a direct tax in the province for provincial purposes so as to give the province jurisdiction under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. All three airlines contended that, even if the 1976 version of the statute were constitutional, they were still entitled to be reimbursed for moneys paid between 1974 and 1976 because the 1981 attempt to give the 1976 tax retroactive effect was invalid.

At trial the province conceded that the Act as it existed before 1976 was *ultra vires*, but the 1976 Act was held to be valid. The 1981 legislation to give the tax retroactive effect, however, was found to be *ultra vires*. The airlines were therefore entitled to recover taxes paid between 1974 and 1976 but not the taxes paid after 1976.

The Court of Appeal dismissed the appeal by Air Canada and Pacific Western Airlines on the issue of their liability after 1976. The Attorney General cross-appealed against Air Canada and Pacific Western Airlines and appealed against Canadian Pacific Airlines on the issue of the province's liability to repay the taxes collected between 1974 and 1976. The Court of Appeal, by majority, dismissed the Crown appeals. Appellants were granted leave to appeal to this Court.

The constitutional questions before this Court queried: (1) if the *Gasoline Tax Act*, as amended in 1976 and 1981, was *ultra vires* in its application or otherwise constitutionally inapplicable to the airlines here; (2) whether the application of the *Gasoline Tax Act* to the airlines violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (3) if so, whether its application was justified under s. 1.

Held (Wilson J. dissenting in part): The appeal by Air Canada and Pacific Western Airlines should be dismissed, the Crown's cross-appeal against them should be allowed and the Crown's appeal against Canadian Pacific Airlines should be allowed. As to the first constitutional question, the *Gasoline Tax Act*, as it existed in 1974, was constitutionally invalid, but the amendments of 1976 and 1981 were valid. The second constitutional

vertu de la loi alors en vigueur: les sommes perçues en vertu de la loi à titre de taxes, de pénalités ou d'intérêts étaient «définitivement réputées avoir été confisquées par le gouvernement, sans indemnisation».

Air Canada et Pacific Western Airlines allèguent qu'aucune des définitions ne faisait de la taxe un impôt direct dans les limites de la province pour des objets provinciaux, de manière à conférer à la province compétence en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les trois lignes aériennes font valoir que, même si la loi dans sa version de 1976 était constitutionnelle, elles ont droit néanmoins au remboursement des sommes versées entre 1974 et 1976, puisque la tentative en 1981 de donner à la taxe imposée en 1976 un effet rétroactif était invalide.

En première instance, la province a reconnu que la loi telle qu'elle existait avant 1976 était *ultra vires*, mais la loi de 1976 a été jugée valide. La loi de 1981 donnant à la taxe un effet rétroactif a cependant été jugée *ultra vires*. Les lignes aériennes avaient donc droit au remboursement des taxes payées entre 1974 et 1976, mais non de celles versées après 1976.

La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par Air Canada et Pacific Western Airlines sur la question de leur assujettissement à la taxe après 1976. Le procureur général a formé un appel incident contre Air Canada et Pacific Western Airlines et a interjeté appel contre Lignes aériennes Canadien Pacifique sur la question de l'obligation pour la province de rembourser les taxes perçues entre 1974 et 1976. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté les appels de la Couronne. Les appelantes ont obtenu l'autorisation de pourvoi en cette Cour.

Les questions constitutionnelles dont la Cour est saisie sont de savoir: (1) si la *Gasoline Tax Act* telle que modifiée en 1976 et 1981 est *ultra vires* dans son application aux lignes aériennes en l'espèce ou par ailleurs constitutionnellement inapplicables à ces dernières; (2) si l'application de la *Gasoline Tax Act* aux lignes aériennes viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et (3) dans l'affirmative, si son application est justifiée en vertu de l'article premier.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente en partie): Le pourvoi d'Air Canada et de Pacific Western Airlines est rejeté et le pourvoi incident formé par la Couronne contre elles est accueilli. Le pourvoi de la Couronne contre Lignes aériennes Canadien Pacifique est accueilli. En ce qui concerne la première question constitutionnelle, la *Gasoline Tax Act*, telle qu'elle existait en 1974, était inconstitutionnelle, mais les modifications y

question should be answered in the negative; the third did not need to be answered.

Per Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The Crown could not rely on the Act as it existed in 1974 to justify collection or retention of the taxes levied between 1974 and 1976. The Act could not be "read down" so as to apply only to persons who purchased gasoline for their own use or consumption as it was in practice applied.

The 1976 tax met the requirements of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*: it was a direct tax, imposed in the province and for provincial purposes. A direct tax is one demanded from the very person who it is intended or desired should pay it. The 1976 Act clearly taxed the ultimate consumer of the gasoline and made no provision for passing it on to others, whatever the opportunities of recouping it by other means. The transaction attracting the tax took place in the province and the purchaser had a sufficient presence in the province to be taxed there. Nothing in the *Constitution Act, 1867* requires that the taxpayer must benefit from the tax. A person, a transaction or property in the province may be taxed by the province if taxed directly.

The Act did not impose a consumption tax and references to consumption or use in the definition of purchaser merely defined the taxpayer. Since the tax was imposed in the province in respect of the purchase of gasoline, it did not matter where it was consumed, whether in airspace or in another province. That the tax could have an effect on persons outside the province was of no consequence.

The *Charter* right to "life, liberty or security of the person" could not be invoked here. The airlines were required to pay taxes in the same way as other purchasers of gasoline within the province. An ordinary tax like the one at issue could not be equated with expropriation.

Federal jurisdiction over trade and commerce (s. 91(2)), interprovincial undertakings (s. 92(10)(*a*)) and aeronautics was not violated by the 1976 Act. Any alleged violation of the trade and commerce power would be based on the impugned tax's being characterized as a consumption tax on the airlines' fuel. The federal power over interprovincial undertakings and aeronautics did not create an immunity for the airlines

apportées en 1976 et 1981 sont valides. La deuxième question constitutionnelle reçoit une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la troisième.

Les juges Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé: La Couronne ne peut s'appuyer sur la loi telle qu'elle était en 1974 pour justifier la perception de la taxe et la conservation des sommes versées à ce titre entre 1974 et 1976. Il ne faut pas «donner une interprétation atténuée» à la loi, de manière qu'elle ne s'applique qu'à ceux qui achètent de l'essence pour leur consommation ou pour leur usage personnels, car c'était ainsi qu'on l'appliquait dans la pratique.

La taxe de 1976 respectait les exigences du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: c'était une taxe directe imposée dans les limites de la province, pour des objets provinciaux. L'impôt direct est celui exigé de la personne même qui doit l'assumer. De toute évidence, la loi de 1976 assujettissait à une taxe le consommateur réel de l'essence et n'envisageait pas qu'elle serait reportée sur autrui, quelles que fussent les possibilités d'en recouvrer le montant par d'autres moyens. L'opération entraînant l'assujettissement à la taxe a eu lieu dans la province et l'acheteur y avait une présence suffisante pour y être assujetti. Rien dans la *Loi constitutionnelle de 1867* n'exige que le contribuable tire avantage de la taxe. La province peut imposer une personne, une opération ou des biens dans les limites de son territoire, à condition qu'elle le fasse au moyen d'une taxe directe.

La loi n'impose pas une taxe à la consommation et, si la définition du terme «acheteur» parle de consommation ou d'usage, c'est simplement pour définir le contribuable. Puisque la taxe frappe l'essence achetée dans les limites de la province, le lieu de consommation de cette essence n'a pas d'importance, qu'il s'agisse de l'espace aérien ou d'une autre province. Que la taxe puisse avoir un effet sur des personnes à l'extérieur de la province ne tire pas à conséquence.

Le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne», garanti par la *Charte*, ne peut être invoqué en l'espèce. Les lignes aériennes sont tenues au paiement de taxes au même titre que tout autre acheteur d'essence dans la province. Une taxe ordinaire comme celle en l'espèce ne peut être assimilée à une expropriation.

La loi de 1976 n'empiète pas sur la compétence fédérale relative aux échanges et au commerce (par. 91(2)), aux entreprises interprovinciales (al. 92(10)*a*)) et à l'aéronautique. Toute allégation d'un empiétement sur le pouvoir en matière d'échanges et de commerce reposerait sur la caractérisation de la taxe en cause comme une taxe à la consommation frappant le carburant des lignes aériennes. Le pouvoir fédéral sur les

from otherwise valid provincial legislation. By and large federal undertakings, like other private enterprises functioning within the province, must operate in a provincial legislative environment, and must like them pay provincial taxes imposed within the province.

The words of the 1976 Act clearly indicated that the Legislature meant to give effect to the whole of the statute in its amended form from the date of its enactment. The argument that the 1976 Act was invalid because the Legislature could not amend an *ultra vires* statute so as to make it *intra vires* was without merit.

The taxing provisions of the 1981 legislation, like the 1976 legislation, were a proper exercise of the province's power to impose direct taxation in the province. The sole difference was that the 1981 provisions were given retroactive effect—a result that was not constitutionally barred. The tax illegally collected under the *ultra vires* provision before 1976 would be equal to the amount levied in 1981 and the moneys owing by the taxpayers under the 1981 provision was simply to be taken out of the equal amounts collected from those taxpayers under the invalid tax. The subsection which referred to "confiscation" was nothing more nor less than machinery for collecting the taxes properly imposed in the other subsections and accordingly could not taint their constitutionality.

The 1981 legislation does not violate the principle enunciated in *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576. *Amax* concerned a situation where the province sought to avoid repaying a tax it was bound by law to pay. It simply sought in an indirect way to give effect to an invalid statute. Here the Legislature did directly what it was empowered to do—impose a direct tax and give it retroactive effect.

The argument that, apart from the 1981 Act, the airlines could not recover on the basis that the tax was paid under a mistake of law (the "mistake of law" rule) could not succeed. The rule was rejected as having been constructed on inadequate foundations as lacking in clarity and resulting in undue harshness. It should not in any event be extended to the constitutional plane. The development of the law of restitution had rendered otiose the distinction between mistakes of fact and mistakes of law. It should play no part in the law of restitution. Recovery should generally be allowed in any case of enrichment at the plaintiff's expense caused by a

entreprises interprovinciales et sur l'aéronautique ne faisait pas échapper les lignes aériennes à l'application d'une loi provinciale par ailleurs valide. En règle générale, les entreprises fédérales, comme les autres entreprises privées exploitées dans la province, doivent fonctionner dans le cadre que forment les lois provinciales et payer les taxes provinciales imposées dans la province.

Il se dégage des termes employés dans la loi de 1976 que le législateur a voulu que la loi au complet, dans sa version modifiée, ait effet à partir de la date de son adoption. L'argument selon lequel la loi de 1976 était invalide parce que le législateur ne pouvait, en modifiant une loi qui était *ultra vires*, la rendre *intra vires*, est sans fondement.

Les dispositions fiscales de la loi de 1981, comme celles de la loi de 1976, constituent un exercice légitime du pouvoir de la province d'imposer une taxe directe dans les limites de son territoire, la seule différence étant que les dispositions de 1981 ont un effet rétroactif, ce que la Constitution n'interdit pas. Les sommes illégalement perçues avant 1976 en vertu de la disposition invalide sont égales aux sommes prélevées en 1981 et les sommes dues par les contribuables en vertu de la disposition de 1981 étaient simplement compensées par les sommes égales qu'avaient versées ces contribuables en acquittement de la taxe invalide. Le paragraphe qui parle de «confiscation» n'est rien d'autre qu'un mécanisme pour la perception de taxes légitimement imposées par les autres paragraphes et ne compromet donc pas leur constitutionnalité.

La loi de 1981 ne viole pas le principe posé dans *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576. L'arrêt *Amax* visait une situation où la province cherchait à éviter d'avoir à rembourser une taxe alors qu'elle était tenue en droit de le faire. Elle cherchait simplement un moyen indirect de donner effet à une loi invalide. En l'espèce, le législateur a fait directement ce qu'il avait la compétence de faire: imposer une taxe directe et lui donner un effet rétroactif.

On ne peut retenir l'argument selon lequel, abstraction faite de la loi de 1981, les lignes aériennes ne pourraient être remboursées parce que la taxe a été payée à la suite d'une erreur de droit (règle de «l'erreur de droit»). La règle a été rejetée parce qu'elle a des fondations inadéquates, qu'elle manque de clarté et qu'elle a des conséquences trop sévères. De toute façon, elle ne devrait pas être étendue au domaine constitutionnel. L'évolution du droit en matière de restitution rend inutile la distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit. Elle ne devrait pas entrer en jeu dans le droit relatif à la restitution. Le recouvrement devrait

mistake, subject to any available defences or equitable reasons for denying recovery. Restitution should apply against public bodies as well as to private individuals.

Restitutionary principles, however, preclude recovery where the plaintiff has suffered no loss. If the taxing authority retains a payment to which it was not entitled, it will be unjustly enriched but not at the taxpayer's expense if the economic burden of the tax has been shifted to others. Generally, it is preferable to leave the enrichment with the tax authority instead of putting the judicial machinery in motion for the purpose of shifting the same enrichment to the taxpayer. The law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss. Rather, its function is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the province made at the taxpayer's expense. The taxpayer must show that it bore the burden of the tax to make out its claim. What the province received was relevant only in so far as it was received at the taxpayer's expense.

Apart from this, while the principles of unjust enrichment can operate against a government to ground restitutionary recovery, where the effect of an unconstitutional or *ultra vires* statute is in issue, special considerations operate to take the case out of the normal restitutionary framework and require a rule responding to the underlying policy concerns specific to this problem. The rule is against recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional statutes. The policies that underlie this rule are numerous. Chief among these are the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it, either on the same or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government. It could lead to fiscal chaos, particulary where a long-standing taxation measure is involved. The tax here is of broad general application and has been imposed for decades.

Exceptions may exist where the relationship between the state and a particular taxpayer results in the collection of tax which would be unjust or oppressive in the

être généralement permis dans les cas d'enrichissement aux dépens du demandeur, quand il résulte d'une erreur, sous réserve des moyens de défense et des raisons d'équité qui permettraient de refuser le recouvrement. La restitution devrait s'appliquer à l'égard des organismes publics comme à l'égard des particuliers.

Les principes de la restitution s'opposent toutefois au recouvrement dans le cas où le demandeur n'a subi aucune perte. Si l'autorité fiscale garde un paiement auquel elle n'avait pas droit, elle reçoit un enrichissement illégitime mais cet enrichissement ne se produit pas aux dépens du contribuable si la charge économique de la taxe a été reportée sur d'autres personnes. Permettre au fisc de conserver l'enrichissement est en règle générale préférable à une intervention des tribunaux pour faire passer cet enrichissement au contribuable. Le droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n'ont subi aucune perte. Il sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d'une richesse qu'il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. Le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la province aux dépens du contribuable. Pour établir le bien-fondé de sa demande, le contribuable doit démontrer qu'il a supporté la charge de la taxe. Ce qu'a pu recevoir la province n'est pertinent que dans la mesure où c'était aux dépens du contribuable.

Par ailleurs, les principes de l'enrichissement illégitime (ou sans cause) peuvent jouer contre un gouvernement et justifier le recouvrement aux fins de restitution mais, dans une affaire où il est question de l'effet d'une loi inconstitutionnelle ou *ultra vires*, certaines considérations spéciales font sortir l'affaire du cadre normal de la restitution et exigent une règle qui réponde aux questions de politiques sous-jacentes spécifiques à ce problème. La règle interdit la restitution d'impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles. Les principes qui sous-tendent cette règle sont nombreux. Un des plus importants est la protection du trésor public et la reconnaissance du fait que, si l'impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait obligé d'adopter le moyen inefficace qui consiste à l'imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d'une nouvelle génération afin de financer les opérations gouvernementales. Cela pourrait mener au chaos fiscal surtout dans le cas d'une mesure fiscale appliquée depuis longtemps. En l'espèce, la taxe est d'application générale et elle est imposée depuis plusieurs décennies.

Il peut y avoir des exceptions dans le cas où les rapports entre l'État et un contribuable donné rendent injuste ou opprimante, dans les circonstances, la percep-

circumstances. The present case does not, however, call for a departure from the general rule. The tax, though unconstitutional, raised an issue bordering on the technical. Had the statute been enacted in proper form there would have been no difficulty in exacting the tax as actually imposed. Nor was there compulsion. Payment under an *ultra vires* statute does not constitute "compulsion". Before a payment will be regarded as involuntary there must be some natural or threatened exercise of power possessed by the party receiving it over the person or property of the taxpayer for which he has no immediate relief than to make the payment. Finally, the fact that the province may have been in a better position to determine that the statute was unconstitutional does not affect the rule. The policy reasons underlying it remain.

The rule against the recovery of unconstitutional and *ultra vires* levies is an exceptional rule, and should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support it. The rule should not apply where a tax is extracted from a taxpayer through a misapplication of the law. Where an otherwise constitutional or *intra vires* statute or regulation is applied in error to a person to whom, on its true construction, it does not apply, the general principles of restitution for money paid under a mistake should be applied, and, subject to available defenses and equitable considerations, the general rule should favour recovery. No distinction should be made between mistakes of fact and mistakes of law.

Per Beetz J.: While agreeing with the reasons and conclusions of La Forest J., it is not necessary to deal with the "Mistake of Law" defence or to express any opinion thereon with respect to private law or public law and with respect to the recovery of taxes levied pursuant to an unconstitutional statute because the new *Gasoline Tax Act* was valid in its entirety. If the rule should be against the recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional taxes, this rule should not extend to cases of error in the application of the law.

Per McIntyre J.: The reasons for judgment of La Forest J. were agreed with, subject to the qualifications expressed by Beetz J.

Per Wilson J. (dissenting in part): British Columbia's *Gasoline Tax Act*, as it existed in 1974, was *ultra vires* the province and could not be relied upon by the Crown to justify the collection or retention of the taxes levied against the appellants between 1974 and 1976. The

tion de l'impôt. Toutefois, il n'y a pas lieu de s'écarter de la règle générale en l'espèce. Malgré son inconstitutionnalité, la taxe soulève une question que l'on pourrait presque qualifier de «technique». Si la loi avait été adoptée sans vice de forme, la perception de la taxe qu'elle imposait n'aurait pas présenté de problème. Il n'y a pas eu de contrainte. Un paiement fait en vertu d'une loi *ultra vires* ne constitue pas une «contrainte». Pour qu'un paiement soit considéré comme involontaire, la personne qui le reçoit doit avoir exercé ou menacé d'exercer un pouvoir qu'elle détient sur la personne ou les biens du contribuable, de sorte que ce dernier n'a d'autre recours immédiat que de payer. Finalement, le fait que la province était peut-être mieux placée pour se rendre compte de l'inconstitutionnalité de la loi, n'a aucun effet sur cette règle. Les raisons de principe demeurent.

La règle interdisant le recouvrement d'impôts inconstitutionnels et *ultra vires* est une règle exceptionnelle et ne devrait pas s'interpréter d'une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle repose. Cette règle ne devrait pas jouer lorsqu'un impôt a été pris à un contribuable par l'application erronée de la loi. Dans un cas où l'on applique à tort une loi ou un règlement par ailleurs constitutionnels ou valides à une personne à laquelle cette loi ou ce règlement, selon leur sens véritable, ne s'appliquent pas, les principes généraux régissant la restitution de fonds versés par suite d'une erreur devraient être appliqués et, sous réserve des moyens de défense et des considérations d'équité, la règle générale devrait permettre le recouvrement. On ne devrait faire aucune distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit.

Le juge Beetz: Quoique souscrivant aux motifs et aux conclusions du juge La Forest, le juge Beetz estime qu'il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion sur le moyen de défense de «l'erreur de droit», que ce soit en droit privé ou en droit public, ni de se prononcer sur le remboursement de taxes perçues sous le régime d'une loi inconstitutionnelle, puisque l'ensemble de la nouvelle *Gasoline Tax Act* est constitutionnelle. Si la règle devait interdire la restitution d'impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles, cette règle ne devrait pas être étendue à un cas d'application erronée du droit.

Le juge McIntyre: Le juge McIntyre souscrit aux motifs de jugement du juge La Forest, avec les réserves qu'y apporte le juge Beetz.

Le juge Wilson (dissidente en partie): La *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique, telle qu'elle était rédigée en 1974, était *ultra vires* de la province et la Couronne ne peut l'invoquer pour justifier la perception de la taxe et la conservation des sommes versées à ce

unconstitutional aspects were remedied by amendment made in 1976. However, in 1981, the province through the imposition of a retroactive tax and the confiscation of the taxes paid between 1974 and 1976 attempted unsuccessfully to give effect to the earlier unconstitutional legislation in violation of principles already stated by this Court.

Appellants' claim for repayment is not defeated by the doctrine of mistake of law which should not be extended to moneys paid under unconstitutional legislation. Otherwise, taxpayers would be obliged to check out the constitutional validity of taxing legislation before paying on pain of being unable to recover anything paid under unconstitutional laws. The appellants were entitled to rely on the presumption of validity of the legislation and on the representation as to its validity by the legislature enacting and administering it.

Payments made under unconstitutional legislation are not "voluntary" in a sense which should prejudice the taxpayer. The taxpayer, assuming the validity of the statute which it is entitled to do, considers itself obligated to pay. Any taxpayer paying taxes exigible under a statute which it has no reason to believe or suspect is other than valid should be viewed as having paid pursuant to the statutory obligation to do so.

Payments made under a statute subsequently found to be unconstitutional should be recoverable and the principle should not be reversed for policy reasons in the case of payments made to governmental bodies. If any judicial policy were to be developed, that policy should be one which distributes the loss fairly across the public. The loss should not fall on the totally innocent taxpayer who paid what the legislature improperly said was due.

The appellants were not required to show that the unjust enrichment of the province was at their expense. The argument that their receipt of the money back amounted to a "windfall" because in all likelihood they had recouped it from their customers is no basis on which to deny recovery. Where payments are made pursuant to an unconstitutional statute there is no legitimate basis on which they can be retained.

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had no application to this case for the reasons given by La Forest J.

titre par les appelantes entre 1974 et 1976. Les aspects inconstitutionnels de la loi ont été rectifiés par la modification apportée en 1976. Toutefois en 1981, la province, en imposant une taxe rétroactive et en confisquant les taxes payées entre 1974 et 1976, a tenté sans succès de donner effet à une loi antérieure inconstitutionnelle, en violation des principes déjà énoncés par cette Cour.

La demande de remboursement des appelantes ne peut être rejetée en vertu de la doctrine de l'erreur de droit qui ne devrait pas s'étendre aux sommes versées en vertu d'une loi inconstitutionnelle car les contribuables seraient alors obligés de vérifier la constitutionnalité d'une loi fiscale avant d'acquitter leurs impôts, sous peine de ne pouvoir se faire rembourser des sommes versées en vertu de lois inconstitutionnelles. Les appelantes étaient en droit de présumer la validité de la loi et pouvaient se fonder sur le fait que le législateur, en l'adoptant et en l'appliquant, l'a présentée comme un texte valide.

Des paiements effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle ne sont pas «volontaires» dans un sens qui devrait préjudicier au contribuable. Celui-ci, supposant la loi valide, comme il est en droit de le faire, se considère comme tenu de payer. Tout contribuable qui acquitte des impôts exigés par une loi, quand il n'a aucune raison de douter de sa validité, devrait être considéré comme ayant payé en raison d'une obligation légale de le faire.

Des paiements effectués en vertu d'une loi qui est par la suite jugée inconstitutionnelle devraient pouvoir être recouvrés et le principe ne devrait pas être écarté pour des raisons d'intérêt public dans le cas de paiements faits à des organismes gouvernementaux. S'il convient que les tribunaux adoptent une politique quelconque ce devrait être de répartir la perte équitablement parmi les membres du public. La perte ne devrait pas être subie par un contribuable tout à fait innocent qui a acquitté ce que le législateur exigeait à tort.

Les appelantes n'étaient pas tenues de démontrer que l'enrichissement illégitime de la province avait eu lieu à leurs dépens. On ne peut retenir, pour refuser le remboursement, l'argument selon lequel elles feraient un «profit fortuit» si on leur remboursait des sommes qu'elles ont vraisemblablement déjà récupérées auprès de leurs clients. Lorsque les paiements ont été effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle, rien ne justifie que ces sommes soient retenues.

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable en l'espèce, pour les raisons données par le juge La Forest.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347; **distinguished:** *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; **referred to:** *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Marine Petrobulk Ltd. v. R. in right of B.C.* (1985), 64 B.C.L.R. 17; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1941] S.C.R. 670; *Braniff Airways, Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*, 347 U.S. 590 (1954); *Reference re the Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *United Air Lines, Inc. v. Mahin*, 410 U.S. 623 (1973); *Edelman v. Boeing Air Transport, Inc.*, 289 U.S. 249 (1933); *Delta Air Lines, Inc. v. Department of Revenue*, 455 So.2d 317 (1984 Fla.), cert. denied 474 U.S. 892 (1985); *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger & Co.*, [1956] A.C. 527; *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, [1937] 3 W.W.R. 121; *Glidurray Holdings Ltd. v. Qualicum Beach* (1981), 32 B.C.L.R. 82; *The King v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670; *R. v. Williams*, [1942] A.C. 541; *Lovitt v. The King* (1910), 43 S.C.R. 106; *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448; *Coleman v. Inland Gas Corp.*, 21 S.W.2d 1030 (1929); *Mercury Machine Importing Corp. v. City of New York*, 144 N.E.2d 400 (1957); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Kiriri Cotton Co. v. Dewoni*, [1960] A.C. 192; *A. J. Severson Inc. v. Village of Qualicum Beach* (1982), 135 D.L.R. 122; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Lynden Transport Inc. v. R. in Right of British Columbia* (1985), 62 B.C.L.R. 314.

By Wilson J. (dissenting in part)

Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan, [1977] 2 S.C.R. 576; *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448; *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347; **distinction d'avec l'arrêt:** *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; **arrêts mentionnés:** *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Marine Petrobulk Ltd. v. R. in right of B.C.* (1985), 64 B.C.L.R. 17; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1941] R.C.S. 670; *Braniff Airways, Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*, 347 U.S. 590 (1954); *Reference re the Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *United Air Lines, Inc. v. Mahin*, 410 U.S. 623 (1973); *Edelman v. Boeing Air Transport, Inc.*, 289 U.S. 249 (1933); *Delta Air Lines, Inc. v. Department of Revenue*, 455 So.2d 317 (1984 Fla.), *certiorari* refusé 474 U.S. 892 (1985); *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger & Co.*, [1956] A.C. 527; *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, [1937] 3 W.W.R. 121; *Glidurray Holdings Ltd. v. Qualicum Beach* (1981), 32 B.C.L.R. 82; *The King v. National Trust Co.*, [1933] R.C.S. 670; *R. v. Williams*, [1942] A.C. 541; *Lovitt v. The King* (1910), 43 R.C.S. 106; *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448; *Coleman v. Inland Gas Corp.*, 21 S.W.2d 1030 (1929); *Mercury Machine Importing Corp. v. City of New York*, 144 N.E.2d 400 (1957); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Kiriri Cotton Co. v. Dewoni*, [1960] A.C. 192; *A. J. Severson Inc. v. Village of Qualicum Beach* (1982), 135 D.L.R. 122; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Lynden Transport Inc. v. R. in Right of British Columbia* (1985), 62 B.C.L.R. 314.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576; *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448; *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(2), (10)(*a*).
Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, c. 5, s. 20.
Fuel-oil Tax Act, R.S.B.C. 1924, c. 251.
Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162, s. 25(1), (2), (3), (4), (5).
Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, c. 32, s. 7.
Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388.

Authors Cited

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution.* Oxford: Clarendon Press, 1985.
British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Benefits Conferred Under a Mistake of Law.* Victoria: Province of British Columbia, Ministry of the Attorney General, 1981.
Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, vol 3. St. Paul: West Publishing, 1960.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet and Maxwell, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kennedy, W. P. M. and D. C. Wells. *The Law of the Taxing Power in Canada.* Toronto: University of Toronto Press, 1931.
McCamus, John D. "Restitutionary Recovery of Moneys Paid to Public Authority Under a Mistake of Law: *Ignorantia Juris* in the Supreme Court of Canada" (1983), 17 *U.B.C. Law Rev.* 233.
Palmer, George E. *The Law of Restitution*, vol. III. Boston: Little, Brown, 1978.
Palmer, George E. *The Law of Restitution*, 1986 Supplement. Boston: Little, Brown, 1986.
Pannam, Clifford L. "The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States" (1964), 42 *Texas L. Rev.* 779.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 356, [1986] 5 W.W.R. 385, dismissing the airlines' appeal and dismissing the Crown's cross-appeal from a judgment of Macdonald J. (1984), 51 B.C.L.R. 175, [1984] 3 W.W.R. 353. The appeal by Air Canada and Pacific Western Airlines Ltd. should be dismissed, the Crown's cross-appeal against them should be allowed, the Crown's appeal against Canadian Pacific Airlines Ltd. should be allowed, Wilson J. dissenting in part. As to the first constitutional question, the *Gasoline Tax Act*, as it existed in 1960, was constitutionally invalid, but the amendments of 1976 and 1981 were valid. The second

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, chap. 5, art. 20.
Fuel-oil Tax Act, R.S.B.C. 1924, chap. 251.
Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162, art. 25(1), (2), (3), (4), (5).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2), (10)*a*).
Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, chap. 32, art. 7.
Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388.

Doctrine citée

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution.* Oxford: Clarendon Press, 1985.
British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Benefits Conferred Under a Mistake of Law.* Victoria: Province of British Columbia, Ministry of the Attorney General, 1981.
Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, vol. 3. St. Paul: West Publishing, 1960.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet and Maxwell, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kennedy, W. P. M. and D. C. Wells. *The Law of the Taxing Power in Canada.* Toronto: University of Toronto Press, 1931.
McCamus, John D. «Restitutionary Recovery of Moneys Paid to Public Authority Under a Mistake of Law: *Ignorantia Juris* in the Supreme Court of Canada» (1983), 17 *U.B.C. Law Rev.* 233.
Palmer, George E. *The Law of Restitution*, vol. III. Boston: Little, Brown, 1978.
Palmer, George E. *The Law of Restitution*, 1986 Supplement. Boston: Little, Brown, 1986.
Pannam, Clifford L. «The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States» (1964), 42 *Texas L. Rev.* 779.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 356, [1986] 5 W.W.R. 385, qui a rejeté l'appel formé par les lignes aériennes ainsi que l'appel incident formé par la Couronne contre un jugement du juge Macdonald (1984), 51 B.C.L.R. 175, [1984] 3 W.W.R. 353. Le pourvoi d'Air Canada et de Pacific Western Airlines Ltd. est rejeté et le pourvoi incident formé par la Couronne contre elles est accueilli; le pourvoi de la Couronne contre Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée est accueilli; le juge Wilson est dissidente en partie. En ce qui concerne la première question constitutionnelle, la *Gasoline Tax Act*, telle qu'elle existait en 1960,

constitutional question should be answered in the negative; the third did not need to be answered.

D. M. M. Goldie, *Q.C.*, *W. S. Martin*, *C. F. Willms* and *R. G. Berrow*, for the appellant Air Canada.

Wendy G. Baker and *Peter G. Voith*, for the appellants Canadian Pacific Airlines Ltd. and Pacific Western Airlines Ltd.

E. Robert A. Edwards, *Q.C.*, and *Joseph J. Arvay*, *Q.C.*, for the respondents the Province of British Columbia, et al.

Elizabeth Goldberg and *Gerry Sholtack*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Michel Jolin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Reinhold M. Endres, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Richard P. Burns, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Dirk Blevins and *Stewart J. Pierce*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Howard Kushner, for the intervener the Attorney General for Alberta.

F. Greig Crockett, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by my brother Justice La Forest. I agree with his reasons and conclusions. However, since I take the view that the new s. 25 of the *Gasoline Tax Act* of British Columbia is constitutionally valid in its entirety, I do not find it necessary to express any opinion with respect to the "Mistake of Law" defence, either in private law or in public law, nor with respect to the recovery of taxes levied and paid pursuant to an unconstitutional statute.

était inconstitutionnelle, mais les modifications y apportées en 1976 et 1981 sont valides. La deuxième question constitutionnelle reçoit une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la troisième.

D. M. M. Goldie, *c.r.*, *W. S. Martin*, *C. F. Willms* et *R. G. Berrow*, pour l'appelante Air Canada.

Wendy G. Baker et *Peter G. Voith*, pour les appelantes Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée et Pacific Western Airlines Ltd.

E. Robert A. Edwards, *c.r.*, et *Joseph J. Arvay*, *c.r.*, pour les intimés la province de la Colombie-Britannique et autres.

Elizabeth Goldberg et *Gerry Sholtack*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Jolin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Reinhold M. Endres, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Richard P. Burns, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Dirk Blevins et *Stewart J. Pierce*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Howard Kushner, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

F. Greig Crockett, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs qu'a rédigés mon collègue le juge La Forest et j'y souscris. Je souscris également à ses conclusions. Toutefois comme je suis d'avis que l'ensemble du nouvel art. 25 de la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique est constitutionnel, je n'estime pas nécessaire d'exprimer une opinion sur le moyen de défense de «l'erreur de droit», que ce soit en droit privé ou en droit public, ni de me prononcer sur le remboursement de taxes perçues et acquittées sous le régime d'une loi inconstitutionnelle.

Assuming without deciding that my brother La Forest J. is correct in holding that "the rule should be against recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional statutes", I agree with him that this rule should not extend to a case of misapplication of the law such as the misapplication of the *Social Service Tax Act* of British Columbia to aircraft, aircraft parts and alcoholic beverages in the related appeals.

I agree with the disposition proposed by my brother La Forest J.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I agree with the reasons for judgment of my brother, Justice La Forest, subject to the qualifications expressed by my brother, Justice Beetz, which I would adopt.

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

LA FOREST J.—This judgment deals with the third of a trilogy heard at the same time involving the application and constitutionality of the *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, and the *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, c. 162. Most of the major issues raised regarding the former Act have been dealt with in a separate judgment on the first and second appeals, issued contemporaneously herewith. This judgment deals with the *Gasoline Tax Act*. However, a number of issues, most importantly the issue whether taxes paid under a mistake of law may be recovered, are common to the second appeal and to this, the third appeal. Since these issues were originally raised and more directly addressed in relation to the *Gasoline Tax Act*, I have in the interests of clarity and comprehensiveness dealt with them in this judgment.

The principal issues raised in this appeal are:

(1) whether the *Gasoline Tax Act* of British Columbia, both as originally enacted and as

Tenant pour acquis, sans décider le point, que mon collègue le juge La Forest a raison de conclure que «la règle devrait interdire la restitution d'impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles», je conviens avec lui que cette règle ne devrait pas être étendue à un cas d'application erronée du droit, comme par exemple l'application erronée de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique aux aéronefs, aux pièces d'aéronefs et aux boissons alcooliques, dont il est question dans les pourvois connexes.

Je souscris au dispositif que propose mon collègue le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Je souscris aux motifs de jugement de mon collègue le juge La Forest avec les réserves qu'y apporte mon collègue le juge Beetz.

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

LE JUGE LA FOREST—Ces motifs portent sur le troisième d'une trilogie de pourvois, entendus en même temps, qui soulevaient la question de l'application et de la constitutionnalité de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, et de la *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, chap. 162. La plupart des principales questions concernant la première loi sont traitées dans un jugement distinct tranchant les premier et deuxième pourvois et rendu en même temps que ce jugement. Les présents motifs traitent de la *Gasoline Tax Act*. Plusieurs questions toutefois, dont la plus importante est celle de savoir si l'on peut obtenir le remboursement de taxes payées par suite d'une erreur de droit, sont communes au deuxième pourvoi et à ce pourvoi, qui est le troisième. Comme elles ont été initialement posées et plus directement abordées dans le contexte de la *Gasoline Tax Act*, je me propose, dans l'intérêt de la clarté et pour une étude complète et globale de ces questions, d'en traiter dans les présents motifs.

Les questions principales dans le présent pourvoi sont de savoir:

(1) si la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique, telle qu'édictée à l'origine et

amended over the years, is constitutionally valid under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* as imposing direct taxation within the province in order to the raising of a revenue for provincial purposes;

(2) whether, if the Act as originally enacted was *ultra vires*, a later amendment can retroactively impose the tax and permit the retention of the amounts unconstitutionally levied before the amendment in settlement of the tax owing under the amendments; and

(3) whether, apart from statute, an unconstitutional tax paid by a taxpayer may be recovered.

Also at issue is whether the tax is invalid or inapplicable, as infringing against the federal powers respecting trade and commerce, aeronautics and interprovincial undertakings, or as violating s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

In 1980, Air Canada, Pacific Western Airlines and Canadian Pacific Airlines commenced actions in the Supreme Court of British Columbia against the Province of British Columbia, seeking the reimbursement of $18 million, $9 million and $3.5 million respectively, which amounts the airlines had paid as "gasoline taxes" under the *Gasoline Tax Act, 1948*, as amended. The sums claimed by Air Canada and Pacific Western Airlines represented payments made to the province under the Act between August 1, 1974 and the date of trial. Canadian Pacific Airlines' claim was limited to the payments it made in the 23-month period between August 1, 1974 and July 1, 1976. The significance of the August 1, 1974 starting date is that from that date it was no longer necessary to obtain a fiat to sue the provincial Crown. Separate actions for taxes paid prior to 1974 were subsequently launched (see *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539), but the

modifiée au cours des années, est conforme au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme loi imposant une taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

(2) si, à supposer que la Loi telle qu'édictée à l'origine soit *ultra vires*, une modification subséquente peut rétroactivement imposer la taxe et autoriser que soient retenues en acquittement de la taxe due par suite de la modification les sommes prélevées inconstitutionnellement avant cette modification; et

(3) si, indépendamment de la loi, un contribuable peut recouvrer une taxe inconstitutionnelle qu'il a payée.

Est également en litige la question de savoir si la taxe est invalide ou inapplicable parce qu'elle empiète sur les pouvoirs fédéraux relatifs aux échanges et au commerce, à l'aéronautique et aux entreprises interprovinciales, ou encore parce qu'elle enfreint l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et liberté*.

Les faits

En 1980, Air Canada, Pacific Western Airlines et Lignes aériennes Canadien Pacifique ont engagé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique des actions visant à obtenir de la province de la Colombie-Britannique le remboursement des sommes de 18 millions de dollars, de 9 millions de dollars et de 3,5 millions de dollars respectivement, que ces lignes aériennes avaient versées à titre de [TRADUCTION] «taxes sur l'essence» en conformité avec la *Gasoline Tax Act, 1948*, et modifications. Les sommes réclamées par Air Canada et Pacific Western Airlines représentaient des paiements faits à la province conformément à la Loi entre le 1er août 1974 et la date du procès. La réclamation de Lignes aériennes Canadien Pacifique se limitait aux versements effectués par elle pendant les vingt-trois mois compris entre le 1er août 1974 et le 1er juillet 1976. L'importance de la date du 1er août 1974 vient de ce qu'à compter de cette date, il n'était plus nécessaire d'obtenir une autorisation pour poursuivre la Couronne provinciale. Des actions distinctes en remboursement de taxes

latter actions do not form the subject matter of this appeal.

The *Gasoline Tax Act* was originally enacted in 1923, and has since been amended and consolidated on numerous occasions. The relevant provision of the Act as it stood on August 1, 1974 provided that every purchaser shall pay a tax equal to 10 cents per gallon on all gasoline purchased, except gasoline purchased for use in an aircraft, which was taxed at a lower rate. Section 2 defined "purchaser" in these terms:

> "purchaser" means any person who within the Province purchases gasoline when sold for the first time after its manufacture in or importation into the Province.

A virtually identical provision in the British Columbia *Fuel-oil Tax Act*, R.S.B.C. 1924, c. 251, had been struck down by the Privy Council in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934, on the ground that since the initial purchaser could always resell the commodity and thereby pass on the tax, it was not a direct tax within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Oddly enough, though the *Fuel-oil Tax Act* was shortly afterwards amended so as to impose the tax directly on the consumer, an approach later held by the Privy Council to conform to the constitutional requirements of s. 92(2) (see *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45), no such step was taken in respect of the Act impugned in the present case until 1976. In July of that year, however, by s. 7 of the *Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976*, S.B.C. 1976, c. 32, the definition of "purchaser" was repealed and replaced by the following:

> "purchaser" means any person who, within the Province, purchases or receives delivery of gasoline for his own use or consumption or for the use or consumption by other persons at his expense, or on behalf of, or as an agent for, a principal who is acquiring the gasoline for

payées avant 1974 ont été engagées par la suite (voir *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539), mais ces dernières actions ne font pas l'objet du présent pourvoi.

Initialement adoptée en 1923, la *Gasoline Tax Act* a été souvent modifiée et refondue. La disposition pertinente en vigueur le 1er août 1974 obligeait tous les acheteurs à payer une taxe de 10 cents le gallon sur toute l'essence achetée, sauf celle destinée à être utilisée dans un aéronef, qui était imposée à un taux inférieur. L'article 2 définissait ainsi le terme «acheteur»:

> [TRADUCTION] «acheteur» Toute personne qui, dans les limites de la province, achète de l'essence vendue pour la première fois après qu'elle ait été produite ou importée dans la province.

Une disposition presque identique de la *Fuel-oil Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1924, chap. 251, avait été invalidée par le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934, pour le motif que, comme l'acheteur initial pouvait toujours revendre le produit et donc reporter la taxe sur autrui, il ne s'agissait pas de taxation directe au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si étrange que cela puisse paraître, bien que la *Fuel-oil Tax Act* ait été modifiée peu après afin de prélever la taxe directement sur le consommateur, ce que le Conseil privé a par la suite jugé conforme aux exigences constitutionnelles du par. 92(2) (voir *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45), ce n'est qu'en 1976 qu'on a pris une telle mesure à l'égard de la loi attaquée en l'espèce. En juillet 1976, cependant, l'art. 7 de la *Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976*, S.B.C. 1976, chap. 32, a abrogé la définition du terme «acheteur» pour y substituer la définition suivante:

> [TRADUCTION] «acheteur» Toute personne qui, dans les limites de la province, achète ou reçoit de l'essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels ou à la consommation ou à l'usage d'autrui, à ses frais, ou pour le compte ou en tant que mandataire

use or consumption by the principal or by other persons at his expense.

This provision, of course, took effect only from 1976. In 1981, however, the province enacted the *Finance Statutes Amendment Act, 1981*, S.B.C. 1981, c. 5, which by s. 20 enacted a new s. 25 of the *Gasoline Tax Act* purporting by s. 25(1) to (4) to extend the application of the Act, in a form similar to that enacted in 1976, back to August 1, 1974, and by s. 25(5) purporting to legalize the retention by the Crown of the money collected from 1974 to 1976 under the Act as it then stood. Section 25 reads as follows:

25. (1) In this section "purchaser" means any person who, within the Province, after August 1, 1974 and before July 8, 1976, purchased or received delivery of gasoline for his own use or consumption or for the use or consumption by other persons at his expense, or on behalf of or as an agent for a principal who was acquiring the gasoline for use or consumption by the principal or by other persons at his expense.

(2) Every purchaser shall pay to Her Majesty for the purpose of raising revenue for Provincial purposes a tax of 15¢ a gallon on all gasoline purchased by him after August 1, 1974 and before February 28, 1975, but

(a) where gasoline was purchased for use in an aircraft the tax shall be 3¢ a gallon, and

(b) where gasoline in the form of liquefied petroleum gas or natural gas was purchased to propel a motor vehicle the tax shall be 10¢ a gallon.

(3) Every purchaser shall pay to Her Majesty for the purpose of raising revenue for Provincial purposes a tax of 17¢ a gallon on all gasoline purchased by him after February 27, 1975 and before July 8, 1976, but

(a) where gasoline was purchased for use in an aircraft the tax shall be 5¢ a gallon, and

(b) where gasoline in the form of liquefied petroleum gas or natural gas was purchased to propel a motor vehicle the tax shall be 12¢ a gallon.

d'un mandant qui acquiert l'essence pour sa consommation ou son usage personnels ou pour la consommation ou l'usage d'autrui, à ses frais.

Cette disposition, évidemment, n'est entrée en vigueur qu'en 1976. En 1981, toutefois, la province a adopté la *Finance Statutes Amendment Act, 1981*, S.B.C. 1981, chap. 5. L'article 20 de cette loi édictait un nouvel art. 25 de la *Gasoline Tax Act*, article dont les par. (1) à (4), d'une manière semblable à ce qui avait été fait en 1976, rendaient la loi en cause applicable à partir du 1er août 1974, et dont le par. (5) autorisait la Couronne à retenir les sommes perçues de 1974 à 1976 en vertu de la loi alors en vigueur. L'article 25 dit:

[TRADUCTION] **25.** (1) Dans le présent article «acheteur» désigne toute personne qui, dans les limites de la province, après le 1er août 1974 et avant le 8 juillet 1976, a acheté ou a reçu de l'essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels ou à la consommation ou à l'usage d'autrui, à ses frais, ou pour le compte ou en tant que mandataire d'un mandant qui acquérait l'essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels ou à la consommation ou à l'usage d'autrui à ses frais.

(2) Tout acheteur est tenu de verser à Sa Majesté, afin de produire un revenu pour des objets provinciaux, une taxe de 15 cents le gallon sur l'essence achetée par lui après le 1er août 1974 et avant le 28 février 1975, mais

a) lorsque l'essence achetée était destinée à être utilisée dans un aéronef, la taxe est de 3 cents le gallon, et

b) lorsque le carburant sous forme de gaz de pétrole liquéfié ou de gaz naturel a été acheté pour faire fonctionner un véhicule automobile, la taxe est de 10 cents le gallon.

(3) Tout acheteur est tenu de verser à Sa Majesté, afin de produire un revenu pour des objets provinciaux, une taxe de 17 cents le gallon sur l'essence achetée par lui après le 27 février 1975 et avant le 8 juillet 1976, mais

a) lorsque l'essence achetée était destinée à être utilisée dans un aéronef, la taxe est de 5 cents le gallon, et

b) lorsque le carburant sous forme de gaz de pétrole liquéfié ou de gaz naturel a été acheté pour faire fonctionner un véhicule automobile, la taxe est de 12 cents le gallon.

(4) Where a purchaser is liable to pay tax under subsection (2) or (3) and the gasoline was used or consumed for

(a) the operation of logging trucks other than on public highways,

(b) the operation of a motor vehicle on a public highway by any person who had suffered the loss of a limb, or who was permanently confined to a wheelchair, or who was in receipt of a 100% disability pension through active service in any war while in Her Majesty's service, or

(c) the operation of the power unit of a motor vehicle, while the vehicle was stationary, for any industrial purpose approved by the minister,

the taxes of 17¢ a gallon and 12¢ a gallon shall be reduced to 5¢ a gallon, and the taxes of 15¢ a gallon and 10¢ a gallon shall be reduced to 3¢ a gallon.

(5) Where, after August 1, 1974 and before July 8, 1976, money was collected or purported to have been collected as taxes, penalties or interest under this Act, the money shall by this section be conclusively deemed to have been confiscated by the government without compensation.

Section 62(5) of the *Finance Statutes Amendment Act, 1981* makes clear the retroactive character of this provision. It reads:

62. ...

(5) Section 20 shall be deemed to have come into force on August 1, 1974 and is retroactive to the extent necessary to give it effect on and after that date.

In these three actions, which were heard together, two of the airlines (Air Canada and Pacific Western Airlines) submitted that the province had no jurisdiction to levy these taxes under any of the various statutory definitions of "purchaser", as none of those definitions made the tax a direct tax in the province for provincial purposes as required by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. All three airlines contended that, even if the 1976 version of the statute were constitutional, the airlines were still entitled to be reimbursed for moneys paid between 1974 and 1976 because the 1981 attempt to give the 1976 tax retroactive effect was invalid. In fact, it appears that the province has already

(4) Lorsqu'un acheteur est tenu au paiement d'une taxe prévue aux paragraphes (2) ou (3) et que l'essence a été utilisée ou consommée

a) pour faire fonctionner des camions employés dans l'industrie forestière dans des endroits autres que des chemins publics,

b) pour faire fonctionner sur un chemin public un véhicule automobile conduit par une personne qui avait perdu un membre, ou qui était obligée d'une façon permanente de se déplacer en fauteuil roulant, ou qui touchait une pension d'invalidité de 100 % du fait d'avoir servi dans les forces armées de Sa Majesté en temps de guerre, ou

c) pour faire fonctionner le groupe moteur d'un véhicule automobile, alors que celui-ci était stationnaire, à toute fin industrielle approuvée par le ministre,

les taxes de 17 et de 12 cents le gallon sont réduites à 5 cents le gallon et les taxes de 15 et de 10 cents le gallon sont réduites à 3 cents le gallon.

(5) Lorsque, après le 1er août 1974 et avant le 8 juillet 1976, des sommes ont été perçues ou étaient censées avoir été perçues à titre de taxes, de pénalités ou d'intérêts en vertu de la présente loi, ces sommes sont par le présent article définitivement réputées avoir été confisquées par le gouvernement, sans indemnisation.

Le caractère rétroactif de cet article ressort nettement du par. 62(5) de la Loi de 1981. En voici le texte:

[TRADUCTION] **62.** ...

(5) L'article 20 est réputé être entré en vigueur le 1er août 1974 et son effet est rétroactif dans la mesure où cela est nécessaire pour qu'il s'applique à compter de cette date.

Dans les trois actions, qui ont été entendues ensemble, deux des lignes aériennes (Air Canada et Pacific Western Airlines) ont soutenu qu'aucune des différentes définitions légales du terme «acheteur» ne conférait à la province compétence pour percevoir les taxes en question parce qu'aucune d'elles n'en faisait une taxe directe imposée dans les limites de la province pour des objets provinciaux, ainsi que le requiert le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les lignes aériennes ont toutes les trois prétendu que, même à supposer que la version de 1976 de la loi soit constitutionnelle, elles avaient néanmoins droit au remboursement des sommes versées entre 1974 et

reimbursed the airlines, and it is the province that is seeking recovery.

The Courts Below

At trial, counsel for the Attorney General conceded that the Act as it stood on August 1, 1974, was *ultra vires*, given the Privy Council's decision in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, *supra*, but he maintained that the province was entitled to retain the money collected during the 1974-76 period by virtue of (1) the 1981 amendment, which gave the 1976 definition retroactive effect, and (2) common law defences.

In light of this concession, it was only necessary for the trial judge, B. D. Macdonald J., to deal with the validity of the statutes of 1976 and 1981—see (1984), 51 B.C.L.R. 175. Turning to the 1976 statute, more specifically, to the question whether the definition of "purchaser" in that statute cured the defect in the previous definition and rendered the tax from 1976 onwards a direct tax within the province pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, Macdonald J. concluded that it did. In his view, the 1976 definition disclosed that the nature of the tax was a purchase or transaction tax. Such a tax was direct because it was levied upon a person who purchased gasoline for his own use or consumption. It was also imposed within the province. So long as purchase or delivery took place within the province, the tax applied, and the place of use or consumption was irrelevant. The *Constitution Act, 1867* did not require consumption within the province when what the province intended to tax was a transaction within the province.

Macdonald J. summarily rejected attacks on the validity of the 1976 amendment based on arguments (1) that for a provincial tax to be valid it must be collected from those who can receive a

1976 parce que la tentative faite en 1981 de donner à la taxe édictée en 1976 un effet rétroactif était entachée d'invalidité. En fait, il appert que la province a déjà remboursé les lignes aériennes et que c'est la province qui demande le recouvrement.

Les tribunaux d'instance inférieure

En première instance, l'avocat du procureur général a reconnu que la loi dans sa version du 1er août 1974 était *ultra vires*, compte tenu de l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, précité, du Conseil privé mais il a soutenu que la province était en droit de garder les sommes perçues de 1974 à 1976, (1) en raison de la modification de 1981 qui donnait à la définition établie en 1976 un effet rétroactif et (2) en raison des moyens de défense résultant de la *common law*.

Vu cette concession, le juge B. D. Macdonald, qui a siégé en première instance, n'a eu qu'à décider de la validité des lois de 1976 et de 1981—voir (1984), 51 B.C.L.R. 175. Au sujet de la loi de 1976 et en particulier de la question de savoir si la définition du terme «acheteur» dans cette loi venait remédier au vice que comportait la définition antérieure, de manière à faire de la taxe, à partir de 1976, une taxation directe dans les limites de la province au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Macdonald a conclu que c'était le cas. Selon lui, il ressortait de la définition de 1976 que la taxe avait le caractère d'une taxe sur les achats ou sur les opérations commerciales. Une telle taxe était directe parce qu'elle frappait les personnes qui achetaient de l'essence pour leur consommation ou leur usage personnels. Elle était en outre imposée dans les limites de la province. La taxe s'appliquait chaque fois que l'achat ou la livraison se faisait dans la province et le lieu d'utilisation ou de consommation n'était pas pertinent. La *Loi constitutionnelle de 1867* n'exigeait pas qu'il y ait consommation dans la province lorsque cette province visait à imposer une opération faite sur son territoire.

Le juge Macdonald a sommairement rejeté des contestations de la validité de la modification de 1976 fondées sur les arguments suivants: (1) pour être valide, une taxe provinciale doit viser ceux qui

benefit, and that the airlines could not receive any benefit; and (2) that the Act impaired the airlines' capacity as a federal undertaking to carry on business in the province. He also rejected the argument that a province cannot amend an *ultra vires* statute so as to cure the defect that rendered it invalid. As he put it at p. 184, "If the province has the power to impose this tax by re-enacting the whole Act, I find it difficult to accept the proposition that it cannot do so by amending the single definition which makes it invalid."

Macdonald J. then considered the validity of s. 25 of the *Gasoline Tax Act*. He read that provision as purporting to do two things: (a) as imposing, by s. 25(1) to (4), a fresh tax on any person who, between August 1, 1974 and July 8, 1976, purchased or received delivery of gasoline in the province for his own use or consumption; and (b) as providing, by s. 25(5) that money collected as taxes between August 1, 1974 and July 8, 1976, "shall ... be conclusively deemed to have been confiscated by the government without compensation."

So far as the fresh tax was concerned, Macdonald J. held that since the tax was direct, there was no impediment to enacting it retroactively. In his view, the airlines' reliance on this Court's decision in *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576 (hereinafter *Amax*), to challenge the validity of this new tax was misplaced. In the present case, a fresh tax was being levied retroactively pursuant to a valid re-enactment. *Amax* applied to a situation where there was no constitutional basis for the impugned legislation. It did not apply to invalidate a taxing statute where there is a constitutional power to enact such a measure provided it is done in proper form, as in the present cases. Section 25(1) to (4) were, therefore, valid, and each of the airlines was in consequence obliged to pay a fresh tax pursuant to these provisions.

peuvent recevoir un avantage, ce qui n'était pas le cas pour les lignes aériennes; et (2) la Loi nuisait à la capacité des lignes aériennes, en tant qu'entreprises fédérales, d'exercer leurs activités dans la province. Il a repoussé en outre l'argument selon lequel une province ne peut modifier une loi qui est *ultra vires* afin de remédier au vice qui la rend invalide. Selon lui, à la p. 184: [TRADUCTION] «Si la province détient le pouvoir d'imposer cette taxe en réadoptant la loi au complet, je conçois mal qu'elle ne puisse pas le faire par la modification de la définition qui la rend invalide.»

Le juge Macdonald a examiné ensuite la validité de l'art. 25 de la *Gasoline Tax Act*. Selon son interprétation, cette disposition avait deux effets: a) les par. 25(1) à (4) imposaient une nouvelle taxe à quiconque, entre le 1er août 1974 et le 8 juillet 1976, achetait ou recevait de l'essence dans la province pour sa consommation ou son usage personnels; et b) le par. 25(5) prévoyait que les sommes perçues à titre de taxes au cours de la même période étaient [TRADUCTION] «définitivement réputées avoir été confisquées par le gouvernement, sans indemnisation».

Pour ce qui est de la nouvelle taxe, le juge Macdonald a conclu que, comme il s'agissait de taxation directe, rien ne s'opposait à ce qu'elle soit adoptée rétroactivement. À son avis, c'est à tort que les lignes aériennes ont invoqué l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 (ci-après *Amax*), pour contester la validité de cette nouvelle taxe. En l'espèce, une nouvelle taxe était imposée rétroactivement en application d'une disposition validement réadoptée. L'arrêt *Amax* s'appliquait à une situation où la loi attaquée était dénuée de tout fondement constitutionnel. Par contre, il ne s'appliquait pas pour invalider une loi fiscale lorsque la Constitution conférait le pouvoir d'adopter une telle mesure, à condition de le faire de la manière appropriée, comme ce fut le cas dans les présentes affaires. Les paragraphes 25(1) à (4) étaient donc valides et chacune des lignes aériennes était tenue au paiement d'une nouvelle taxe conformément à ces dispositions.

Macdonald J., however, found s. 25(5) *ultra vires*. It purported to confiscate taxes paid pursuant to the *ultra vires* legislation and, therefore, fell within the reasoning in *Amax*. He recognized that the province might well be in a position to set off the liability of the airlines arising under s. 25(1) to (4) against its obligation to repay taxes improperly collected under the Act as it existed between 1974 to 1976, but, he stated, that matter was not before him.

The airlines, therefore, succeeded in their claims that they were entitled to recover taxes paid between 1974 and 1976. However, they were not entitled to recover taxes paid after 1976.

Air Canada and Pacific Western Airlines appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issue of their liability after 1976. As already noted, Canadian Pacific Airlines had not disputed this liability. The appeals were unanimously dismissed. The Attorney General cross-appealed against Air Canada and Pacific Western Airlines, and appealed against Canadian Pacific Airlines on the issue of the province's liability to repay the taxes collected between 1974 and 1976. In separate judgments, the Court of Appeal (Hinkson and Lambert JJ.A., Esson J.A. dissenting) dismissed the Crown appeals—see (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 356.

Hinkson J.A. noted that, as a result of the British Columbia Court of Appeal decision in *Marine Petrobulk Ltd. v. R. in right of B.C.* (1985), 64 B.C.L.R. 17, the airlines did not advance the submission that the trial judge erred in concluding that the 1976 definition of "purchaser" rendered the tax a direct tax within the province as required by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. He rejected the submission that the tax was, as the airlines argued, a "consumption tax" and in consequence invalid because 99% of the fuel was consumed outside the province (since the airspace over a province is not a *situs* for provincial taxation). In his view the tax was a purchase tax. It was directed to a person within British Columbia who purchased gasoline with the inten-

Le juge Macdonald a toutefois déclaré le par. 25(5) *ultra vires*. Il portait confiscation de taxes payées en vertu d'une loi qui était *ultra vires* et le raisonnement adopté dans l'arrêt *Amax* s'y appliquait. Tout en reconnaissant que la province pouvait être en mesure de compenser avec l'obligation des lignes aériennes découlant des par. 25(1) à (4) sa propre obligation de rembourser les taxes perçues illégitimement en vertu de la Loi en vigueur de 1974 à 1976, le juge Macdonald a déclaré qu'il n'était pas saisi de cette question.

Les lignes aériennes ont donc eu gain de cause sur le droit de recouvrer les taxes versées par elles entre 1974 et 1976 mais pas sur le droit au remboursement des taxes payées après 1976.

Air Canada et Pacific Western Airlines ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de leur assujettissement à la taxe après 1976. Comme je l'ai déjà fait remarquer, Lignes aériennes Canadien Pacifique ne contestent pas cet assujettissement. Les appels ont été rejetés à l'unanimité. Le procureur général a formé un appel incident contre Air Canada et Pacific Western Airlines et a interjeté appel contre Lignes aériennes Canadien Pacifique sur la question de l'obligation de la province de rembourser les taxes perçues entre 1974 et 1976. Dans des motifs distincts, la Cour d'appel (les juges Hinkson et Lambert; le juge Esson étant dissident) a rejeté les appels de la Couronne—voir (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 356.

Le juge Hinkson a souligné qu'en raison de l'arrêt *Marine Petrobulk Ltd. v. R. in right of B.C.* (1985), 64 B.C.L.R. 17, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, les lignes aériennes n'ont pas avancé l'argument selon lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que la définition donnée au terme «acheteur» en 1976 faisait de la taxe une taxe directe dans les limites de la province conformément aux exigences du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a écarté le moyen selon lequel la taxe était, comme le prétendaient les lignes aériennes, une «taxe à la consommation» et donc invalide parce que 99 % du carburant était consommé à l'extérieur de la province (étant donné que l'espace aérien au-dessus d'une province n'est pas un lieu

tion of consuming it. The Legislature was not concerned, and need not be concerned with where the person consumed the gasoline purchased. For this reason, he dismissed the airlines' appeals.

Lambert J.A. reached the same conclusion. In his view, the Act as amended in 1976, taken as a whole, imposed a tax either on the transaction of purchase for the purpose of consumption, or on a person who purchased goods for the purpose of consumption. The qualification that the purchase must be for the purchaser's own use or consumption was a condition of the application of the tax, as was the fact that the purchase must take place within the province, but those conditions did not affect the true incidence of the tax, which was directed at the transaction of purchase for consumption, or at a purchaser who bought for the purpose of consumption.

Esson J.A. concluded, for substantially the same reasons as given by Hinkson J.A., that the 1976 definition of "purchaser" in the *Gasoline Tax Act* rendered the statute constitutional. In his opinion, the statute limited the incidence of the tax to those who purchase or receive gasoline for their own use or consumption. The purpose of that limitation was to ensure that the tax would have no tendency to be passed on; the limitation did not make the imposition a tax on consumption.

On the cross-appeal by the Attorney General against the direction that the moneys paid between 1974 and 1976 must be repaid, counsel for the Attorney General conceded the invalidity of s. 25(5) of the *Gasoline Tax Act*, in light of the *Amax* decision, but submitted that this provision should be severed from the remainder of s. 25, leaving s. 25(1) to (4) as a valid retroactive tax.

Though they arrived at the same conclusion, the two majority judges differed in their views on this issue. Hinkson J.A. concluded that it was wrong to

où peut être imposée la taxation provinciale). De l'avis du juge Hinkson, la taxe était une taxe sur les achats. Elle frappait quiconque, dans les limites de la Colombie-Britannique, achetait de l'essence avec l'intention de la consommer. Le législateur ne se préoccupait pas, ni n'avait à se préoccuper, du lieu où cette personne consommait l'essence qu'elle achetait. Pour ce motif, le juge Hinkson a rejeté les appels des lignes aériennes.

Le juge Lambert est arrivé à la même conclusion. Selon lui, la loi modifiée en 1976, prise dans son ensemble, imposait une taxe soit sur l'opération consistant à acheter à des fins de consommation, soit sur une personne qui achetait le produit à ces mêmes fins. L'exigence qu'il s'agisse d'un achat pour l'usage ou pour la consommation de l'acheteur lui-même était une condition de l'assujettissement à la taxe, comme l'était aussi le fait que l'achat devait avoir lieu dans la province, mais ces conditions ne changeaient rien à la véritable incidence de la taxe qui visait l'achat en vue de la consommation ou l'acheteur qui se procurait le produit en vue de le consommer.

Le juge Esson a conclu, pour essentiellement les mêmes raisons que le juge Hinkson, que la définition donnée en 1976 au terme «acheteur», dans la *Gasoline Tax Act*, rendait cette loi constitutionnelle. À son avis, la loi venait limiter l'incidence de la taxe aux personnes qui achetaient ou recevaient de l'essence destinée à leur consommation ou à leur usage personnels. Cette restriction visait à éviter toute tendance à reporter la taxe sur autrui; elle n'en faisait pas une taxe à la consommation.

Dans le cadre du pourvoi incident interjeté par le procureur général contre l'ordonnance portant obligation de rembourser les sommes perçues entre 1974 et 1976, l'avocat du procureur général a reconnu l'invalidité du par. 25(5) de la *Gasoline Tax Act* compte tenu de l'arrêt *Amax*, mais a fait valoir que cette disposition devait être retranchée du reste de l'art. 25, dont subsisteraient les par. 25(1) à (4) qui créaient rétroactivement une taxe valide.

Bien qu'ils soient arrivés à la même conclusion, les deux juges formant la majorité n'était pas du même avis sur cette question. D'après le juge

read s. 25 as imposing both a "fresh tax" and then confiscating tax money already collected. The tax having been imposed retroactively in s. 25(1) to (4), s. 25(5) made it clear that its payment was to be made by confiscating the moneys already paid. Section 25(5) was therefore integral to the scheme, and once it was conceded that it was invalid, s. 25(1) to (4) would also fall. The provisions could not be severed since the Legislature would not have enacted them without also enacting s. 25(5). Section 25(5), which gave purpose and meaning to the rest of the section, so tainted the remainder of s. 25 that the whole section was *ultra vires*. The other majority judge, Lambert J.A., agreed with the trial judge that while s. 25(5) was *ultra vires*, s. 25(1) to (4) were severable and constituted a valid retroactive tax, not a colourable attempt to retain moneys paid to the Crown under an unconstitutional taxing statute. They did not amount to a legislative confiscation of taxes under an *ultra vires* statute forbidden under the principle in *Amax*. He, therefore, upheld the trial judge's conclusion that these provisions were constitutional, but refrained from expressing any opinion about the effectiveness or enforceability of the tax and dismissed the cross-appeal. Lambert J.A.'s view left open the possibility that the province might validly collect the tax.

In the Court of Appeal, the province also argued that it was not required to repay the tax collected because of the operation of the common law rules regarding "mutual mistake of law" and "voluntary payment of tax". After reviewing the evidence, Hinkson J.A. found that from 1927 onwards, the province was aware that the tax was unconstitutional, while the airlines did not suspect this until they decided to challenge the legislation. These findings refuted the suggestions that there was a mutual mistake of law and that during the period in question the payments made by the airlines were made voluntarily knowing that the tax was unconstitutional.

Hinkson, c'était une erreur de dire que l'art. 25 établissait une «taxe nouvelle» et confisquait en même temps les taxes déjà perçues. La taxe ayant été imposée rétroactivement par les par. 25(1) à (4), le par. 25(5) précisait que son paiement devait être assuré par la confiscation des sommes déjà versées. Le paragraphe 25(5) était donc partie intégrante du régime et, du moment qu'on le reconnaissait invalide, les par. 25(1) à (4) devraient également être frappés d'invalidité. Ces dispositions ne pouvaient être détachées du par. 25(5), puisque le législateur ne les aurait pas adoptées sans adopter aussi le par. 25(5). Le paragraphe 25(5) donnait un sens et une raison d'être au reste de l'article, mais en le viciant tellement que l'article au complet était *ultra vires*. Le juge Lambert, l'autre juge majoritaire, a convenu avec le juge de première instance que, si le par. 25(5) était *ultra vires*, les par. 25(1) à (4) pouvaient en être séparés et établissaient une taxe rétroactive valide sans être une tentative déguisée de retenir les sommes versées à la Couronne en vertu d'une loi fiscale inconstitutionnelle. Ils n'équivalaient pas à une confiscation législative de taxes en vertu d'une loi *ultra vires*, ce qu'interdit le principe posé dans l'arrêt *Amax*. Le juge Lambert a donc maintenu la conclusion du juge de première instance sur la constitutionnalité des dispositions en question, mais s'est abstenu de se prononcer sur l'applicabilité de la taxe ou sur l'obligation de la payer et a rejeté l'appel incident. Les motifs du juge Lambert n'écartent pas la possibilité que la province puisse validement percevoir la taxe.

En Cour d'appel, la province a soutenu en outre qu'elle n'était pas tenue de rembourser la taxe perçue, et ce, en raison des règles de *common law* concernant «l'erreur de droit commune» et de «l'acquittement volontaire d'impôt». Après avoir examiné la preuve, le juge Hinkson a constaté qu'à partir de 1927, la province savait que la taxe était inconstitutionnelle, tandis que les lignes aériennes ne le soupçonnaient pas avant de décider de contester la loi en cause. Ces conclusions venaient contredire les allégations qu'il y avait eu erreur de droit commune et qu'au cours de la période en question, les lignes aériennes avaient fait volontairement les paiements sachant que la taxe était inconstitutionnelle.

Hinkson J.A. also rejected the contention that the parties were *in pari delicto*, i.e., that if the province was to blame for imposing the tax, the airlines were equally to blame for paying it. While he could not, he stated, on the evidence conclude that Air Canada had acted under practical compulsion in paying the tax, as *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347 (hereinafter *Nepean*), required, he distinguished that decision on the basis that it was not a constitutional case. He then relied on this Court's judgment in *Amax* for the proposition that, in a federal state, the Crown cannot engage in an *ultra vires* exercise of power by way of taxation and then call in aid either legislation enacted by it or common law rights to retain the proceeds of that taxation. He, therefore, concluded that the province could not retain the moneys paid during the period in question. He did, however, leave open the possibility that the Crown could impose a fresh retroactive tax.

Lambert J.A., too, found that even if the common law principles applicable to recovery of taxes would preclude restitution, they must be subject to a constitutional exception. If money taxed under an *ultra vires* statute could be retained, the Constitution would be flouted. Thus, the *Nepean* and *Amax* cases were perfectly reconcilable. In his view, payment pursuant to an *ultra vires* statute amounted to irresistible practical compulsion even in the absence of protest or complaint by the taxpayer. He was also of the view that retention by the Crown of taxes collected under an *ultra vires* statute would be *ultra vires*.

Esson J.A. dissented on the cross-appeal. In his view the trial judge erred in holding that the province must repay the airlines the taxes paid by them prior to July 1, 1976. The salient fact upon which he based that conclusion arose from the decision on the main appeal that the airlines were in the same position as all others who purchased fuel within British Columbia for their own con-

Le juge Hinkson a rejeté en outre l'argument selon lequel les parties se trouvaient *in pari delicto*, c.-à-d. que, si la province avait eu tort d'imposer la taxe, les lignes aériennes avaient également eu tort de la payer. Bien qu'il n'ait pu, a-t-il dit, déduire de la preuve qu'Air Canada avait payé la taxe parce qu'elle avait été soumise à une contrainte effective, l'exigence posée dans l'arrêt *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347 (ci-après *Nepean*), il a fait une distinction fondée sur le fait qu'il ne s'agissait pas là d'une affaire constitutionnelle. S'appuyant sur l'arrêt *Amax* de cette Cour, il a indiqué que, dans un État fédéral, la Couronne ne saurait excéder sa compétence en matière fiscale puis avoir recours soit à une loi qu'elle a adoptée elle-même, soit à des droits découlant de la *common law*, pour garder le produit de la taxe. Le juge Hinkson a donc conclu que la province ne pouvait retenir les sommes versées au cours de la période en question. Toutefois il n'a pas exclu la possibilité que la Couronne puisse imposer rétroactivement une nouvelle taxe.

Le juge Lambert a lui aussi estimé que, même si les principes de *common law* applicables au remboursement d'impôts ne permettaient pas la restitution, ils devraient être subordonnés à une exception constitutionnelle. Si les taxes prélevées en vertu d'une loi *ultra vires* pouvaient être gardées, ce serait faire fi de la Constitution. Dans cette optique, les arrêts *Nepean* et *Amax* sont parfaitement conciliables. De l'avis du juge Lambert, le paiement effectué conformément à une loi *ultra vires* résulte d'une contrainte effective irrésistible, même en l'absence de toute protestation ou plainte de la part du contribuable. Le juge Lambert a estimé en outre que la Couronne excéderait ses pouvoirs en retenant les taxes perçues en vertu d'une loi qui est *ultra vires*.

Le juge Esson était dissident sur l'appel incident. Selon lui, c'est à tort que le juge de première instance a conclu que la province devait rembourser aux lignes aériennes la taxe qu'elles avaient payée avant le 1er juillet 1976. L'opinion du juge Esson reposait surtout sur le fait qu'on avait décidé, dans le cadre de l'appel principal, que la situation des lignes aériennes était identique à celle

sumption. Before July 1976, although the tax was imposed under an invalid statute, it was in essence the same tax as the present one. Then, as now, it was imposed "at the pump", i.e., at the point of purchase for consumption. The statute was, until 1976, *ultra vires* the province because it authorized a tax in terms that could have resulted in its being passed on to others. It was capable of being indirect and, therefore, was indirect. But the moneys the airlines now seek to recover were not paid by them in satisfaction of an indirect tax. As actually administered, the tax was within the powers of the province. In that sense, the defect was one of constitutional form rather than substance.

Esson J.A. disagreed with the view that *Amax* stands for the proposition that any money paid as taxes under a statute later held to be *ultra vires* can never be retained, and that private law considerations such as were relied upon in *Nepean* are irrelevant. Rather, *Amax* simply stood for the proposition that an attempt by a legislature to enact a statute barring access to the courts would be struck down as attempting by covert means to impose illegal burdens. *Amax* held that fundamental principles of federalism preclude a province from barring access to the general law where the issue is whether the province has exceeded its powers and whether, if it has, the taxpayer is entitled to a remedy. However, where the legislature has not created such a bar, there is no reason why the province should not be able to rely on ordinary principles of justice and fairness in defending itself against a taxpayer's claim for repayment of moneys. The airlines should be entitled to recover only if they could satisfy the requirements of the action for money had and received which are rooted in principles of justice and equity.

de quiconque avait acheté du carburant en Colombie-Britannique pour sa propre consommation. Avant juillet 1976, quoique imposée en vertu d'une loi invalide, la taxe était essentiellement la même que celle qui est présentement en cause. À cette époque-là, comme aujourd'hui, la taxe était prélevée «à la pompe», c.-à-d. à l'endroit où se faisait l'achat en vue de la consommation. Jusqu'en 1976, la loi était *ultra vires* de la province parce qu'elle autorisait une taxe en des termes qui auraient pu avoir pour conséquence de la faire reporter sur autrui. Susceptible d'être indirecte, la taxe était de ce fait une taxe indirecte. Toutefois, ce n'est pas en acquittement d'une taxe indirecte que les lignes aériennes ont payé les sommes qu'elles cherchent maintenant à recouvrer. Étant donné la façon dont elle a été administrée en fait, la taxe n'était pas hors de la compétence de la province. Sous cet angle, il s'agissait d'une inconstitutionnalité de forme plutôt que de fond.

Le juge Esson a rejeté le point de vue selon lequel l'arrêt *Amax* établit que les sommes versées à titre d'impôt conformément à une loi déclarée *ultra vires* par la suite ne peuvent jamais être conservées et que des considérations de droit privé comme celles retenues dans l'affaire *Nepean* ne sont pas pertinentes. Au contraire, l'arrêt *Amax* disait simplement que, si le législateur adoptait une loi interdisant le recours aux tribunaux, cette loi serait invalidée parce qu'elle constituerait une tentative déguisée d'imposer des charges illégales. L'arrêt *Amax* statue que les principes fondamentaux du fédéralisme empêchent une province d'interdire le recours au droit en général lorsque la question est de savoir si la province a outrepassé sa compétence et si, dans l'affirmative, le contribuable a droit à un redressement. Toutefois, dans un cas où le législateur n'a pas établi une telle interdiction, il n'y a aucune raison pour que la province ne soit pas autorisée à invoquer les principes ordinaires de justice et d'équité pour se défendre contre un contribuable qui réclame le remboursement de sommes qu'il a versées. Les lignes aériennes ne devraient avoir droit au remboursement que si elles sont capables de satisfaire aux exigences de l'action pour enrichissement illégitime (ou sans cause), lesquelles tirent leur origine des principes de justice et d'équité.

In these cases, the requirements of common law principles were not met. The mistake is one of law, not fact. The *in pari delicto* exception had no application. There was no duress or compulsion in the collection of the tax. Moreover, even if there was practical compulsion, it would not be unjust to permit the Crown to keep the money, since the money collected was clearly within the province's competence to tax. The province received no benefit, and the taxpayer suffered no detriment not authorized by the Constitution. It could not be suggested that if the province retained this money, it would be unjustly enriched. Rather, it is the airlines who, if successful, would obtain a windfall.

Esson J.A. therefore would have allowed the cross-appeal and dismissed the airlines' action for recovery of the taxes paid.

The Appeal to this Court

Leave to appeal to this Court was then sought and was granted on all issues. These issues included two not argued before the courts below, namely, whether the impugned statute as it existed in 1974 was constitutionally valid, and whether its application in the circumstances of this case contravened s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The following constitutional questions were stated:

1. Is the *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 162, as amended by S.B.C. 1976, c. 32 and as subsequently amended, *ultra vires* in its application or otherwise constitutionally inapplicable to Air Canada in the circumstances of this case?

2. Does the application of the *Gasoline Tax Act* to Air Canada in the circumstances of this case violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. If so, is its application justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorneys General of the following provinces intervened to make submissions regarding the constitutional questions: Ontario, Quebec, Nova

Dans les présentes affaires, les exigences posées par les principes de *common law* ne sont pas remplies. L'erreur est une erreur de droit et non de fait et l'exception *in pari delicto* ne s'applique pas. Ni coercition ni contrainte n'ont été exercées dans la perception de la taxe. En outre, même s'il y a eu une contrainte effective, il ne serait pas injuste de permettre à la Couronne de garder les sommes en question, parce que leur perception relevait manifestement de la compétence de la province en matière fiscale. La province n'en a tiré aucun avantage, et le contribuable n'a subi aucun inconvénient qui n'était pas autorisé par la Constitution. On ne saurait prétendre que, si la province retenait ces sommes, elle recevrait un enrichissement illégitime. Ce seraient plutôt les lignes aériennes, dans l'hypothèse où elles obtiendraient gain de cause, qui se trouveraient enrichies.

Le juge Esson était donc d'avis d'accueillir l'appel incident et de rejeter l'action des lignes aériennes en remboursement des taxes payées.

Le pourvoi devant cette Cour

La Cour a accordé l'autorisation de pourvoi demandée sur toute les questions en litige. Parmi celles-ci, figurent deux questions qui n'ont pas été débattues devant les tribunaux d'instance inférieure, c'est-à-dire celle de la constitutionnalité de la version de 1974 de la loi attaquée et celle de savoir si son application dans les circonstances de l'espèce contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. La *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 162, telle que modifiée par S.B.C. 1976, chap. 32 et modifications subséquentes, est-elle *ultra vires* dans son application à Air Canada dans les circonstances de l'espèce ou par ailleurs constitutionnellement inapplicable à cette dernière?

2. L'application de la *Gasoline Tax Act* à Air Canada dans les circonstances de l'espèce viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Dans l'affirmative, son application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de l'Alberta, de la Saskatchewan et de

Scotia, New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland.

I propose to deal with the issues in terms of the impugned Act as it existed at the relevant dates.

The Act in 1974

As already described, the *Gasoline Tax Act* as it existed in 1974 was, in its relevant aspects, substantially the same as it had been at the time of its original enactment in 1923. It imposed a tax on a purchaser of gasoline when it was sold for the first time after its manufacture in, or importation into the province. Since the Privy Council in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, *supra*, had, we saw, found a similar provision to be *ultra vires* on the ground that the tax imposed by it was not direct as required by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, because it was capable of being passed on to subsequent purchasers, counsel for the Attorney General of British Columbia in the courts below refrained from arguing the validity of the tax imposed under the Act as it existed in 1974. In this Court, however, counsel invited us to review the *C.P.R.* case and to hold that the tax had been valid from its inception. He asked us to "read down" the Act so that it would apply only to persons who purchase the gasoline for their own use or consumption as it was in practice applied. He observed that the Privy Council in the *C.P.R.* case did not expressly advert to this possibility. However, since counsel squarely raised the issue in that case (see *supra*, p. 935), the Privy Council must have found it unnecessary to deal with it expressly. In my view, it quite correctly rejected this argument *sub silentio*. The words of the statute were clear and it is not for the courts to look for outside evidence of how an Act is applied in practice to determine its constitutional validity. This could lead to finding a statute in one province valid, while holding an identical statute in another province invalid if the circumstances to which it was applied were different. It is not for the courts to redraft statutes, particularly taxation statutes. Even if it were, I do not think it would be appropriate after over sixty years to overrule a case that not only constitutes a distinct step in the development of the definition of

Terre-Neuve sont intervenus pour faire des observations concernant les questions constitutionnelles.

Je me propose d'aborder les questions en litige en fonction de la loi attaquée, telle qu'elle était rédigée aux dates pertinentes.

La loi en 1974

Comme je l'ai déjà indiqué, la *Gasoline Tax Act* dans sa version de 1974 était demeurée essentiellement inchangée, sous tous les aspects pertinents, depuis son adoption en 1923. Elle frappait d'une taxe l'acheteur d'essence vendue pour la première fois après sa production ou son importation dans la province. Comme nous l'avons vu, le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, précité, avait jugé *ultra vires* une disposition analogue pour le motif que la taxe qu'elle prévoyait n'était pas directe au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'elle pouvait être reportée sur des acheteurs subséquents. C'est pour cette raison que l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique n'a pas soutenu devant les juridictions inférieures que la taxe imposée par la loi dans sa rédaction de 1974 était valide. En cette Cour cependant, l'avocat nous a invités à réexaminer l'arrêt *C.P.R.* et à dire que la taxe était valide dès le départ. Il nous a demandé de [TRADUCTION] «donner une interprétation atténuée» à cette loi, de manière qu'elle ne s'applique qu'à ceux qui achètent de l'essence pour leur consommation ou pour leur usage personnels, car c'était ainsi qu'on l'appliquait dans la pratique. L'avocat a fait observer que le Conseil privé n'avait pas expressément mentionné cette possibilité dans l'arrêt *C.P.R.* Toutefois, comme la question avait été directement soulevée par l'avocat dans cette affaire (voir précitée, la p. 935), le Conseil privé a dû ne pas juger nécessaire d'en traiter explicitement. À mon avis, le Conseil privé a eu parfaitement raison de rejeter cet argument en le passant sous silence. Le texte de la loi était clair et il n'appartient pas aux tribunaux de chercher des preuves extrinsèques quant à la façon dont une loi s'applique dans la pratique afin d'en déterminer la constitutionnalité. Cela pourrait avoir pour conséquence qu'une loi serait jugée valide dans le cas d'une province alors qu'une loi identique serait déclarée invalide dans le

direct taxation, but that has been repeatedly cited and relied upon by the courts since it was decided.

The Act as it existed in 1974 cannot, therefore, be relied upon by the Crown to justify collection or retention of the taxes levied between 1974 and 1976.

The 1976 Act—the s. 92(2) Arguments

The principal attack on the validity of the 1976 Act was that it did not conform to the requirements of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Thus, it was argued, the tax imposed was not a direct tax; it was not imposed in the province; and it was not for provincial purposes, each of which conditions is required by s. 92(2). All of these submissions were rejected, rightly in my view, by the courts below.

That the tax is a direct tax I have no doubt. Since at least *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 (P.C.), the generally accepted test of what constitutes a direct tax has been that of John Stuart Mill: "A direct tax is one which is demanded from the very persons who it is intended or desired should pay it." That person is clearly identified in the definition in the 1976 Act as the ultimate consumer of the gasoline; there is no passing on of the tax to others, whatever may be the opportunities of recouping the amount of the tax by other means (a very different thing). Whether one chooses to call it a transaction tax or a tax against the purchaser does not affect this simple reality. However important it may be to distinguish between taxes on persons, property or transactions for the purpose of determining whether a tax is imposed in the province, the relevant inquiry in determining whether the tax is direct or indirect is generally whether it conforms to the test

cas d'une autre province si elle s'appliquait à des circonstances différentes. Ce n'est pas aux tribunaux de reformuler des lois, particulièrement des lois fiscales. Même si tel était leur rôle, je ne crois pas qu'il convienne après plus de soixante ans de renverser un arrêt qui non seulement représente une étape importante de l'élaboration d'une définition de la taxation directe, mais qui a été souvent cité et invoqué par les tribunaux depuis qu'il a été rendu.

La Couronne ne peut donc s'appuyer sur la loi telle qu'elle était en 1974 pour justifier la perception de la taxe et la conservation des sommes versées à ce titre entre 1974 et 1976.

La loi de 1976—les arguments fondés sur le par. 92(2)

On reproche principalement à la loi de 1976 qu'elle ne respectait pas les exigences du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi on a soutenu que la taxe imposée n'était pas directe; qu'elle n'était pas imposée dans les limites de la province et qu'elle n'était pas prélevée pour des objets provinciaux, conditions à remplir aux termes du par. 92(2). Toutes ces prétentions ont été rejetées, à juste titre selon moi, par les tribunaux d'instance inférieure.

Je ne doute pas qu'il s'agisse de taxation directe. Depuis au moins l'arrêt *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 (C.P.), le critère généralement accepté de l'impôt direct a été emprunté à John Stuart Mill: [TRADUCTION] «L'impôt direct est celui qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer.» Cette personne est clairement identifiée dans la définition que contient la Loi de 1976 comme le consommateur réel de l'essence. La taxe n'est pas reportée sur autrui, quelles que soient les possibilités de recouvrer le montant de la taxe par d'autres moyens (ce qui est bien différent). Qu'on l'appelle une taxe sur des opérations commerciales ou une taxe sur les acheteurs, cela ne change rien à cette simple réalité. Pour important qu'il puisse être de distinguer entre les taxes sur les personnes, sur les biens et sur les opérations, lorsqu'il s'agit de déterminer si une taxe donnée est imposée dans les limites de la province, la question qu'on doit se poser pour décider s'il s'agit d'un impôt direct ou

just quoted (see Kennedy and Wells, *The Law of the Taxing Power in Canada*, at p. 61). In some cases, it is true, the courts have decided the latter question on the basis of a "categories" test, but that is irrelevant here.

I have no doubt either that the tax is imposed in the province. It is imposed on a purchaser of gasoline and a purchaser is defined as "any person who, within the Province, purchases or receives delivery of gasoline for his own use or consumption . . . ." Whether the tax is viewed as one on a transaction (the purchase) or on a person (the purchaser) does not matter for this purpose either. The purchase must obviously take place in the province and the purchaser has a sufficient presence in the province to be taxed there.

The airlines argued that the tax was a tax on the consumption of gasoline. Since most of that consumption, so far as the airlines were concerned, was in the airspace, which falls outside the province (see *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303), the tax was imposed outside the province. I cannot agree with this contention. The Act clearly does not impose a consumption tax. The references in the definition to consumption or use merely define the taxpayer, i.e., a purchaser who buys gasoline for his own use. Since the tax is imposed in the province in respect of the purchase of gasoline, it does not matter where the gasoline is consumed, whether it is in the airspace or in another province. The passing reference by Taschereau J. in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1941] S.C.R. 670, at p. 717, to the fact that only in exceptional cases will tobacco (the subject matter of the tax there) be consumed outside the province, in no way detracts from this.

d'un impôt indirect est généralement celle de savoir s'il satisfait au critère qui vient d'être cité (voir Kennedy et Wells, *The Law of the Taxing Power in Canada*, à la p. 61). Dans certains cas, il est vrai, les tribunaux ont tranché cette dernière question en se servant d'un critère fondé sur des «catégories», mais cela n'est pas pertinent en l'espèce.

Je ne doute pas non plus que la taxe en cause a été imposée dans les limites de la province. Elle a été imposée à l'acheteur d'essence et le terme «acheteur» est ainsi défini: [TRADUCTION] «toute personne qui, dans les limites de la province, achète ou reçoit de l'essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels . . .» Dans ce contexte également, il importe peu que la taxe soit considérée comme une taxe sur une opération (l'achat) ou comme une taxe sur une personne (l'acheteur). L'achat doit évidemment avoir lieu dans la province et la présence de l'acheteur dans la province est suffisante pour qu'il soit assujetti à la taxe.

Les lignes aériennes ont soutenu qu'il s'agissait d'une taxe sur la consommation d'essence. Comme, dans le cas des lignes aériennes, cette consommation se fait en majeure partie dans l'espace aérien, lequel se trouve en dehors de la province (voir *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303), la taxe a été imposée à l'extérieur de la province. Je ne puis accepter cet argument. La loi n'impose manifestement pas une taxe à la consommation. Si la définition parle de consommation ou d'usage, c'est simplement pour définir le contribuable, c.-à-d. un acheteur qui se procure de l'essence pour son propre usage. Puisque la taxe frappe l'essence achetée dans les limites de la province, le lieu de consommation de cette essence n'a pas d'importance, qu'il s'agisse de l'espace aérien ou d'une autre province. Cela tient malgré l'allusion par le juge Taschereau dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1941] R.C.S. 670, à la p. 717, au fait que c'est dans des cas exceptionnels seulement que le tabac (l'article en cause dans cette affaire) est consommé en dehors de la province.

There may, I suppose, be cases where a tax, though in form a purchase tax within the province, might, in essence, be a tax on consumers outside the province. But the present statute is a general one directed at all purchasers of gasoline within the province. The fact that some of these purchasers may consume some or a considerable portion of the gasoline outside the province does not change the basic character of the Act, which is one that imposes a tax on the purchase of gasoline within the province. That it may have an effect on persons outside the province is of no consequence. In the only field where the issue of the territoriality of legislation has been canvassed in any depth, succession duties, it has often been held that property in the province passing on death, or its transmission there as a result of that event, may be taxed in that province although the beneficiary who bears the burden of the tax resides outside the province. *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, is in no way contrary to this approach. What that case decided was that mere overflight of an aircraft or the landing of an aircraft in a province in the course of a through-flight did not give the aircraft sufficient presence in the province to make it the subject of a tax there. Here the transaction between the seller of the gasoline and the taxpayer clearly took place in the province.

Je suppose qu'il peut y avoir des cas où une taxe, quoique présentant l'apparence d'une taxe sur les achats dans la province, puisse constituer, de par son caractère essentiel, une taxe frappant les consommateurs à l'extérieur de la province. Mais la loi en cause ici est un texte d'application générale qui vise tous les acheteurs d'essence dans la province. Le fait que quelques-uns de ces acheteurs puissent consommer une partie, même une partie considérable, de cette essence à l'extérieur de la province ne change en rien la nature fondamentale de la loi en cause qui prévoit une taxe sur l'achat d'essence dans les limites de la province. Qu'elle puisse avoir un effet sur des personnes à l'extérieur de la province ne tire pas à conséquence. Dans le seul domaine où la question de la territorialité des lois a fait l'objet d'un examen approfondi, celui des droits de succession, il a souvent été jugé que les biens dans la province transmis par décès ou transférés dans la province à la suite d'un décès peuvent être imposés dans cette province, même si le bénéficiaire, qui supporte la charge de l'impôt, réside à l'extérieur de la province. L'arrêt *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, précité, ne s'oppose nullement à cette façon de procéder. Il a été décidé dans cet arrêt que le simple fait de survoler une province en effectuant un vol direct, ou d'y faire escale, ne donne pas à un aéronef une présence suffisante dans cette province pour qu'il y soit soumis à une taxe. En l'espèce par contre, le marché conclu entre le vendeur d'essence et le contribuable a manifestement lieu dans les limites de la province.

It was also argued that the tax was not raised "in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes" within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. In support of this position, counsel asserted that for a provincial tax to be valid it must relate to opportunities, benefits or protection afforded by the taxing province to the taxpayer or class of taxpayers. The province, counsel went on, did not and could not confer such benefits or provide such opportunities or protection since the control of aeronautics was solely within the powers of Parliament. Under these circumstances, the levy imposed here amounted to expropriation rather than taxation. In this context, reference was made to United States authorities such

On a soutenu en outre que la taxe en cause n'a pas été imposée «en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À l'appui de cet argument, l'avocat a affirmé que, pour être valide, une taxe provinciale doit se rapporter à des possibilités, à des avantages ou à une protection accordés par la province taxatrice au contribuable ou à une catégorie de contribuables. Toujours selon l'avocat, la province n'a pas conféré de tels avantages ni n'a offert de telles possibilités ou une telle protection, et la province ne pouvait pas le faire de toute façon puisque la compétence en matière d'aéronautique relevait exclusivement du Parlement. Dans ces circonstances, la taxe imposée en

as *Braniff Airways, Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*, 347 U.S. 590 (1954), *per* Reed J. (hereinafter *Braniff*).

I cannot accept these contentions. Though spoken in dissent, the view of Duff C.J. in *Reference re the Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, regarding the requirement that taxation must be "for provincial purposes" has never been successfully challenged. That requirement, he said (at p. 434) "mean[s] neither more nor less than this: the taxing power of the legislatures is given to them for raising money for the exclusive disposition of the legislature." Despite the airlines' argument to the contrary, the Privy Council on the appeal from that case (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355) did not cast doubt on Duff C.J.'s proposition. What the Privy Council objected to in that case was not the tax (if there was one), but that the federal legislation there in question was in pith and substance a law in relation to insurance so framed as to encroach upon a field within the exclusive competence of the provinces (see pp. 366-67). There is nothing in the *Constitution Act, 1867* requiring that the taxpayer must benefit from the tax. A person, a transaction or property in the province may be taxed by the province if taxed directly.

I do not find the *Braniff* case and similar American decisions particularly useful in this context. The *Braniff* case is more akin to *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, since it involved taxation of flight equipment engaged in interstate commerce, with the difference that the court in *Braniff* held that there were sufficient regular stops within the state to give the planes in question there sufficient contact with the state to permit them to form the subject matter of taxation

l'espèce constituait une expropriation plutôt qu'une taxation. Dans ce contexte, on s'est référé à des décisions américaines telles que *Braniff Airways, Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*, 347 U.S. 590 (1954), le juge Reed (ci-après *Braniff*).

Je ne puis retenir ces arguments. Quoiqu'il s'agisse d'une opinion dissidente, ce que dit le juge en chef Duff dans le *Reference re the Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, concernant l'exigence selon laquelle il faut que la taxation soit «pour des objets provinciaux» n'a jamais été contesté avec succès. Cette exigence, affirme-t-il (à la p. 434), [TRADUCTION] «ne signifie rien d'autre que ceci: le pouvoir d'imposition des législatures leur est conféré pour qu'elles puissent réunir des fonds dont elles auront la disposition exclusive». En dépit de l'argument contraire avancé par les lignes aériennes, le Conseil privé, en statuant sur le pourvoi formé dans cette affaire (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355), n'a pas mis en doute la proposition du juge en chef Duff. Le Conseil privé faisait objection non pas à la taxe elle-même (si taxe il y avait), mais au fait que la loi fédérale alors en cause était de par son caractère essentiel une loi en matière d'assurance formulée de manière à empiéter sur un domaine ressortissant exclusivement aux provinces (voir pp. 366 et 367). Rien dans la *Loi constitutionnelle de 1867* n'exige que le contribuable bénéficie de la taxe. La province peut imposer une personne, une opération ou des biens dans les limites de son territoire, à condition qu'elle le fasse au moyen d'une taxe directe.

Je ne crois pas que la décision *Braniff* et les décisions américaines analogues soient particulièrement utiles dans le présent contexte. En effet, l'affaire *Braniff* s'apparente davantage à l'affaire *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, précitée, puisqu'elle porte sur l'imposition de matériel aéronautique employé dans le commerce entre États, la différence étant que, dans l'affaire *Braniff*, le tribunal a jugé que le nombre d'escales régulières faites dans l'État suffisait à donner aux avions en cause un lien suffisant avec celui-ci pour qu'ils puissent y être assujettis à l'impôt. En l'espèce, il

there. Here there can be no doubt that the transaction was located within the province.

The 1976 Act—Subsidiary Arguments

In addition to arguing that the 1976 Act did not meet the requirements of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, the airlines also advanced a number of subsidiary arguments.

To buttress the argument under s. 92(2) that the airlines received no benefit from the tax, the airlines also relied on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The tax, they argued, was tantamount to an expropriation. I fail to see, however, how the "life, liberty or security of the person" of the airlines is involved (assuming the provision can otherwise apply to them in circumstances like these) by being required to pay taxes in the same way as other persons who purchase gasoline within the province. It is simply not accurate to equate an ordinary tax like the one at issue in this case with expropriation. Assuming it is necessary to show a relationship between the tax and the benefits derived by the airlines, finding that relationship poses no difficulty here. Indeed, Air Canada admitted that airport facilities are serviced by municipal and provincial utilities, including water, electricity, and road systems to the airport. To that may be added fire protection and the benefits provided to various of the airlines' facilities and offices as well as to their employees.

Counsel for the airlines also argued that the 1976 Act in its application to fuel consumed by the airlines was invalid as violating ss. 91(2) (trade and commerce) and 92(10)(*a*) (interprovincial undertakings) of the *Constitution Act, 1867*, and the federal aeronautics power. The argument regarding the trade and commerce power appears to have been based on the characterization that the impugned tax was a consumption tax, a view I have already rejected. There is no indication that

ne fait pas de doute que l'opération avait lieu dans les limites de la province.

La Loi de 1976—moyens subsidiaires

En plus de l'argument selon lequel la Loi de 1976 ne satisfait pas aux exigences du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lignes aériennes ont soulevé plusieurs arguments subsidiaires.

Pour étayer l'argument fondé sur le par. 92(2), selon lequel elles n'avaient bénéficié d'aucune manière de la taxe, les lignes aériennes se sont appuyées également sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La taxe, ont-elles prétendu, équivalait à une expropriation. Je ne vois cependant pas en quoi le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [la] personne» des lignes aériennes est mis en cause (à supposer que cette disposition leur soit par ailleurs applicable dans des circonstances comme celles de l'espèce) du fait qu'elles sont tenues au paiement de taxes au même titre que toute autre personne qui achète de l'essence dans la province. Il est tout simplement inexact d'assimiler à une expropriation une taxe ordinaire comme celle dont il est question ici. S'il faut vraiment démontrer l'existence d'un rapport entre la taxe et les avantages qu'en tirent les lignes aériennes, cela peut se faire sans difficulté en l'espèce. En fait, Air Canada a reconnu que les installations aéroportuaires bénéficient de services d'utilité publique assurés par des municipalités ou par la province, services qui comprennent l'eau, l'électricité et les routes menant aux aéroports. À cela viennent s'ajouter la protection contre les incendies et les avantages fournis aux différents bureaux et installations des lignes aériennes ainsi qu'à leurs employés.

L'avocat des lignes aériennes a fait valoir aussi que la loi de 1976, en ce qu'elle s'appliquait au carburant consommé par les lignes aériennes, était invalide parce qu'elle contrevenait au par. 91(2) (échanges et commerce) et à l'al. 92(10)*a*) (entreprises interprovinciales) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et était incompatible avec le pouvoir fédéral dans le domaine de l'aéronautique. L'argument relatif à la compétence en matière d'échanges et de commerce semble reposer sur la caracté-

the tax in question here is anything but a general tax imposed upon all purchasers of gasoline in the province. While it may incidentally affect interprovincial or international trade, that burden is no greater than that imposed on intra-provincial trade. There is nothing discriminatory about the tax, and no one argues that it is so heavy as to amount to regulation. The gasoline is not purchased as an article of commerce for sale abroad. It is intended to be, and is used by the airlines. Even under the broader interpretation given to the commerce power in the United States, a similar approach to state taxes imposed on fuel used in interstate and international flights has been followed in that country; see among others *United Air Lines, Inc. v. Mahin*, 410 U.S. 623 (1973); *Edelman v. Boeing Air Transport, Inc.*, 289 U.S. 249 (1933); *Delta Air Lines, Inc. v. Department of Revenue*, 455 So.2d 317 (1984 Fla.), cert. denied 474 U.S. 892 (1985).

So far as the attack based on the federal nature of the undertaking (i.e., s. 92(10)(*a*) and the aeronautics powers), the airlines at times appeared to argue for a type of enclave theory making them immune from otherwise valid provincial legislation. This contention is wholly without merit. By and large federal undertakings, like other private enterprises functioning within the province, must operate in a provincial legislative environment, and must like them pay provincial taxes imposed within the province. Obviously, if a tax amounted to a colourable attempt to regulate a federal undertaking, that would not be permitted; see *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at pp. 324-25. Again, there may be instances where provincial statutes may cripple or destroy a federal undertaking; see *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207. However, we

risation de la taxe en cause comme une taxe à la consommation, point de vue que j'ai déjà rejeté. Rien n'indique que la taxe dont il s'agit en l'espèce soit autre chose qu'une taxe générale imposée à quiconque achète de l'essence dans la province. Bien que la taxe puisse toucher accessoirement les échanges interprovinciaux ou internationaux, la charge n'est pas plus lourde dans ces cas qu'elle ne l'est dans le cas des échanges dans les limites de la province. La taxe n'a rien de discriminatoire et personne ne la prétend onéreuse au point de constituer une réglementation. L'essence n'est pas achetée à titre d'article de commerce destiné à être vendu à l'étranger. Les lignes aériennes l'achètent avec l'intention de la consommer et c'est ce qu'elles font. Même dans le contexte de l'interprétation plus large donnée aux États-Unis au pouvoir en matière de commerce, on y a adopté une attitude semblable à l'égard des taxes imposées par les États sur le carburant utilisé pour les vols internationaux et entre États; voir notamment *United Air Lines, Inc. v. Mahin*, 410 U.S. 623 (1973); *Edelman v. Boeing Air Transport, Inc.*, 289 U.S. 249 (1933); *Delta Air Lines, Inc. v. Department of Revenue*, 455 So.2d 317 (1984 Fla.), *certiorari* refusé 474 U.S. 892 (1985).

En ce qui concerne le moyen fondé sur le caractère fédéral de l'entreprise (c.-à-d. sur l'al. 92(10)*a*) et sur les pouvoirs en matière d'aéronautique), les lignes aériennes paraissaient par moments soutenir une sorte de théorie de l'enclave qui lui donnerait une certaine immunité à l'égard d'une loi provinciale par ailleurs valide. Cet argument est totalement dénué de fondement. En règle générale, les entreprises fédérales, comme les autres entreprises privées exploitées dans la province, doivent fonctionner dans le cadre que forment les lois provinciales et payer les taxes provinciales imposées dans la province. Évidemment, si une taxe constituait une tentative déguisée de réglementer une entreprise fédérale, cette taxe serait invalide; voir *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 324 et 325. Il peut aussi y avoir des cas où des lois provinciales pourraient paralyser ou détruire une entreprise fédérale; voir *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207. En l'espèce toutefois,

are far from any situation here that would attract the application of these principles.

Finally, it was argued that the 1976 Act was invalid because the Legislature could not by an amendment to an *ultra vires* statute make the statute *intra vires*. That proposition had, I think wisely, been virtually abandoned in the Court of Appeal. It is abundantly obvious from the words used in the 1976 Act that the Legislature meant to give effect to the whole of the statute in its amended form from the date of its enactment. In this I fully agree with Macdonald J.

I see no reason then why the airlines should be immune from the tax imposed under the 1976 statute, nor on the basis of these arguments, from the 1981 Act. The latter Act, however, raises difficulties of its own, and I shall now turn my attention to these.

The 1981 Act

In 1981, the Legislature enacted a new s. 25 of the taxing Act. Substantially, s. 25(1) to (4) purport to retroactively impose a tax on a person who, within the province, between August 1, 1974 and July 8, 1976, purchased gasoline for his own use or consumption. Section 25(5) then goes on to provide that where during that period moneys were collected as taxes, penalties or interest under the Act, such money "shall . . . be conclusively deemed to have been confiscated by the government without compensation".

None of the judges in the courts below casts any doubt on the legislative power of the province to impose a retroactive tax in the manner provided in s. 25(1) to (4). What they really disagreed about was the effect of s. 25(5) on those provisions. In common with these judges, I am unable to see any constitutional impediment to the province's enacting s. 25(1) to (4). On the reasoning regarding the 1976 Act, these provisions seem to be a proper exercise of its power to impose direct taxation in the province, the sole difference being that the 1981 provisions are given retroactive effect, a result that is not constitutionally barred. The real

nous sommes bien loin d'un cas où ces principes pourraient s'appliquer.

Finalement, on a prétendu que la loi de 1976 était invalide parce que le législateur ne pouvait, en modifiant une loi qui était *ultra vires*, la rendre *intra vires*. Judicieusement selon moi, cette proposition a pratiquement été abandonnée en Cour d'appel. Il se dégage nettement des termes employés dans la loi de 1976 que le législateur a voulu que la loi au complet, dans sa version modifiée, ait effet à partir de la date de son adoption. Sur ce point, je souscris entièrement à l'avis du juge Macdonald.

Je ne vois donc aucune raison pour que les lignes aériennes soient exonérées de la taxe prévue par la loi de 1976 ou, compte tenu de ces arguments, pour qu'elles échappent à l'application de la loi de 1981. Celle-ci soulève toutefois des difficultés qui lui sont propres et que j'aborde maintenant.

La loi de 1981

En 1981, la législature a adopté un nouvel art. 25 de la loi fiscale en cause. Les paragraphes 25(1) à (4) visent essentiellement à imposer rétroactivement une taxe à toute personne qui, dans les limites de la province, entre le 1er août 1974 et le 8 juillet 1976, avait acheté de l'essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels. Ensuite, le par. 25(5) prévoit que lorsque, au cours de cette période, des sommes ont été perçues à titre de taxes, de pénalités ou d'intérêts en vertu de la Loi, ces sommes sont [TRADUCTION] «définitivement réputées avoir été confisquées par le gouvernement, sans indemnisation».

Aucun juge des tribunaux d'instance inférieure n'a mis en doute la compétence législative de la province pour imposer rétroactivement une taxe de la manière prévue aux par. 25(1) à (4). En réalité, leurs opinions divergeaient sur la question de l'effet du par. 25(5) sur ces autres paragraphes. Pas plus que ces juges, je ne vois rien dans la Constitution qui empêche la province d'adopter les par. 25(1) à (4). Suivant le raisonnement appliqué à la loi de 1976, ces dispositions semblent être un exercice légitime de son pouvoir de taxation directe dans les limites de la province, avec cette seule différence que les dispositions de 1981 ont un

question, then, is whether when s. 25(1) to (4) are conjoined to s. 25(5), they become so coloured by the latter provision as to make all of s. 25 *ultra vires*.

That, of course, raises the issue whether s. 25(5) is itself *ultra vires*. There are, in my view, some serious difficulties in establishing its invalidity. It may be, if the provision stood alone, that it could be successfully maintained that it violates the principle in the *Amax* decision. I need not consider that situation because it does not stand alone. It is the fifth of five subsections, the first four of which impose a valid direct tax, and it must obviously be read in that context. It must also be read in light of the well known principle that it must be assumed that the Legislature intended to stay within the confines of its constitutional competence. While, as Esson J.A. notes, the expression "confiscated" is distasteful, one should not permit it to mislead us regarding the purpose of s. 25(5). The function of the courts is not to give the Legislature lessons in tact. Their function, rather, is to attempt to discern what the Legislature, however clumsily, was attempting to achieve by the language it used, a task that should, as already noted, be informed by the presumption that the Legislature intended to stay within its constitutional powers.

In the context in which it appears, s. 25(5) seems to be nothing more nor less than machinery for collecting the taxes properly imposed in the first four subsections of s. 25. It must be remembered that the amounts illegally collected under the *ultra vires* provision before 1974 would be equal to the taxes levied under s. 25(1) to (4). Administratively, the taxes levied under the invalid scheme were collected in the same manner and in the same amounts and from the same taxpayers as would have occurred if the scheme had originally been framed along the lines of s. 25(1) to (4). What the Legislature attempted to do by s. 25(5), therefore, was to provide collection machinery whereby the moneys owing by the taxpayers under the latter provision could simply be taken out of the equal amounts it had collected from those

effet rétroactif, ce que la Constitution n'interdit pas. La véritable question est donc de savoir si les par. 25(1) à (4), lorsqu'on les joint au par. 25(5), sont tellement entachés par celui-ci que la totalité de l'art. 25 devient *ultra vires*.

Cela soulève, évidemment, la question de savoir si le par. 25(5) lui-même est *ultra vires*. À mon avis, il est extrêmement difficile d'établir son invalidité. Il se peut qu'on puisse soutenir que, prise isolément, cette disposition viole le principe énoncé dans l'arrêt *Amax*. Comme on ne peut la considérer isolément, je n'ai pas à examiner ce point. Cette disposition est le cinquième de cinq paragraphes, dont les quatre premiers imposent une taxe directe valide, et elle doit évidemment être lue dans ce contexte. Elle doit aussi être lue à la lumière du principe bien connu selon lequel il faut supposer au législateur l'intention de respecter les limites de sa compétence constitutionnelle. Comme le souligne le juge Esson de la Cour d'appel, si déplaisant que soit le terme «confisqué», il ne doit pas nous induire en erreur quant à l'objet du par. 25(5). Il n'appartient pas aux tribunaux de donner des leçons de tact au législateur. Leur rôle consiste plutôt à tenter de discerner l'objet que le législateur a essayé d'atteindre au moyen des termes qu'il a employés, si maladroits soient-ils, et, comme je l'ai souligné, les tribunaux doivent le faire en présumant que le législateur avait l'intention de ne pas excéder ses pouvoirs constitutionnels.

Placé dans son contexte, le par. 25(5) paraît n'être rien d'autre qu'une disposition créant un mécanisme pour la perception de taxes validement imposées par les quatre premiers paragraphes de l'art. 25. Il faut se rappeler que les sommes illégalement perçues avant 1974 en vertu de la disposition invalide sont égales aux sommes à recouvrer en vertu des par. 25(1) à (4). Sur le plan administratif, il n'y a aucune différence quant au mode de perception de la taxe, quant aux sommes perçues et quant aux contribuables visés, entre le régime invalide et ce qui se serait produit si ce régime avait été conçu dès le début de la manière prévue aux par. 25(1) à (4). Le législateur a donc tenté, par l'adoption du par. 25(5), d'établir un mécanisme de perception grâce auquel les sommes dues par les contribuables suivant cette disposition pou-

taxpayers under the invalid tax. It was in that sense that the moneys were deemed to have been confiscated by the government.

To read s. 25(5) otherwise demands that one attribute to the Legislature the intent to impose double taxation. Hinkson J.A. clearly saw this but found that the provision violated the principle in *Amax*, *supra*, and so all of s. 25 must fall. On this point, I respectfully disagree. In that case, the Legislature sought, by giving itself immunity, to avoid repaying an unlawful tax. This was simply an indirect way of giving effect to the invalid statute. Immediately after the statement I have just cited, Dickson J. quoted from the headnote to the Privy Council case, *Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger & Co.*, [1956] A.C. 527 (P.C.), as follows: "the immunity accorded by that Act (the *Barring Act* of 1954) to the unlawful exactions was as offensive to the Constitution as the unlawful exactions themselves . . . ." The situation is entirely different here. The Legislature did directly what it was empowered to do—impose a direct tax under s. 25(1) to (4). I see no reason why it could not then take that tax out of moneys it had improperly collected from the taxpayers under the *ultra vires* statute, just as it could have set it off against any other obligation of the government to the taxpayers. The good fortune of the Legislature, in the unusual facts of this case, in having collected amounts that matched precisely those owing by each taxpayer under s. 25(1) to (4) affords no reason to brand as unconstitutional a tax that it can validly impose and collect.

Since the foregoing issues were not strongly pursued, however, I find it better also to base my decision on considerations raised in relation to "mistake of law" to which I now turn.

vaient simplement être compensées par les sommes égales qu'avaient versées ces mêmes contribuables en acquittement de la taxe invalide. C'est en ce sens que les sommes étaient réputées avoir été confisquées par le gouvernement.

Toute autre interprétation du par. 25(5) exige que l'on prête au législateur l'intention d'imposer une double taxation. Le juge Hinkson de la Cour d'appel s'en est clairement rendu compte, mais a conclu que cette disposition violait le principe posé dans l'arrêt *Amax*, précité, de sorte que l'ensemble de l'art. 25 était invalide. Avec égards, je ne suis pas d'accord sur ce point. Dans *Amax*, le législateur cherchait, en s'accordant une immunité, à éviter d'avoir à rembourser une taxe illégale. C'était simplement un moyen indirect de donner effet à une loi invalide. Immédiatement après la déclaration mentionnée plus haut, le juge Dickson cite l'extrait suivant du sommaire de l'arrêt du Conseil privé intitulé *Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger & Co.*, [1956] A.C. 527 (C.P.): [TRADUCTION] «. . . l'immunité accordée par cette Loi (la *Barring Act* de 1954) à l'égard d'exactions porte autant atteinte à la Constitution que les exactions elles-mêmes . . .» La situation en l'espèce est tout à fait différente. Le législateur a fait directement ce qu'il avait la compétence de faire: imposer une taxe directe en vertu des par. (1) à (4). Je ne vois rien qui s'oppose à ce qu'il prélève cette taxe sur les sommes illégitimement recouvrées auprès des contribuables en vertu de la loi invalide, de la même façon qu'il aurait pu compenser la taxe avec n'importe quelle autre obligation du gouvernement envers les contribuables. Dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, le législateur a perçu, par un heureux hasard, des sommes correspondant exactement à celles que lui devait chaque contribuable en vertu des par. 25(1) à (4), mais ce n'est pas une raison pour qualifier d'inconstitutionnelle une taxe que le législateur peut validement imposer et percevoir.

Toutefois, comme on n'a pas insisté sur les points dont je viens de traiter, je pense qu'il convient de fonder ma décision sur des considérations soulevées au sujet de «l'erreur de droit» que j'aborde maintenant.

"Mistake of Law"

In federal countries like Canada where governments possess only limited legislative power, constitutional lawyers and judges alike have largely concentrated on the constitutional validity of laws. The effect of action taken under unconstitutional laws is only rarely considered. It is easy enough, I suppose, to accept without discrimination the words of Field J. in *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886), at p. 442, that an unconstitutional statute "confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed". From this basis it may quite readily be deduced that anything done under colour of an *ultra vires* statute has no more effect than if the statute had not existed. In the case of an *ultra vires* taxing statute, that would mean that the money levied pursuant to the statute should be recoverable from the state by the taxpayer under the ordinary remedies for recovering moneys paid to others without right or compensation, through an action for restitution for unjust enrichment, and indeed there are cases such as *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, and *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, where recovery has been allowed.

We know, however, that this neat, logical construct does not always prevail. There is a clear distinction between declaring an Act unconstitutional and determining the practical and legal effects that flow from that determination. Dramatic illustrations of this distinction can be found in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234. In the field of taxation the courts have on numerous occasions at the sub-constitutional level held that payments made under a mistake of law are irrecoverable. That rule has also been applied to payments made pursuant to unconstitutional statutes in at least two lower court decisions in this

«L'erreur de droit»

Dans les États fédéraux comme le Canada, où les gouvernements ne possèdent qu'un pouvoir législatif restreint, tant les avocats spécialistes du droit constitutionnel que les juges se sont préoccupés surtout de la question de la constitutionnalité des lois. On ne s'arrête que rarement aux effets de mesures prises en vertu de lois inconstitutionnelles. Il est assez facile, je suppose, d'accepter sans hésitation les propos du juge Field dans la décision *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886), à la p. 442, où il dit qu'une loi inconstitutionnelle [TRADUCTION] «ne confère aucun droit, n'impose aucune obligation, n'offre aucune protection et ne crée aucune fonction; du point de vue juridique, elle est inopérante, comme si elle n'avait jamais été adoptée». De là on peut aisément déduire que tout acte accompli en application d'une loi invalide n'a pas plus d'effet qu'il n'aurait eu si la loi n'avait pas existé. Dans le cas d'une loi fiscale invalide, il en résulterait que les sommes perçues en vertu de cette loi devraient pouvoir être recouvrées auprès de l'État par le contribuable au moyen des recours ordinaires pour le recouvrement de fonds versés à d'autres personnes sans que celles-ci y aient droit et sans qu'elles fournissent de contrepartie. Les recours en question s'exercent par une action en restitution pour enrichissement illégitime et, en fait, dans certaines causes, telles *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, et *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, précitée, le recouvrement a été permis.

Cependant nous savons que la situation n'est pas toujours aussi claire et nette. Il y a une différence manifeste entre le fait de déclarer une loi inconstitutionnelle et la détermination des conséquences d'ordre pratique et juridique qui découlent de cette déclaration. On trouve dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, et dans l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, des illustrations frappantes de cette distinction. Dans le domaine de la fiscalité, les tribunaux ont statué à plusieurs reprises, à un niveau infraconstitutionnel, que des paiements effectués par suite d'une erreur de droit sont irrécouvrables. De plus, au moins deux décisions d'instances cana-

country (see *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, [1937] 3 W.W.R. 121; *Glidurray Holdings Ltd. v. Qualicum Beach* (1981), 32 B.C.L.R. 82 (C.A.)

The province invited us to apply the rule to this case. It principally relied on the *Nepean* case, *supra*, to support its claim that it was entitled to retain the moneys paid under the impugned legislation in this case. The action in the *Nepean* case arose as a result of a scheme developed by Ontario Hydro for the cost of power. Under this scheme, newer municipalities, like Nepean, contributed more heavily to the capital cost of the hydro system than other municipalities. While Nepean rigorously protested the nature of the scheme from 1966 to 1973, it was only in 1974 that it came to the conclusion that the additional charges assessed to it had no legal basis in Ontario Hydro's enabling Act. This Court agreed with the contention that the additional charge was unlawfully levied by Hydro against Nepean, but by a 3-2 majority judgment delivered by Estey J., it concluded (in common with the courts below) that Nepean could not recover the moneys unlawfully levied by Ontario Hydro on the ground that Nepean had voluntarily paid them under a mistake of law. The mistake of law rule, however, was not itself attacked; it was accepted by the parties; see Estey J. (pp. 381-82 and 412). In particular, Estey J. noted (at p. 412) that the only mention of unjust enrichment made by the appellant was in reference to the *in pari delicto* argument, although he did at one stage observe (at p. 413) that in his view the concept of unjust enrichment is not easily associated with the relationship of public bodies like the parties to the action there.

Counsel for Pacific Western Airlines led the airlines' attack on the validity and applicability of the "mistake of law doctrine". First of all, she stated, the Court should require restitution because to do otherwise would undermine the Constitution and be contrary to public policy. The province should not, therefore, be permitted to

diennes inférieures ont appliqué cette règle à des paiements faits en vertu de lois inconstitutionnelles (voir *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, [1937] 3 W.W.R. 121; *Glidurray Holdings Ltd. v. Qualicum Beach* (1981), 32 B.C.L.R. 82 (C.A.)

La province nous demande d'appliquer la même règle en l'espèce. Elle s'appuie principalement sur l'arrêt *Nepean*, précité, pour soutenir qu'elle a le droit de garder les sommes versées en vertu de la loi contestée ici. Dans cette affaire, l'action visait un régime établi par Ontario Hydro pour l'acquittement du coût de l'électricité. Sous ce régime, les municipalités les plus récentes, telles que Nepean, contribuaient davantage que d'autres municipalités au coût en capital du réseau électrique. Quoique de 1966 à 1973 Nepean ait vigoureusement protesté contre la nature du régime, ce n'est qu'en 1974 qu'elle est arrivée à la conclusion que les charges supplémentaires n'étaient pas autorisées par la loi habilitante sur laquelle se fondait Ontario Hydro. Cette Cour a retenu l'argument selon lequel les charges supplémentaires qu'Ontario Hydro exigeait de Nepean étaient illégales mais, par le jugement rédigé par le juge Estey pour une majorité de trois contre deux, elle a conclu (comme les juridictions inférieures l'avaient fait) que Nepean ne pouvait recouvrer les sommes illégalement perçues par Ontario Hydro parce que Nepean les avait payées volontairement par suite d'une erreur de droit. Toutefois la règle de l'erreur de droit elle-même n'a pas été attaquée, car les parties l'avaient acceptée; voir les motifs du juge Estey (aux pp. 381, 382 et 412). Le juge Estey souligne notamment (à la p. 412) que l'appelante n'a mentionné l'enrichissement illégitime qu'au sujet de l'argument *in pari delicto*, bien qu'il dise à un moment donné (à la p. 413) que, d'après lui, le concept de l'enrichissement illégitime ne peut être facilement associé aux rapports entre des organismes publics comme les parties à ce litige.

L'avocate de Pacific Western Airlines a mené l'attaque des lignes aériennes contre la validité et l'applicabilité du «principe de l'erreur de droit». En premier lieu, elle a affirmé que la Cour devrait ordonner la restitution parce que toute autre décision minerait la Constitution et serait contraire à l'intérêt public. Il ne fallait pas permettre à la

legislatively escape the consequences of its unconstitutional act. Nor should the airlines be denied recovery by the application of common law or equitable principles developed in the context of private law or in non-federal states. In the *Amax* case, *supra*, she noted, this Court held that a provincial legislature could not enact a statute barring recovery of taxes collected under an unconstitutional statute. It would be anomalous, she continued, if a court could deny recovery on the basis of a common law rule—the mistake of law rule—that the legislature could not enact.

province d'échapper par des moyens législatifs aux conséquences de son acte inconstitutionnel. On ne devait pas non plus refuser aux lignes aériennes, le recouvrement des sommes versées, par l'application de principes de *common law* ou d'*equity* élaborés dans le contexte du droit privé ou dans des États non fédératifs. L'avocate a fait remarquer que, dans l'arrêt *Amax*, précité, cette Cour a statué qu'une législature provinciale ne peut adopter une loi empêchant le remboursement d'impôts perçus en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Il serait anormal, selon elle, qu'un tribunal puisse refuser le remboursement sur le fondement d'une règle de *common law*—celle de l'erreur de droit—quand le législateur lui-même n'a pas la compétence nécessaire pour l'adopter.

The foregoing argument seems to me to rest on a misconception of the *Amax* case and of the place of the mistake of law rule in this context. The facts in *Amax* were that the province had by an unconstitutional statute levied taxes which the taxpayer had, on the assumed facts, paid under compulsion and which, therefore, it was entitled to recover. What the statute there impugned did was to bar actions for taxes paid under an unconstitutional statute that were otherwise recoverable. The legislature was, in essence, giving effect to the unconstitutional statute. It was doing indirectly what it could not do directly. *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, *supra*, is of a similar nature. The actions of the province there would have had the effect, by the exercise of the power to grant or refuse a trial, of indirectly giving effect to an unconstitutional statute. Whether, and within what limits, the province may regulate recovery of unconstitutional taxes is really not in issue here. The issue is the very different one of the effect of action taken pursuant to an *ultra vires* or unconstitutional statute.

L'argument qui précède repose, à mon avis, sur une conception erronée de l'arrêt *Amax* et de la place occupée par la règle de l'erreur de droit dans ce contexte. Dans *Amax*, la province avait, au moyen d'une loi inconstitutionnelle, perçu des impôts que le contribuable, d'après les faits présumés, avait payés par contrainte et qu'il avait donc le droit de recouvrer. La loi attaquée dans cette affaire avait pour effet d'interdire les actions en remboursement d'impôts versés sous le régime d'une loi inconstitutionnelle et qui étaient par ailleurs remboursables. En fait, la législature rendait opérante une loi inconstitutionnelle. Elle faisait indirectement ce qu'elle ne pouvait faire directement. *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précitée, est une affaire analogue. Dans cette affaire, les actes accomplis par la province, dans l'exercice du pouvoir d'autoriser ou de refuser d'autoriser un procès, auraient eu pour conséquence d'assurer indirectement l'application d'une loi inconstitutionnelle. La question de savoir si, et dans quelles limites, la province peut réglementer le remboursement d'impôts inconstitutionnels n'est pas vraiment en litige en l'espèce. La question qui se pose ici est bien différente; elle concerne l'effet de mesures prises en vertu d'une loi qui est *ultra vires* ou inconstitutionnelle.

In developing the law in public areas like this, the courts have not unnaturally turned to relevant experience in areas of private law, and where it appeared appropriate, they have, on occasion,

En élaborant le droit applicable dans des domaines du droit public, comme en l'espèce, les tribunaux ont naturellement tiré parti de l'expérience pertinente acquise dans certains domaines du droit

simply transplanted such principles of private law to the realm of public and constitutional law. This type of transplantation has been done in other areas of law. For example, the principles for determining whether a tax is "within the province" for the purposes of s. 92(2) of the *Constitution Act* were derived in no small measure from the rules developed at common law to determine which ordinary should have power to administer an estate; see *The King v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670; *R. v. Williams*, [1942] A.C. 541. But this borrowing should not blind us to what the courts are really doing. They are defining rules of public and constitutional law. This is underlined again by reference to the *situs* rules. Though these were imported from the common law, they have been transformed, and it is constitutionally impermissible for a province to prescribe the conditions fixing the *situs* of property for the purposes of defining what may be taxed within the province; see *Lovitt v. The King* (1910), 43 S.C.R. 106, at p. 160; *The King v. National Trust Co.*, *supra*. Similarly, the courts are at liberty to adopt the mistake of law rule, which finds its origin in private law, to define the effects of *ultra vires* or unconstitutional statutes. Whether this would be wise or not is another question, one to which I shall return. But if so adopted, one should not be misled by the supposed anomaly of the courts using a common law rule to do what a legislature could not by statute enact.

I mentioned earlier that it may or may not be wise to incorporate the mistake of law defence in the constitutional fabric. This brings me to what I consider the most weighty point made on behalf of the airlines. Counsel for Canadian Pacific Airlines invited us to do away with the mistake of law rule. As she noted, the common law has largely permitted recovery of payments made under a mistake of fact. The same approach should, she contended, be followed in the case of a mistake of law. The distinction between the two, she stated, has resulted in confusion, ambiguity and injustice, and

privé et, lorsque cela leur a paru approprié, ils ont à l'occasion simplement transposé en droit public et en droit constitutionnel ces principes de droit privé. Cette transposition s'est faite dans d'autres domaines du droit. Par exemple, les principes dont on se sert pour déterminer si un impôt est levé «dans les limites de la province» aux fins du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle* dérivent dans une large mesure des règles élaborées en *common law* pour déterminer qui avait le pouvoir d'administrer une succession; voir *The King v. National Trust Co.*, [1933] R.C.S. 670; *R. v. Williams*, [1942] A.C. 541. Il ne faut cependant pas que cet emprunt nous aveugle sur ce que font réellement les tribunaux: ils établissent des règles de droit public et de droit constitutionnel. Cela est souligné également par les règles applicables au *situs*. Quoique provenant de la *common law*, ces règles ont été transformées et une province ne saurait constitutionnellement prescrire des conditions fixant l'endroit où se trouve un bien aux fins de la détermination de l'assiette de l'impôt dans la province: voir *Lovitt v. The King* (1910), 43 R.C.S. 106, à la p. 160; *The King v. National Trust Co.*, précité. De même, les tribunaux sont libres d'adopter la règle de l'erreur de droit, qui tire son origine du droit privé, afin de préciser les effets de lois qui sont *ultra vires* ou inconstitutionnelles. Quant à savoir s'il serait judicieux de procéder ainsi, c'est une autre question, sur laquelle je reviendrai. Quoi qu'il en soit, dans l'hypothèse où la règle serait adoptée, il ne faudrait pas se laisser induire en erreur par l'anomalie supposée d'un recours par les tribunaux à une règle de *common law* pour faire ce qu'un législateur ne pourrait pas édicter dans une loi.

J'ai dit plus haut qu'on pourrait s'interroger sur la sagesse de l'incorporation du moyen de défense de l'erreur de droit dans le droit constitutionnel. Voilà qui m'amène à ce que je considère être l'argument le plus puissant qui ait été soulevé pour le compte des lignes aériennes. L'avocate de Lignes aériennes Canadien Pacifique nous a invités à écarter la règle de l'erreur de droit. Comme elle le faisait remarquer, la *common law* a généralement permis le recouvrement de paiements effectués par suite d'une erreur de fait. Il devrait en aller de même, a-t-elle soutenu, dans le cas d'une

should no longer be recognized. She urged us to adopt the dissenting reasons of Dickson J., as he then was, in the *Nepean* case, *supra*.

I do not intend to regurgitate what was said by Dickson J. in his judgment. Suffice it to say that it constitutes a thorough, scholarly and damning analysis of the mistake of law doctrine from its beginning and through the egregious error of Lord Ellenborough C.J. in the case of *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448, to the present day; see Goff and Jones, *The Law of Restitution*, 3rd ed., at p. 117. What the judgment reveals is a rule built on inadequate foundations, lacking in clarity (the distinction between a mistake of fact and mistake of law can best be described as a fluttering, shadowy will-o'-the-wisp), and whose harshness has led to a luxuriant growth of exceptions (twelve perhaps, though the identity and scope of the exceptions I am told has led to considerable learned esoteric debate). Despite this, and despite almost universal criticism, the doctrine has spread from its original place in contract law into other areas, including public law (such as in *Nepean* itself), and it now even more ambitiously threatens to invade the domain of constitutional law. This explosion has, as Corbin has observed, probably occurred because of the temptation under the pressure of work for judges to seize upon the first plausible rule that becomes handy to dispose of a case that has no merit; *Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 617, at p. 756. The result is that while the rule undoubtedly serves some useful functions, these could be achieved by other means. As Dickson J. himself put it at p. 362:

The modern justification for the existence of the rule against recovery of monies paid under a mistake of law has been the stability of contractual relations. The rule though is often used as a handy means of disposing of cases where, in fact, recovery of money should be

erreur de droit. Selon elle, la distinction faite entre les deux, a conduit à la confusion, à l'ambiguïté et à l'injustice et ne devrait plus être reconnue. Elle nous a exhortés à adopter les motifs de la dissidence du juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans l'affaire *Nepean*, précitée.

Je n'ai pas l'intention de redire ce qu'a dit le juge Dickson dans ces motifs. Qu'il suffise de signaler que ses motifs sont une analyse fouillée, érudite et accablante de la théorie de l'erreur de droit depuis ses débuts jusqu'à nos jours, en passant par l'erreur flagrante commise par le juge en chef lord Ellenborough dans l'affaire *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448; voir Goff et Jones, *The Law of Restitution*, 3e éd., à la p. 117. Les motifs du juge Dickson font ressortir que la règle a des fondations inadéquates, qu'elle manque de clarté (flottante, floue et insaisissable est tout ce qu'on peut dire de la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit) et que la sévérité de la règle a favorisé la prolifération d'exceptions (il y en a peut-être douze et je crois comprendre que la nature et l'étendue de ces exceptions ont elles-mêmes abondamment nourri de savants débats ésotériques). Malgré cela et en dépit du fait qu'elle est presque universellement critiquée, la règle n'est pas restée limitée au droit des contrats, mais s'est étendue à d'autres domaines, y compris le droit public (témoin l'arrêt *Nepean* lui-même) et va maintenant jusqu'à menacer d'envahir le droit constitutionnel. Ce phénomène, comme le fait observer Corbin, vient probablement de ce que les juges, en raison des contraintes que leur impose leur travail, sont tentés de saisir la première règle plausible dont ils disposent pour trancher une action sans fondement: *Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, par. 617, à la p. 756. Il en résulte que, même si la règle remplit certainement quelques fonctions utiles, celles-ci pourraient être remplies par d'autres moyens. Comme le dit le juge Dickson lui-même, à la p. 362:

De nos jours, on invoque la stabilité des rapports contractuels pour justifier l'existence de la règle qui interdit le recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. Cependant, la règle est souvent utilisée comme un moyen commode de régler une affaire

barred, and would be, under a more searching analysis of the case. [Emphasis in original.]

From his analysis, Dickson J. concluded that the judicial development of the law of restitution or unjust (or as Dickson J. noted, "unjustified") enrichment renders otiose the distinction between mistakes of fact and mistakes of law. He would abolish the distinction, and would allow recovery in any case of enrichment at the plaintiff's expense provided the enrichment was caused by the mistake and the payment was not made to compromise an honest claim, subject of course to any available defences or equitable reasons for denying recovery, such as change of position or estoppel. Dickson J. considered the finality of transactions to be an important, but not an absolute value, and its weight in a particular context was best assessed within the context of the principles of the law of restitution. He preferred to do this rather than by engrafting new exceptions to a rule that has over the years been variously described as "most unfortunate", "monstrous", "decrepit" and "unjust".

I am aware that Dickson J. was speaking in minority (for himself and Laskin C.J.), but it can scarcely be maintained that the three judges who formed the majority rejected this position. Indeed, they never really faced this issue at all. The case, we saw, was argued on the basis that it fell within one of the exceptions to the mistake of law rule, that the parties were not *in pari delicto*, and they dealt with it accordingly. After having read Dickson J.'s judgment, Estey J. was at pains to note that in the argument unjust enrichment had only been tangentially mentioned and that the distinction between mistake of fact and mistake of law was not raised; indeed, it was accepted. "Accordingly," he concluded, "my considerations have been confined to the operation of the doctrine of mistake of law as argued."

dans laquelle, en fait, le recouvrement d'une somme devrait être interdit, et le serait au terme d'une analyse plus poussée. [Souligné dans l'original.]

Cette analyse a amené le juge Dickson à conclure que, étant donné la façon dont le droit en matière de restitution ou d'enrichissement illégitime (ou, comme le soulignait le juge Dickson, «injustifié») a évolué devant les tribunaux, la distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit ne servait plus à rien. Le juge Dickson était d'avis de l'abolir et de permettre le recouvrement dans tous les cas d'enrichissement aux dépens du demandeur, quand l'erreur avait occasionné l'enrichissement et quand le paiement n'avait pas été effectué en vue de compromettre une réclamation légitime, sous réserve évidemment des moyens de défense ou des raisons d'équité qui permettraient de refuser le recouvrement, dont par exemple un changement de situation ou une fin de non-recevoir. Le juge Dickson a estimé que le caractère définitif d'une opération est une valeur importante, mais pas absolue, et qu'il vaut mieux déterminer dans le contexte des principes du droit en matière de restitution le poids à attribuer à ce facteur dans un cas donné. D'après lui, cette solution est préférable à la prolifération d'exceptions à une règle qui au cours des années a été décrite comme «malencontreuse», «monstrueuse», «décrépite» et «injuste».

Je n'oublie pas que le juge Dickson parlait au nom de la minorité (lui-même et le juge en chef Laskin), mais il serait difficile de prétendre que les trois juges de la majorité ont rejeté ce point de vue. En fait, ils ne se sont jamais vraiment penchés sur cette question. Cette affaire, nous l'avons vu, a été plaidée comme relevant d'une des exceptions à la règle de l'erreur de droit, en ce sens que les parties n'étaient pas *in pari delicto*, et les juges ont tranché en conséquence. Après avoir lu les motifs du juge Dickson, le juge Estey a pris soin de préciser qu'au cours des débats l'enrichissement illégitime n'avait été évoqué qu'incidemment et qu'il n'avait pas été fait mention de la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Cette distinction était acceptée. «En conséquence», a-t-il conclu, «mes motifs se limitent à l'application de la doctrine de l'erreur de droit telle qu'elle a été plaidée.»

This can hardly constitute an expression of opinion—let alone a definitive one—by this Court on the issues raised by Dickson J., and I therefore have no hesitation in following his lead in these matters. In my view the distinction between mistake of fact and mistake of law should play no part in the law of restitution. Both species of mistake, if one can be distinguished from the other, should, in an appropriate case, be considered as factors which can make an enrichment at the plaintiff's expense "unjust", or "unjustified". This does not imply, however, that recovery will follow in every case where a mistake has been shown to exist. If the defendant can show that the payment was made in settlement of an honest claim, or that he has changed his position as a result of the enrichment, then restitution will be denied. Even were I not of the opinion that this "rule" should be abolished, I would not be prepared to extend to the constitutional plane a rule so replete with technicality and difficulty as the mistake of law rule. Constitutional adjudication invites the formulation of broad principles suitable to the accommodation and resolution of broad social and political values, and this much criticized rule seems singularly unsuited to that purpose.

As Dickson J. stated, however, unjust enrichment, particularly in this field, is no formula for easy solutions. The present case illustrates this. In the *Nepean* case, Estey J. made the passing comment that the concept of unjust enrichment was not easily associated with the relationship of public bodies such as were in issue there. I am not prepared to go that far. Where one party is enriched at the expense of another, it is appropriate to begin by asking if the principles of restitution would afford recovery to the deprived party, whether that party is a public body or not. However, as my comments below will indicate, where unconstitutional or *ultra vires* levies are in issue, special considerations do arise which may call for a different rule.

Nous sommes loin de l'expression par cette Cour d'une opinion—et encore moins d'une opinion définitive—sur les points traités par le juge Dickson et c'est pourquoi je n'hésite pas à le suivre sur ces points. À mon avis, la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit ne devrait pas jouer dans le droit de la restitution. Pour autant que l'une puisse être distinguée de l'autre, les deux types d'erreur devraient, dans les circonstances appropriées, être considérées comme des facteurs pouvant rendre «illégitime» ou «injustifié» un enrichissement aux dépens du demandeur. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y aura recouvrement dès que l'erreur aura été démontrée. Si le défendeur peut prouver que le paiement représente l'acquittement d'une dette légitime ou que sa situation a changé à cause de l'enrichissement, la restitution sera alors refusée. Même si je ne pensais pas que cette «règle» devrait être abolie, je ne serais pas prêt à étendre au domaine constitutionnel une règle présentant autant de complexité et de difficultés que la règle de l'erreur de droit. Les jugements constitutionnels sont l'occasion de formuler de grands principes qui prennent en compte les grandes valeurs sociales et politiques et permettent de répondre aux problèmes qui en découlent, et cette règle tant critiquée semble singulièrement mal adaptée à ce but.

Comme le disait le juge Dickson cependant, l'enrichissement illégitime, particulièrement dans le domaine en question, n'offre pas de solutions faciles. Le présent litige en est la preuve. Dans l'affaire *Nepean*, le juge Estey mentionne en passant que la notion de l'enrichissement illégitime s'adapte difficilement aux rapports entre des organismes publics du type de ceux dont il était question dans cette affaire. Je n'irai pas aussi loin. Lorsqu'une partie s'est enrichie aux dépens d'une autre, il y a lieu de commencer par se demander si la partie qui est appauvrie aurait droit au recouvrement en vertu des principes de la restitution, que cette partie soit ou non un organisme public. Toutefois, comme je l'indiquerai ci-après, lorsqu'il s'agit d'impôts levés en vertu de dispositions inconstitutionnelles ou *ultra vires*, certaines considérations spéciales peuvent appeler l'application d'une règle différente.

In this case, I have no doubt that the province has been enriched through the imposition of this unconstitutional tax. A more difficult issue which could preclude recovery in this case, even if I were to base my decision solely on the application of restitutionary principles, is whether the enrichment of the province was at the expense of the plaintiff airlines. The Attorney General argued that the airlines were able to pass on the burden of the tax to their passengers. Counsel for Air Canada, however, strongly pressed that the "passing-on" defence should only be available where the tax has been specifically charged to other identified parties so as to make those parties the true taxpayers. He submits that otherwise the fact that a tax may have been passed on is no ground on which to deny recovery. Though the airlines may have increased their prices to raise revenue to pay the tax, the resulting higher prices may have had an impact on sales volume which may in turn have an out-of-pocket impact on the airlines' profit.

While it will take some time for the courts to work out the limits of the developing law of restitution, it is useful on this point to examine the American experience. Professor George E. Palmer, in his work, *The Law of Restitution*, makes the following comment (1986 Supp., at p. 255):

> There is no doubt that if the tax authority retains a payment to which it was not entitled it has been unjustly enriched. It has not been enriched at the taxpayer's expense, however, if he has shifted the economic burden of the tax to others. Unless restitution for their benefit can be worked out, it seems preferable to leave the enrichment with the tax authority instead of putting the judicial machinery in motion for the purpose of shifting the same enrichment to the taxpayer.

In my view there is merit to this observation, and if it were necessary I would apply it to this case as the evidence supports that the airlines had passed on to their customers the burden of the tax imposed upon them. The law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss. Its function is to ensure that

En l'espèce, je ne doute pas que la province a été enrichie par l'imposition de la taxe inconstitutionnelle. Il est plus difficile de répondre à une autre question, qui pourrait exclure le recouvrement dans la présente affaire même si je fondais ma décision uniquement sur l'application des principes de restitution, la question de savoir si c'est aux dépens des lignes aériennes demanderesses que la province s'est enrichie. Le procureur général a fait valoir que les lignes aériennes ont pu reporter sur leurs passagers la charge que représentait la taxe. L'avocat d'Air Canada a toutefois soutenu énergiquement qu'on ne devrait pouvoir se prévaloir de ce moyen de défense (le report sur autrui) que lorsque la taxe a été spécifiquement reportée sur d'autres personnes déterminées, qui deviennent alors les véritables contribuables. Il prétend qu'autrement le fait qu'une taxe a pu être reportée sur autrui ne justifie aucunement le refus du recouvrement. Même si les lignes aériennes ont pu majorer leurs prix afin de produire les revenus nécessaires pour l'acquittement de la taxe, cette hausse a pu avoir des effets sur le volume de leurs ventes et, à son tour, entraîner une baisse de leurs profits.

Il faudra un certain temps pour que les tribunaux fixent les limites du droit en matière de restitution qui est en voie de se développer, mais il est utile à ce propos d'examiner l'expérience américaine. Le professeur George E. Palmer fait les observations suivantes dans son ouvrage intitulé *The Law of Restitution* (1986 supp., à la p. 255):

> [TRADUCTION] Il est certain que, s'il garde un paiement auquel il n'avait pas droit, le fisc reçoit un enrichissement illégitime. Il ne se sera cependant pas enrichi aux dépens du contribuable si ce dernier a fait supporter à d'autres personnes la charge économique de l'impôt. À moins que la restitution à ces personnes ne soit matériellement possible, permettre au fisc de conserver l'enrichissement semble préférable à une intervention des tribunaux pour faire passer cet enrichissement au contribuable.

À mon avis, ces observations sont justes et, si cela était nécessaire, je les appliquerais à la présente instance car, d'après la preuve, les lignes aériennes ont répercuté sur leurs passagers la charge de la taxe à laquelle elles étaient assujetties. Le droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n'ont subi

where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the province made at the airlines' expense. If the airlines have not shown that they bore the burden of the tax, then they have not made out their claim. What the province received is relevant only in so far as it was received at the airlines' expense.

This alone is sufficient to deny the airlines' claim. However, even if the airlines could show that they bore the burden of the tax, I would still deny recovery. It is clear that the principles of unjust enrichment can operate against a government to ground restitutionary recovery, but in this kind of case, where the effect of an unconstitutional or *ultra vires* statute is in issue, I am of the opinion that special considerations operate to take this case out of the normal restitutionary framework, and require a rule responding to the specific underlying policy concerns in this area.

It is not without significance that an examination of the case law of the United States, Australia and New Zealand shows that generally there is no recovery of taxes paid pursuant to legislation which is unconstitutional or otherwise invalid. (See Clifford L. Pannam, "The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States" (1964), 42 *Texas L. Rev.* 779, George E. Palmer, *The Law of Restitution*, vol. III, at p. 248.) While this rule has most often been stated in the traditional terms of mistake of law, which I have rejected, it is noteworthy that even in jurisdictions in the United States where the mistake of law rule is not followed (Connecticut and Kentucky), or has been abolished (New York), the courts have nevertheless held that a voluntary payment of taxes under an unconstitutional statute is not recoverable; (see Pannam, *supra*, at pp. 793-94, Palmer, *supra*, vol. III, at pp. 248-49).

aucune perte. Il sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d'une richesse qu'il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l'espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la province aux dépens des lignes aériennes. Si ces dernières ne sont pas parvenues à démontrer qu'elles ont supporté la charge de la taxe, alors elles n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande. Ce qu'a pu recevoir la province n'est pertinent que dans la mesure où c'était aux dépens des lignes aériennes.

Cette seule raison suffit pour rejeter la demande des lignes aériennes. Toutefois, même si les lignes aériennes pouvaient prouver qu'elles ont supporté la charge de la taxe, je refuserais encore le recouvrement. Il est évident que les principes de l'enrichissement illégitime peuvent jouer contre un gouvernement et justifier le recouvrement aux fins de restitution, mais dans une affaire comme celle-ci, où il est question de l'effet d'une loi inconstitutionnelle ou *ultra vires*, je suis d'avis que certaines considérations spéciales font sortir l'affaire du cadre normal de la restitution et exigent une règle qui réponde aux questions de politiques sous-jacentes spécifiques à ce domaine.

Il est intéressant de noter, après examen de la jurisprudence des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, qu'on n'y accorde pas en règle générale le remboursement des impôts payés sous le régime d'une loi invalide ou inconstitutionnelle. (Voir Clifford L. Pannam, «The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States» (1964), 42 *Texas L. Rev.* 779; George E. Palmer, *The Law of Restitution*, vol. III, à la p. 248.) Quoique cette règle ait le plus souvent été formulée dans les termes traditionnels de l'erreur de droit, que j'ai déjà rejetée, il faut souligner que, même dans les ressorts américains où la règle de l'erreur de droit n'est pas suivie (le Connecticut et le Kentucky) ou a été abolie (l'État de New York), les tribunaux ont néanmoins statué que l'acquittement volontaire d'impôts conformément à une loi inconstitutionnelle ne donne pas lieu à remboursement (voir Pannam, précité, aux pp. 793 et 794; Palmer, précité, vol. III, aux pp. 248 et 249).

What this suggests is that there are solid grounds of public policy for not according a general right of recovery in these circumstances, and that this prohibition exists quite independently of the law of restitution. This policy was forcefully stated by Logan J. in the Kentucky Court of Appeals (where it will be remembered there is no general mistake of law doctrine) in *Coleman v. Inland Gas Corp.*, 21 S.W.2d 1030 (1929), at p. 1031:

> . . . all state governments have been slow indeed to open the doors of their treasuries and allow money to pass therefrom after it has once found lodgment within the governmental vaults. This is as it should be. The state is the sovereign and its affairs must be conducted for the best interest and welfare of the people. That calls for the expenditure of large sums of money for governmental affairs, and such sums of money can be obtained only through taxation. The state should determine the amount which it will spend by the probable income it will receive. When the income is collected it is allocated to different funds. The state uses the funds nearly always during the current year. It has been universally held, unless a contrary conclusion was forced by an ironclad statute, that no taxpayer should have the right to disrupt the government by demanding a refund of his money, whether paid legally or otherwise . . . .

See also *Mercury Machine Importing Corp. v. City of New York*, 144 N.E.2d 400 (1957), especially at p. 404. Similar sentiments were expressed by M. A. MacDonald J.A. in *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, *supra*. Such a rule is sensible. The only practical alternative as a general rule would be to impose a new tax to pay for the old, which is another way of saying that a new generation must pay for the expenditures of the old. At best it is simply inefficient.

A related concern, and one prevalent through many of the authorities and much of the academic literature is the fiscal chaos that would result if the general rule favoured recovery, particularly where a long-standing taxation measure is involved. That this is not an unfounded concern can be seen by reference to one incident in the United States. A provision has been inserted in the United States *Internal Revenue Code* removing the distinction

Cela permet de penser qu'il existe de solides motifs d'intérêt public pour ne pas accorder un droit général au recouvrement dans de telles circonstances et que cela vaut indépendamment du droit en matière de restitution. L'intérêt public en question a été énoncé avec force par le juge Logan de la Cour d'appel du Kentucky (État dans lequel, rappelons-le, il n'y a pas de règle générale d'erreur de droit) dans l'arrêt *Coleman v. Inland Gas Corp.*, 21 S.W.2d 1030 (1929), à la p. 1031:

> [TRADUCTION] . . . il est vrai que tous les gouvernements ont été réticents à laisser sortir du trésor public des fonds qui y avaient été déposés. Cela est comme il se doit. L'État est souverain et ses affaires doivent être menées au mieux de l'intérêt et du bien-être du peuple. Or, les affaires gouvernementales nécessitent la dépense d'importantes sommes d'argent, sommes qui ne peuvent être recueillies que par l'impôt. L'État doit calculer ses débours en fonction de ses revenus probables. Dès leur réception, ces revenus sont répartis entre différents fonds. Presque invariablement, l'État utilise les fonds en question pendant l'année en cours. Les tribunaux ont toujours dit, à moins d'avoir été astreints à la conclusion contraire par une loi n'admettant aucune dérogation, que nul contribuable ne devrait avoir le droit de faire obstacle à l'administration des affaires gouvernementales en demandant le remboursement d'argent, que celui-ci ait été ou non versé en vertu d'une loi valide . . .

Voir aussi *Mercury Machine Importing Corp. v. City of New York*, 144 N.E.2d 400 (1957), particulièrement à la p. 404. Une opinion analogue a été exprimée par le juge MacDonald dans *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.*, précitée. Cette règle est sensée. D'une manière générale, la seule autre solution pratique serait d'imposer une taxe nouvelle pour payer la vieille taxe, ce qui revient à dire qu'une nouvelle génération serait obligée de faire face aux dépenses de la génération précédente. En mettant les choses au mieux, ce serait inefficace.

Une préoccupation connexe, qui domine dans beaucoup de décisions et dans une bonne partie de la doctrine, est le chaos fiscal qui résulterait d'une règle générale permettant le recouvrement, surtout dans le cas d'une mesure fiscale appliquée depuis longtemps. Il s'agit d'un problème réel comme le prouve un incident qui s'est produit aux États-Unis: on avait inséré dans l'*Internal Revenue Code* une disposition supprimant la distinction entre les

between mistakes of fact and mistakes of law because of the harsh and unjust results that had occurred under the general rule. This, however, placed a severe strain on the United States Treasury when the Supreme Court in *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), held unconstitutional the *Agricultural Adjustment Act* making almost one billion dollars in invalid taxes (a respectable amount now but overwhelming during the depression) repayable by the government. Faced with this situation Congress immediately passed an Act which provided that no refunds for such taxes would be allowed unless the claimant could establish the burden of the tax. In view of *Amax*, *supra*, a province faced with a similar situation could not enact a similar measure.

To some extent the present case raises difficulties of a similar character. As Esson J.A. remarked at p. 390:

> It is instructive to consider what the consequences might be if Professor Hogg's thesis [which advocates general recovery of unconstitutional taxes] were to be applied to the Gasoline Tax Act. The tax imposed under it for decades before 1976 was a tax of broad general application. It has long been a major component of the provincial budget. Every operator of a vehicle contributed to the provincial coffers in this way. The total number of such taxpayers must be in the millions. The amount involved in these three actions is "only" something over six million dollars. In the modern scale of things, that will not have a major additional impact on the already sorry financial state of the province. A few more schoolrooms and a few more hospital wards may have to be closed and a few roads may go unrepaired; or perhaps the matter will be dealt with by a further increase in the deficit so that future generations will bear the burden. The blow will, however, be greater than that inflicted by these cases. We are told that other large taxpayers, including one of the national railways, commenced action before the period of limitation expired and await the outcome of these actions to decide whether to go ahead.

The situation would be much worse, of course, if the *Statute of Limitations* or laches could not be

erreurs de fait et les erreurs de droit, en raison des conséquences sévères et injustes qu'avait entraînées la règle générale. Cela a toutefois lourdement grevé le Trésor américain lorsque la Cour suprême, statuant dans l'affaire *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), a jugé inconstitutionnelle l'*Agricultural Adjustment Act*, et ainsi a mis le gouvernement dans l'obligation de rembourser des impôts invalides s'élevant à presque un milliard de dollars (somme importante de nos jours, mais astronomique à l'époque de la Crise). Face à cette situation, le Congrès a immédiatement adopté une loi prévoyant que le remboursement de ces impôts ne serait accordé que si le réclamant pouvait établir qu'il en avait supporté la charge. Étant donné l'arrêt *Amax*, précité, une province qui se trouverait dans une situation analogue ne pourrait adopter une mesure de ce genre.

La présente instance soulève jusqu'à un certain point des difficultés similaires. Comme le dit le juge Esson de la Cour d'appel à la page 390:

> [TRADUCTION] Il est intéressant d'examiner quelles seraient les conséquences possibles de l'application de la thèse du professeur Hogg [qui préconise le remboursement général d'impôts inconstitutionnels] à la Gasoline Tax Act. La taxe imposée sous son régime pendant des décennies avant 1976 était une taxe d'application très générale. Elle constitue depuis longtemps un élément important du budget provincial. Tous les conducteurs de véhicules automobiles ont versé ainsi des contributions au fisc. Il doit y avoir eu des millions de ces contribuables. La somme en litige dans ces trois actions s'élève à «seulement» un peu plus de six millions de dollars. Dans le contexte actuel, une telle somme n'aurait pas de répercussions majeures sur la situation financière déjà difficile de la province. Quelques autres écoles et quelques autres salles d'hôpital pourraient être fermées et quelques routes pourraient ne pas être réparées; on pourrait encore augmenter le déficit, de sorte que des générations futures en supporteraient la charge. Les effets ne se limiteraient cependant pas à ceux qui découleraient des présentes affaires. On nous apprend en fait que d'autres contribuables importants, dont l'un des chemins de fer nationaux, ont engagé des poursuites avant l'expiration du délai de prescription et n'attendent que l'issue des présentes actions pour décider s'ils iront de l'avant avec les leurs.

La situation serait bien pire évidemment si on ne pouvait pas invoquer la prescription ou le manque

pleaded, a question Esson J.A. did not resolve and upon which it is unnecessary for me to embark.

Those who favour recovery of *ultra vires* taxes concede that an exception would be required where this would disrupt public finances; see John D. McCamus, "Restitutionary Recovery of Moneys Paid to Public Authority Under a Mistake of Law: *Ignorantia Juris* in the Supreme Court of Canada" (1983), 17 *U.B.C. Law Rev.* 233. But how would a court determine this? Among other complications is the fact that what can make recovery against the state impractical is the length of time during which an invalid tax has been collected. Equitable laches could be brought into service, but these ordinarily involve some discernible act of acquiescence to trigger their operation. The obvious remedy is a period of limitations, but it would be inappropriate for courts at this late date of legal development to define such periods which, to be effective, may have to differ from one type of tax to another.

Professor Birks has argued that the dominant value should be respect for the principle that there should be no taxation without parliamentary sanction, and so the general rule should favour recovery; see Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, at p. 294. Even Professor Birks, however, concedes that "Where there is a serious danger that public finances will be disrupted it may be necessary to limit or exclude a right to restitution" (at p. 298). I agree that the value he favours is worthy of protection, but in the context of taxes exacted through unconstitutional statutes in light of the other policies outlined above, I am not willing to give it the dominant status that Birks would accord it.

All in all, I have become persuaded that the rule should be against recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional statutes. It seems best to function from the basis of that rule with exceptions where the relationship between the state and a particular taxpayer resulting in the collection of the tax are unjust or oppressive in the

de diligence, question que le juge Esson n'a pas tranchée et qu'il ne m'est pas nécessaire d'aborder.

Les tenants du remboursement d'impôts invalides conviennent de la nécessité d'une exception lorsque le remboursement perturberait les finances publiques; voir John D. McCamus, «Restitutionary Recovery of Moneys Paid to Public Authority Under a Mistake of Law: *Ignorantia Juris* and the Supreme Court of Canada» (1983), 17 *U.B.C. Law Rev.* 233. Mais comment un tribunal peut-il décider cela? Parmi d'autres complications, il y a le fait que le recouvrement auprès de l'État peut être matériellement impossible parce que l'impôt invalide est perçu depuis longtemps. On pourrait avoir recours au principe d'*equity* du manque de diligence mais, pour que ce principe joue, il faut normalement qu'il y ait eu quelque acte tangible d'acquiescement. La solution évidente est un délai de prescription; toutefois, il ne serait pas approprié, à ce stade avancé de l'évolution du droit, que les tribunaux fixent de tels délais qui, pour être efficaces, devraient peut-être varier selon le genre de taxe en cause.

Le professeur Birks a soutenu que la valeur dominante devrait être le respect du principe suivant lequel il ne devrait pas y avoir d'imposition sans la sanction parlementaire et que la règle générale devrait donc être le recouvrement; voir Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, à la p. 294. Même le professeur Birks, reconnaît cependant que: [TRADUCTION] «Lorsqu'il existe un danger réel de perturbation des finances publiques, il peut être nécessaire de restreindre ou d'écarter le droit à la restitution» (à la p. 298). Je suis d'accord que la valeur privilégiée par Birks mérite d'être protégée, mais dans le cas de taxes perçues en vertu de lois inconstitutionnelles, je ne suis pas disposé, compte tenu des autres considérations exposées ci-dessus, à lui accorder la prédominance que lui donnerait Birks.

Somme toute, je suis convaincu que la règle devrait interdire la restitution d'impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles. Il semble préférable de se fonder sur cette règle, avec les exceptions qui s'imposent dans le cas où les rapports entre l'État et un contribuable donné rendent injuste ou opprimante, dans les circons-

circumstances. However, this case does not call for departure from the general rule. The tax levied in this case, though unconstitutional, comes close to raising a mere technical issue. Had the statute been enacted in proper form there would have been no difficulty in exacting the tax as actually imposed. Though specific evidence was not led on this point, were recovery to be allowed, the airlines would receive a windfall, and fiscal chaos could well result. Many others could well bring suit, for this is a general tax applying to all purchases of gasoline in the province. It is true that many of these would not be in a position to establish their claims but it would be odd if this factor were taken into account since its general effect would be to favour the strong against the weak. Finally, there is not the element of discrimination, oppression or abuse of authority which would warrant recovery.

This rule against the recovery of unconstitutional and *ultra vires* levies is an exceptional rule, and should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support it. Chief among these are the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government. Though the drawing of lines is always difficult, I am persuaded that this rule should not apply where a tax is extracted from a taxpayer through a misapplication of the law. Thus, where an otherwise constitutional or *intra vires* statute or regulation is applied in error to a person to whom on its true construction it does not apply, the general principles of restitution for money paid under a mistake should be applied, and, subject to available defenses and equitable considerations discussed earlier, the general rule should favour recovery. In exceptional cases public policy considerations may require a contrary holding, but those exceptional cases do not justify extending the general rule of non-recovery of unconstitutional or *ultra vires* levies. As

tances, la perception de l'impôt. Toutefois il n'y a pas lieu de s'écarter de la règle générale en l'espèce. Malgré son inconstitutionnalité, la taxe en cause soulève une question qu'on pourrait qualifier de technique. Si la loi avait été adoptée sans vice de forme, la perception de la taxe qu'elle imposait n'aurait pas présenté de problème. Bien qu'on n'ait produit aucun élément de preuve portant précisément sur ce point, le remboursement donnerait aux lignes aériennes un profit fortuit et pourrait entraîner un chaos fiscal. En effet, il est bien possible que beaucoup d'autres engagent des poursuites, car il s'agit en l'espèce d'une taxe générale frappant tous les achats d'essence dans la province. Certes, beaucoup ne seraient pas en mesure d'établir le bien-fondé de leurs réclamations, mais il serait étrange de prendre ce facteur en considération puisque son effet général serait de favoriser les forts au détriment des faibles. Enfin l'élément de discrimination, d'oppression ou d'abus de pouvoir qui justifierait le remboursement n'existe pas ici.

La règle interdisant le remboursement d'impôts inconstitutionnels et *ultra vires* est une règle exceptionnelle et ne devrait pas s'interpréter d'une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle repose. Ces valeurs sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l'impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d'adopter le moyen inefficace qui consiste à l'imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d'une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales. Quoiqu'il soit toujours difficile de tracer des lignes de démarcation, je suis persuadé que cette règle ne devrait pas jouer lorsqu'un impôt a été pris à un contribuable par l'application erronée de la loi. Donc, dans un cas où l'on applique à tort une loi ou un règlement par ailleurs constitutionnels ou valides à une personne à laquelle cette loi ou ce règlement, selon leur sens véritable, ne s'appliquent pas, les principes généraux régissant la restitution de fonds versés par suite d'une erreur devraient être appliqués et, sous réserve des moyens de défense et des considérations d'équité évoqués plus haut, la règle générale devrait permettre le recouvrement. Dans des cas exceptionnels, certaines considérations

Professor Palmer has noted (*The Law of Restitution*, *supra*, vol. III, at p. 247):

> The effect of restitution in dislocating the fiscal affairs of the governmental unit in such isolated instances of mistake is nothing like it would be where many payments have been made under a tax law which is unconstitutional or invalid for some other reason.

In my view no distinction should be drawn between those cases which would traditionally be considered as mistakes of fact, as for example where a tax assessment is based on a misapprehension of the facts which attract the tax, or where an error has been made in calculation, and those cases where the taxing statute is construed in error so as to impose liability on a party not liable on the true construction of the statute. In both cases recovery should be available.

If recovery in all cases is to be the general rule, then that is best achieved through the route of statutory reform. If there are limits to the extent to which, because of the *Amax* principle, a legislature may limit recovery of taxes by a taxpayer who is at law entitled to recoup them, there would appear to be no limit to the legislature's providing for their recovery. This could take into account the types of variables already mentioned, the nature of the tax, the amounts involved, the times within which a claim may be made, the situation of those who are in a position to recoup themselves from others, and so on. Considerable study has gone into the nature of such legislation in the United States, where several jurisdictions have adopted this expedient: see Pannam, *supra*, at pp. 504 *et seq.* In Canada, see the Law Reform Commission of British Columbia's *Report on Benefits Conferred Under a Mistake of Law* (1981).

The airlines then contended that they should recover on the ground that they were not *in pari delicto* with respect to the imposition and collec-

d'intérêt public peuvent commander la conclusion contraire, mais ces cas exceptionnels ne justifient pas l'extension de la règle générale du non-remboursement d'impôts inconstitutionnels ou *ultra vires*. Comme le souligne le professeur Palmer (*The Law of Restitution*, précité, vol. III, à la p. 247):

> [TRADUCTION] La restitution perturberait beaucoup moins les affaires fiscales du gouvernement dans de tels cas isolés d'erreur qu'elle ne le ferait lorsque de nombreux paiements ont été effectués conformément à une loi fiscale qui est inconstitutionnelle ou invalide pour quelque autre raison.

À mon avis, on ne devrait pas faire de distinction entre les situations qui auraient traditionnellement été considérées comme des erreurs de fait, par exemple celle où une cotisation d'impôt est fondée sur une erreur quant aux faits donnant lieu à l'impôt ou celle d'une erreur de calcul, et les cas où la loi fiscale a été interprétée erronément de manière à soumettre à l'impôt une personne qui, selon le sens véritable de la loi, n'y est pas assujettie. Dans un cas comme dans l'autre, le recouvrement devrait être possible.

Si la règle générale doit être le recouvrement dans tous les cas, la meilleure façon de l'établir est une réforme législative. Bien que le principe posé dans l'arrêt *Amax* fixe des limites à ce que le législateur peut faire pour restreindre le remboursement d'impôts à un contribuable qui y a juridiquement droit, rien ne semble limiter le pouvoir du législateur de prévoir leur remboursement. Ce faisant, le législateur pourrait prendre en considération les diverses variables déjà mentionnées: la nature de l'impôt, les montants en cause, les délais pour faire une réclamation, la situation des personnes qui sont en mesure de répercuter la charge sur autrui, etc. La nature de ce genre de législation a fait l'objet d'abondantes études aux États-Unis, où plusieurs ressorts y ont eu recours: voir Pannam, précité, aux pp. 504 et suiv. Dans le contexte canadien, voir *Report on Benefits Conferred Under a Mistake of Law* (1981), de la Law Reform Commission of British Columbia.

Les lignes aériennes ont soutenu ensuite qu'elles devraient obtenir le remboursement parce qu'elles n'étaient pas *in pari delicto* en ce qui concerne

tion of the tax. They cited in aid *Kiriri Cotton Co. v. Dewoni*, [1960] A.C. 192, at p. 204, where Lord Denning remarked that "If there is something in the defendant's conduct which shows that, of the two of them, he is the one primarily responsible for the mistake—then it may be recovered back". On this issue, I am in substantial agreement with Esson J.A. Like him, I agree that this ground is effectively disposed of by the judgment of Estey J. in *Nepean*, *supra*, at p. 394, in the following passage:

> The parties here did not 'agree' to do something prohibited by the Act. The respondent submitted a claim for payment of charges for power supplied, which were not authorized by the Act under which the parties were operating and the appellant, in all innocence, paid the account so rendered. The "*in pari delicto*" test and its terminology seem most inappropriate and utterly unconnected to the realities of the transaction.

While the province may have been in a better position to determine that the statute was unconstitutional and could therefore be accused, as Esson J.A. calls it, of "sloppy legislative housekeeping", I do not think that changes the picture. The same policy grounds against recovery exist and cannot depend on the competence or care of its legal advisers at the time. At all events, as he notes, it would not be unjust for the province to retain money that it could have obtained in any event by a statute properly framed to do what it purported to do; see *A. J. Seversen Inc. v. Village of Qualicum Beach* (1982), 135 D.L.R. 122 (B.C.C.A.)

Finally, the airlines contended that they paid the tax as a result of practical compulsion. For reasons that are apparent from the views earlier expressed, I do not accept Lambert J.A.'s view that payment under an *ultra vires* statute constitutes "compulsion" within the meaning of the rule sought to be applied here. That would substantially amount to saying, a view I have rejected, that there is a general rule of recovery when taxes are paid under an *ultra vires* statute. What the rule of compulsion seems to require is that there is no practical choice

l'établissement et la perception de la taxe. À l'appui de leur point de vue, elles ont cité l'arrêt *Kiriri Cotton Co. v. Dewoni*, [1960] A.C. 192, à la p. 204, où lord Denning dit que [TRADUCTION] «S'il ressort de la conduite du défendeur que c'est lui qui est le premier responsable de l'erreur, alors la somme peut être recouvrée». Sur ce point, je suis essentiellement du même avis que le juge Esson de la Cour d'appel. Comme lui, j'estime que ce moyen est en fait écarté dans l'extrait suivant des motifs du juge Estey dans l'affaire *Nepean*, précitée, à la p. 394:

> Les parties en l'espèce n'ont pas «convenu» d'accomplir un acte interdit par la Loi. L'intimée a produit une demande de paiement des frais d'électricité fournie, lesquels n'étaient pas autorisés par la Loi régissant les parties, et l'appelante, en toute innocence, a acquitté ce compte. Le critère des «parties à un acte illégal» et sa terminologie semblent vraiment inappropriés et absolument sans rapport avec les faits de l'opération.

S'il se peut que la province ait été mieux placée pour se rendre compte de l'inconstitutionnalité de la loi en cause et puisse donc être accusée, pour employer l'expression du juge Esson, de [TRADUCTION] «laisser-aller dans la gestion de ses affaires législatives», je ne crois pas que cela change quoi que ce soit à la situation. Les mêmes raisons de principe militent contre le remboursement et elles ne peuvent être fonction de la compétence ou de la diligence des conseillers juridiques de la province à l'époque. En tout état de cause, comme l'indique le juge Esson, il ne serait pas injuste que la province conserve des fonds qu'elle aurait pu obtenir de toute façon au moyen d'un texte assez bien rédigé pour atteindre l'objet qu'il visait; voir *A. J. Seversen Inc. v. Village of Qualicum Beach* (1982), 135 D.L.R. 122 (C.A.C.-B.)

Finalement, les lignes aériennes prétendent avoir acquitté la taxe par suite d'une contrainte effective. Pour des raisons qui se dégagent des opinions exprimées précédemment, je ne partage pas l'avis du juge Lambert de la Cour d'appel, selon lequel un paiement effectué conformément à une loi qui est *ultra vires* est un cas de «contrainte» au sens de la règle que l'on cherche à faire appliquer en l'espèce. Cela reviendrait à dire qu'il existe une règle générale permettant le remboursement dans le cas d'impôts payés en vertu d'une loi *ultra vires*,

but to pay in the circumstances, or to put it another way, before a payment will be regarded as involuntary there must be some natural or threatened exercise of power possessed by the party receiving it over the person or property of the taxpayer for which he has no immediate relief than to make the payment; see Pannam, *supra*, pp. 785-87; see in this context *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Lynden Transport Inc. v. R. in Right of British Columbia* (1985), 62 B.C.L.R. 314. Hinkson and Esson JJ.A. examined the factual basis upon which this contention is founded and, in my view, correctly arrived at the conclusion that there was no practical compulsion, and I find it unnecessary to review these again.

point de vue que je rejette. Ce que semble exiger la règle relative à la contrainte est une situation où l'on ne peut en pratique rien faire d'autre que payer dans les circonstances ou, en d'autres termes, pour qu'un paiement soit considéré comme involontaire, la personne qui le reçoit doit avoir exercé en fait ou avoir menacé d'exercer un pouvoir qu'elle détient sur la personne ou les biens du contribuable, de sorte que ce dernier n'a d'autre recours immédiat que de payer; voir Pannam, précité, aux pp. 785 à 787; voir dans ce contexte *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Lynden Transport Inc. v. R. in Right of British Columbia* (1985), 62 B.C.L.R. 314. Les juges Hinkson et Esson de la Cour d'appel ont examiné les faits sur lesquels cet argument est fondé et, avec raison selon moi, sont arrivés à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de contrainte effective et je ne juge pas nécessaire de refaire cet examen.

Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal by Air Canada and Pacific Western Airlines and allow the Crown's cross-appeal against them. I would also allow the appeal of the Crown against Canadian Pacific Airlines. I would order the airlines to repay the Crown the following amounts, respectively: Air Canada, $4,399,642.85; Pacific Western Airlines, $1,934,122.91; Canadian Pacific Airlines, $7,052,785.88.

I would reply to the constitutional questions as follows:

1. Is the *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 162, as amended by S.B.C. 1976, c. 32 and as subsequently amended, *ultra vires* in its application or otherwise constitutionally inapplicable to Air Canada in the circumstances of this case?

A. The Act, as it existed in 1960, was constitutionally invalid, but the amendments of 1976 and 1981 are valid.

2. Does the application of the *Gasoline Tax Act* to Air Canada in the circumstances of this case violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

Dispositif

Pour ces raisons, je suis d'avis de rejeter le pourvoi d'Air Canada et de Pacific Western Airlines et d'accueillir le pourvoi incident formé par la Couronne contre elles. Je suis en outre d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne contre les Lignes aériennes Canadien Pacifique. J'ordonnerais aux lignes aériennes de payer à la Couronne les montants respectifs suivants: Air Canada, 4 399 642,85 $; Pacific Western Airlines Ltd., 1 934 122,91 $; et Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée, 7 052 785,88 $.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. La *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 162, telle que modifiée par S.B.C. 1976, chap. 32 et modifications subséquentes, est-elle *ultra vires* dans son application à Air Canada dans les circonstances de l'espèce ou par ailleurs constitutionnellement inapplicable à cette dernière?

R. La Loi, telle qu'elle existait en 1960, était inconstitutionnelle, mais les modifications y apportées en 1976 et 1981 sont valides.

2. L'application de la *Gasoline Tax Act* à Air Canada dans les circonstances de l'espèce viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

3. If so, is its application justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. It is unnecessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice La Forest on this appeal and I fully agree with his conclusion that the *Gasoline Tax Act, 1948* of British Columbia as it existed in 1974 was *ultra vires* the province and cannot be relied upon by the Crown to justify the collection or retention of the taxes levied against the appellants between 1974 and 1976. I agree with him also that this situation was corrected by the amendments made to the legislation in 1976 and that gasoline tax was properly exigible after 1976.

I take a different view, however, from my colleague of what was done by the province in 1981. I do not doubt for a moment that the province was free in 1981 to impose a retroactive tax covering the period 1974 to 1976. I do not believe, however, that it can do so as a mechanism for the confiscation of payments made under the earlier unconstitutional legislation.

It is, in my view, impossible to divorce s. 25(1) to (4) from s. 25(5). The only possible basis for the confiscation under s. 25(5) is the imposition of the retroactive tax under s. 25(1) to (4). Certainly the payments made under the *ultra vires* legislation could not support such a confiscation since the moneys were not as a constitutional matter properly exigible under that legislation. Moreover, the fact that the amount payable under s. 25(1) to (4) coincides exactly with the amount paid under the *ultra vires* legislation is not, as my colleague suggests, a matter of "good fortune" for the legislature, but makes it perfectly clear that s. 25(1) to (5) were intended to defeat any claim for the return of the money paid under the *ultra vires* legislation. If, of course, such moneys are not recoverable by law in any event, the confiscation provision is unnecessary; the province is then en-

3. Dans l'affirmative, son application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest en l'espèce et je souscris entièrement à sa conclusion que la *Gasoline Tax Act, 1948* de la Colombie-Britannique telle qu'elle était rédigée en 1974 était *ultra vires* de la province et que la Couronne ne peut l'invoquer pour justifier la perception de la taxe et la conservation des sommes versées à ce titre par les appelantes entre 1974 et 1976. Je suis également d'accord avec lui pour dire que la situation a été rectifiée par les modifications apportées à la loi en 1976 et que la taxe sur l'essence a été perçue à bon droit après 1976.

Mon opinion sur ce qu'a fait la province en 1981 diverge toutefois de celle de mon collègue. Je ne doute pas un instant que la province ait été libre en 1981 d'imposer rétroactivement une taxe visant les années 1974 à 1976. Je ne crois cependant pas qu'elle puisse le faire en créant un mécanisme de confiscation des paiements effectués en vertu d'un texte antérieur qui était inconstitutionnel.

À mon avis, il est impossible de séparer les par. 25(1) à (4) du par. 25(5). Le seul fondement possible de la confiscation qu'opère le par. 25(5) est l'imposition de la taxe rétroactive prévue aux par. 25(1) à (4). Il est certain que les paiements faits en conformité avec une loi *ultra vires* ne pourraient justifier une telle confiscation puisque, du point de vue constitutionnel, les sommes en question n'étaient pas légitimement exigibles en vertu de cette loi. De plus, contrairement à ce qu'affirme mon collègue, ce n'est pas par un «heureux hasard» que le montant dû aux termes des par. 25(1) à (4) correspond exactement au montant versé en vertu de la loi *ultra vires*; ce fait indique très nettement que les par. 25(1) à (5) avaient pour but de faire échec à toute demande de remboursement des sommes payées conformément à la loi *ultra vires*. Évidemment, si ces sommes

titled to retain the money and there is nothing in the amended legislation to say that such payments must be applied against the new retroactive tax. The legislation does not require it nor was any claim of set-off made by the Crown. The Crown thus seeks legislatively to have its cake and eat it too. By confiscating the earlier payments it hopes to defeat the claim for their return. By not pleading a set-off it does not have to acknowledge any right on the part of the appellants to the return of such moneys. Instead, by imposing a retroactive tax it purports to create a new base of liability against which the confiscated payments may but do not have to be applied. The imposition of the retroactive tax in the exact amount of the payments made under the *ultra vires* legislation combined with the act of confiscation lead, in my opinion, to the inescapable conclusion that the intent of the province was to defeat any claim for the return of the moneys paid pursuant to the *ultra vires* legislation so as to achieve indirectly what it could not achieve directly, namely the imposition of an *ultra vires* tax. This, in my view, is a clear violation of the principle in *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576 (hereinafter *Amax*). It is an attempt, through the combined effect of a retroactive tax and confiscation of the moneys already paid, to give effect to unconstitutional legislation.

sont de toute façon irrécouvrables en droit, la disposition portant confiscation est superflue, car, à ce moment-là, la province a le droit de conserver ces fonds et il n'y a rien dans la version modifiée de la loi qui dise que les versements en question doivent être portés en diminution de la nouvelle taxe rétroactive. La loi ne l'exige pas; d'ailleurs, la Couronne n'a pas demandé qu'il y ait compensation. La Couronne cherche donc par la voie législative à gagner sur les deux tableaux. En confisquant les premiers versements, elle espère faire échouer toute réclamation visant à en obtenir le remboursement. En n'invoquant pas la compensation, elle évite d'avoir à reconnaître aux appelantes un droit à la restitution des sommes payées par elles. Au lieu de cela, par la création d'une taxe rétroactive, elle prétend établir une nouvelle base d'assujettissement à la taxe à laquelle les versements confisqués peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être imputés. La création d'une taxe rétroactive exactement égale aux paiements effectués en vertu de la loi *ultra vires* ainsi que la confiscation mènent inéluctablement, selon moi, à la conclusion que la province visait à faire échouer toute demande de remboursement des sommes payées en vertu de la loi *ultra vires*, de manière à faire indirectement ce qu'elle ne pouvait faire directement, savoir imposer une taxe qu'elle n'avait pas compétence pour imposer. À mon avis, cela va nettement à l'encontre du principe posé dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 (ci-après *Amax*). Il s'agit d'une tentative, par l'effet combiné d'une taxe rétroactive et de la confiscation des sommes déjà versées, de rendre opérante une loi inconstitutionnelle.

In case I am wrong in this, I propose to consider, as does my colleague, whether the doctrine of mistake of law provides an alternate basis on which the appellants should succeed in their claim for repayment.

Pour le cas où j'aurais tort en cela, je me propose d'examiner, comme mon collègue, si la doctrine de l'erreur de droit pourrait par ailleurs permettre de faire droit à la demande de remboursement présentée par les appelantes.

My colleague expresses the view that moneys paid under a mistake of law should, despite the traditional rule to the contrary, be in general recoverable unless there is some specific reason why they should not be. My colleague reaches this conclusion by discarding the traditional common

Mon collègue se dit d'avis que, malgré la règle traditionnelle contraire, des sommes versées par suite d'une erreur de droit devraient généralement pouvoir être recouvrées, à moins qu'il n'y ait une raison particulière de refuser le recouvrement. Pour arriver à cette conclusion, mon collègue

law distinction between mistake of fact and mistake of law in favour of the equitable doctrine of unjust enrichment. Whatever the nature of the mistake, the key question, my colleague suggests, should be whether the respondent has been unjustly enriched at the appellants' expense or whether there is some specific reason which makes restitution inappropriate in the circumstances. My colleague concludes that there was unjust enrichment in this case but he finds two reasons why restitution is inappropriate. The first is that the appellants in all likelihood passed on the burden of the *ultra vires* tax to their customers; the unjust enrichment of the respondent was therefore not shown to be at the expense of the appellants. The second is that the general rule of recovery should, as a matter of policy, be reversed where the person unjustly enriched is a governmental body.

Before dealing with the suggested exceptions to the general rule I would like to address the underlying rationale for the traditional rule that moneys paid under a mistake of law are irrecoverable. I think it is clearly and succinctly expressed by Lord Ellenborough in *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448, at p. 472 and pp. 449-50 as follows:

> Every man must be taken to be cognizant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case.

In other words, the underlying premise on which the rule is based is that ignorance of the law is no excuse. The citizen is deemed to know the contents of legislation. The appellants in this case knew the law, i.e., that the moneys were payable under the statute then in force and they paid. What they did not know was that the law was unconstitutional. It seems to me, however, that the appellants were entitled in making their payments to rely on the presumption of validity of the legislation and that, if the presumption was not by itself enough, they were entitled to rely on the representation as to its validity by the legislature enacting and administer-

écarte la distinction traditionnelle en *common law* entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, et retient plutôt la doctrine d'*equity* de l'enrichissement illégitime ou enrichissement sans cause. Quelle que soit la nature de l'erreur, la question centrale, soutient mon collègue, devrait être de savoir si l'intimée s'est enrichie injustement aux dépens des appelantes ou s'il existe une raison particulière pour laquelle la restitution n'est pas appropriée dans les circonstances. Mon collègue conclut qu'il y a eu enrichissement illégitime en l'espèce, mais qu'il ne convient pas d'accorder la restitution pour deux raisons. La première est que, selon toute vraisemblance, les appelantes ont fait supporter la charge de la taxe *ultra vires* à leurs clients et, cela étant, il n'a pas été démontré que l'intimée s'est enrichie illégitimement aux dépens des appelantes. La seconde est que la règle générale permettant le recouvrement devrait être écartée, pour des raisons d'intérêt public, lorsque c'est un organisme gouvernemental qui s'est enrichi illégitimement.

Avant de traiter des exceptions proposées à la règle générale, je dirai quelques mots concernant la justification fondamentale de la règle traditionnelle voulant que les sommes versées par suite d'une erreur de droit soient irrécouvrables. Je crois que cette justification est clairement et succinctement exprimée par lord Ellenborough dans la décision *Bilbie v. Lumley* (1802), 2 East 469, 102 E.R. 448, à la p. 472 et aux pp. 449 et 450 où il dit:

> [TRADUCTION] Nul n'est censé ignorer la loi; sinon qui peut dire jusqu'où ira l'excuse d'ignorance. On la soulèverait dans presque tous les cas.

En d'autres termes, la règle repose sur le principe que la méconnaissance du droit applicable n'est pas une excuse. Chaque citoyen est censé connaître la teneur des lois. En l'espèce, les appelantes savaient ce que prévoyait la loi, c'est-à-dire le paiement des sommes en cause aux termes de la loi alors en vigueur et elles les ont payées. Mais elles ne savaient pas que la loi était inconstitutionnelle. Je crois toutefois que, lorsqu'elles ont fait les paiements, les appelantes étaient en droit de présumer la validité de la loi et, si cette présomption ne suffisait pas en elle-même, qu'elles pouvaient se fonder sur le fait que le législateur, en l'adoptant

ing it. It would be my view that the mistake of law doctrine (if it is to be retained) should certainly not be extended to moneys paid under unconstitutional legislation. Otherwise taxpayers will be obliged to check out the constitutional validity of taxing legislation before they pay their taxes in pain of being unable to recover anything paid under unconstitutional laws. In my opinion, this is to place the onus of inquiry as to constitutionality in the wrong place.

If a valid distinction is to be made between payments made in error under perfectly valid legislation (as to which the mistake of law doctrine would seem clearly to apply) and payments made under unconstitutional legislation quite properly presumed by the taxpayer to be constitutional (as to which the doctrine of mistake of law has no application), it is unnecessary for me to consider whether the traditional rule as to the irrecoverability of moneys paid under a mistake of law should be abolished. However, I am in complete agreement with what my colleague has to say on this subject and, were it necessary for me to do so in order to dispose of this case, I would support the minority view expressed by Dickson J. in *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347.

It is, however, my view that payments made under unconstitutional legislation are not "voluntary" in a sense which should prejudice the taxpayer. The taxpayer, assuming the validity of the statute as I believe it is entitled to do, considers itself obligated to pay. Citizens are expected to be law-abiding. They are expected to pay their taxes. Pay first and object later is the general rule. The payments are made pursuant to a perceived obligation to pay which results from the combined presumption of constitutional validity of duly enacted legislation and the holding out of such validity by the legislature. In such circumstances I consider it quite unrealistic to expect the taxpayer to make its payments "under protest". Any taxpayer paying taxes exigible under a statute which it has no reason to believe or suspect is other than valid

et en l'appliquant, l'a présentée comme un texte valide. À mon sens, la doctrine de l'erreur de droit (si elle devait être retenue) ne devrait pas s'étendre aux sommes versées en vertu d'une loi inconstitutionnelle car, si elle l'était, les contribuables seraient obligés de vérifier la constitutionnalité d'une loi fiscale avant d'acquitter leurs impôts, sous peine d'être dans l'impossibilité d'obtenir le remboursement de sommes versées en vertu de lois inconstitutionnelles. J'estime que dans ce cas-là on imposerait aux mauvaises personnes la charge de vérifier la constitutionnalité.

Si on peut valablement faire une distinction entre les paiements effectués par erreur en vertu d'une loi parfaitement valide (paiements auxquels la doctrine de l'erreur de droit semble manifestement applicable) et les paiements faits en vertu d'une loi inconstitutionnelle que le contribuable, à juste titre, a présumée constitutionnelle (paiements auxquels la doctrine de l'erreur de droit ne s'applique pas), je n'ai pas à me demander s'il y a lieu d'abolir la règle traditionnelle rendant irrécouvrables les sommes versées par suite d'une erreur de droit. Toutefois, je partage entièrement l'avis de mon collègue sur ce point et, si cela était nécessaire pour trancher le pourvoi, je donnerais mon adhésion à l'opinion exprimée par le juge Dickson au nom de la minorité dans l'affaire *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347.

J'estime cependant que des paiements effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle ne sont pas «volontaires» dans un sens qui devrait préjudicier au contribuable. Celui-ci, supposant la loi valide, comme il est selon moi en droit de le faire, se considère comme tenu de payer. On s'attend des citoyens qu'ils soient respectueux des lois. On s'attend qu'ils acquittent leurs impôts. Payez d'abord, contestez après, telle est la règle générale. Les paiements sont faits par suite de ce que le contribuable conçoit comme une obligation de payer, obligation qui découle à la fois de la présomption de constitutionnalité d'une loi dûment adoptée et du fait que le législateur la présente comme valide. Dans de telles circonstances, je crois qu'il est tout à fait irréaliste de s'attendre que le contribuable fasse ses paiements «sous réserve». Tout contribua-

should be viewed as having paid pursuant to the statutory obligation to do so.

Based on the foregoing reasoning I conclude that payments made under a statute subsequently found to be unconstitutional should be recoverable and I cannot, with respect, accept my colleague's proposition that the principle should be reversed for policy reasons in the case of payments made to governmental bodies. What is the policy that requires such a dramatic reversal of principle? Why should the individual taxpayer, as opposed to taxpayers as a whole, bear the burden of government's mistake? I would respectfully suggest that it is grossly unfair that X, who may not be (as in this case) a large corporate enterprise, should absorb the cost of government's unconstitutional act. If it is appropriate for the courts to adopt some kind of policy in order to protect government against itself (and I cannot say that the idea particularly appeals to me) it should be one which distributes the loss fairly across the public. The loss should not fall on the totally innocent taxpayer whose only fault is that it paid what the legislature improperly said was due. I find it quite ironic to describe such a person as "asserting a right to disrupt the government by demanding a refund" or "creating fiscal chaos" or "requiring a new generation to pay for the expenditures of the old". By refusing to adopt such a policy the courts are not "visiting the sins of the fathers on the children". The "sin" in this case (if it can be so described) is that of government and only government and government has means available to it to protect against the consequences of it. It should not, in my opinion, be done by the courts and certainly not at the expense of individual taxpayers.

My colleague advances another reason why the appellants should be denied recovery in this case.

ble qui acquitte des impôts exigés par une loi, quand il n'a aucune raison de douter de sa validité, devrait être considéré comme ayant payé en raison d'une obligation légale de le faire.

Compte tenu du raisonnement qui précède, je conclus que des paiements effectués en vertu d'une loi qui est par la suite jugée inconstitutionnelle devraient pouvoir être recouvrés et, avec égards, je ne puis accepter la proposition de mon collègue selon laquelle le principe devrait être écarté pour des raisons d'intérêt public dans le cas de paiements faits à des organismes gouvernementaux. Quel est cet intérêt public qui exige un revirement si spectaculaire du principe? Pourquoi le contribuable individuel, par opposition à l'ensemble des contribuables, devrait-il avoir à supporter le fardeau de l'erreur du gouvernement? Je soutiens, avec égards, qu'il y a injustice flagrante si X, qui peut ne pas être une grande société commerciale (comme en l'espèce), doit supporter le coût de l'acte inconstitutionnel du gouvernement. S'il convient que les tribunaux adoptent une politique quelconque afin de protéger le gouvernement contre lui-même (et je ne trouve pas l'idée particulièrement séduisante), ce devrait être une politique qui répartit la perte équitablement parmi les membres du public. La perte ne devrait pas être subie par un contribuable tout à fait innocent dont la seule faute est d'avoir acquitté ce que le législateur exigeait à tort. Il est plutôt ironique, à mon sens, de dire d'une telle personne qu'elle invoque un «droit de faire obstacle à l'administration des affaires gouvernementales en demandant le remboursement» ou qu'elle crée «le chaos fiscal» ou encore qu'elle «exige qu'une nouvelle génération paye les dépenses de la génération précédente». En refusant d'adopter une politique de ce genre, les tribunaux ne se trouvent pas à «faire retomber sur les enfants les péchés des pères». Le «péché» en l'espèce (s'il peut être ainsi qualifié) a été commis uniquement par le gouvernement et le gouvernement dispose de moyens pour parer à ses conséquences. À mon avis, cela ne devrait pas être fait par les tribunaux et certainement pas aux dépens de contribuables individuels.

Mon collègue avance un autre motif de refuser le recouvrement aux appelantes en l'espèce. Il dit

He says, in effect, that the appellants would be receiving a "windfall" if they received their money back because in all likelihood they have already recouped the payments made on account of the *ultra vires* tax from their customers. In terms of my colleague's analysis, the appellants are unable to show that the unjust enrichment of the province was at their expense. In my view there is no requirement that they be able to do so. Where the payments were made pursuant to an unconstitutional statute there is no legitimate basis on which they can be retained. As Dickson J. stated in *Amax*, *supra*, at p. 590:

> To allow moneys collected under compulsion, pursuant to an *ultra vires* statute, to be retained would be tantamount to allowing the provincial Legislature to do indirectly what it could not do directly, and by covert means to impose illegal burdens.

Likewise, Professor Hogg commenting on *Amax* in his treatise *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) said at p. 349:

> Where a tax has been paid to government under a statute subsequently held to be unconstitutional, can the tax be recovered by the taxpayer? In principle, the answer should be yes. The government's right to the tax was destroyed by the holding of unconstitutionality, and the tax should be refunded to the taxpayer.

Indeed, even on my colleague's unjust enrichment analysis Dickson J. found in *Nepean*, *supra*, that there were no equitable reasons of principle or policy to preclude recovery from Ontario Hydro. He said at p. 373:

> I do not think it is any answer in law for Ontario Hydro to say to Nepean "True, we took your money unlawfully but we do not have to repay it because we mistakenly paid it out to other people". The fact is that Ontario Hydro did receive, and did have the use and benefit of Nepean's money. What it did with it is, as Mr. Laidlaw said, a problem for Ontario Hydro. The mere spending of the money is not, of itself, sufficient to establish a defence (*Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada Ltd.*, *supra*).

If this appeal is properly disposed of on the basis of the equitable doctrine of unjust enrichment, I

en fait que les appelantes feraient un «profit fortuit» si leur argent leur était remboursé parce que, selon toute vraisemblance, elles ont déjà récupéré auprès de leurs clients les sommes payées en acquittement de la taxe *ultra vires*. Suivant l'analyse de mon collègue, les appelantes ne peuvent démontrer que l'enrichissement illégitime de la province a eu lieu à leurs dépens. À mon avis, il n'est pas nécessaire qu'elles soient en mesure de le faire. Lorsque les paiements ont été effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle, rien ne justifie que ces sommes soient retenues. Comme le dit le juge Dickson dans l'affaire *Amax*, précitée, à la p. 590:

> Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi *ultra vires* revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.

De même, le professeur Hogg, commentant l'arrêt *Amax* dans son traité intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), écrit à la p. 349:

> [TRADUCTION] Lorsqu'un impôt a été payé au gouvernement en vertu d'une loi jugée inconstitutionnelle par la suite, le montant de cet impôt peut-il être recouvré par le contribuable? En principe, la réponse devrait être affirmative. Le droit du gouvernement à cette somme a été anéanti par la déclaration d'inconstitutionnalité et l'impôt devrait être remboursé au contribuable.

En fait, même selon le genre d'analyse de l'enrichissement illégitime faite par mon collègue en l'espèce, le juge Dickson a conclu dans l'affaire *Nepean*, précitée, qu'il n'y avait en *equity* aucune raison de principe ou d'intérêt public qui militait contre le recouvrement auprès d'Ontario Hydro. Il dit, à la p. 373:

> Je ne crois pas qu'en droit, Ontario Hydro puisse répondre à Nepean: «C'est vrai, nous avons pris votre argent illégalement, mais nous n'avons pas à le rembourser parce que nous avons commis l'erreur de le verser à d'autres». Le fait est qu'Ontario Hydro a reçu et utilisé l'argent de Nepean et en a profité. Ce qu'elle en a fait, comme l'a dit Me Laidlaw, c'est le problème d'Ontario Hydro. Le simple fait d'avoir dépensé l'argent ne suffit pas en soi à établir un moyen de défense (*Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada Ltd.*, précité).

S'il faut trancher ce pourvoi sur la base de la doctrine de l'enrichissement illégitime selon

see no reason why the same approach taken by Dickson J. towards the difficulties of Ontario Hydro in making restitution should not be taken to any similar difficulties faced by the government of British Columbia.

For all these reasons I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal and, failing agreement as to quantum, I would refer the matter back to the trial judge to determine the amount owing to the appellants for taxes and interest from July 1, 1976 to the date of judgment. I would award the appellants their costs both here and in the courts below.

I agree with my colleague for the reasons given by him that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to this case. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 162, as amended by S.B.C. 1976, c. 32 and as subsequently amended, *ultra vires* in its application or otherwise constitutionally inapplicable to Air Canada in the circumstances of this case?

A. The Act prior to the 1976 amendments was *ultra vires* the Province of British Columbia. The amendments made to the Act in 1981 were also *ultra vires*.

2. Does the application of the *Gasoline Tax Act* to Air Canada in the circumstances of this case violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

3. If so, is its application justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. It is unnecessary to answer this question.

The appeal by Air Canada and Pacific Western Airlines Ltd. should be dismissed, the Crown's cross-appeal against them should be allowed and the Crown's appeal against Canadian Pacific Airlines Ltd. should be allowed, WILSON J. *dissenting in part. As to the first constitutional question,*

l'*equity*, je ne vois rien qui s'oppose à ce que le point de vue adopté par le juge Dickson, face aux difficultés que présentait la restitution pour Ontario Hydro, soit retenu à l'égard de difficultés analogues éprouvées par le gouvernement de la Colombie-Britannique en l'espèce.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident. Dans l'hypothèse d'un désaccord sur le montant, je renverrais la question au juge de première instance pour qu'il fixe la somme due aux appelantes à titre de remboursement de taxes avec intérêts depuis le 1er juillet 1976 jusqu'à la date du jugement. Je suis d'avis d'adjuger aux appelantes leurs dépens en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Comme mon collègue, et pour les mêmes raisons, je pense que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable en l'espèce. Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. La *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 162, telle que modifiée par S.B.C. 1976, chap. 32 et modifications subséquentes, est-elle *ultra vires* dans son application à Air Canada dans les circonstances de l'espèce ou par ailleurs constitutionnellement inapplicable à cette dernière?

R. Avant les modifications de 1976, la Loi était *ultra vires* de la Colombie-Britannique. Les modifications apportées à la Loi en 1981 sont également *ultra vires*.

2. L'application de la *Gasoline Tax Act* à Air Canada dans les circonstances de l'espèce viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

3. Dans l'affirmative, son application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Le pourvoi d'Air Canada et de Pacific Western Airlines Ltd. est rejeté et le pourvoi incident formé par la Couronne contre elles est accueilli; le pourvoi de la Couronne contre Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée est accueilli; le juge WILSON *est dissidente en partie. En ce qui con-*

the Gasoline Tax Act, as it existed in 1960, was constitutionally invalid, but the amendments of 1976 and 1981 were valid. The second constitutional question should be answered in the negative; the third did not need to be answered.

Solicitors for the appellant Air Canada: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the appellants Pacific Western Airlines Ltd. and Canadian Pacific Airlines Ltd.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondents the Province of British Columbia, et al.: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

cerne la première question constitutionnelle, la Gasoline Tax Act, telle qu'elle existait en 1960, était inconstitutionnelle, mais les modifications y apportées en 1976 et 1981 sont valides. La deuxième question constitutionnelle reçoit une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la troisième.

Procureurs de l'appelante Air Canada: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des appelantes Pacific Western Airlines Ltd. et Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée: Davis & Company, Vancouver.

Procureur des intimés la province de la Colombie-Britannique et autres: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Susan Brooks *Appellant*

v.

Canada Safeway Limited *Respondent*

and between

Patricia Allen and Patricia Dixon and the Manitoba Human Rights Commission *Appellants*

v.

Canada Safeway Limited *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) *Intervener*

INDEXED AS: BROOKS *v.* CANADA SAFEWAY LTD.

File No.: 20131.

1988: June 15; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Civil rights — Employment — Sex discrimination — Pregnancy — Company's accident and sickness plan excluding pregnant women from benefits during a seventeen-week period — Whether plan discriminates against pregnant employees — Whether discrimination on the basis of pregnancy is discrimination on the basis of sex — The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

Respondent's group insurance plan provided weekly benefits for loss of pay due to accident or sickness. The plan covered pregnant employees, subject to an exclusion from coverage during the period commencing the tenth week prior to the expected week of confinement and ending with the sixth week after the week of confinement. During that seventeen-week period, pregnant women, even if they suffered from an ailment totally unrelated to pregnancy, were not entitled to any compensation under the plan. The appellants, who worked for the respondent, all became pregnant in 1982 and were denied under the plan weekly benefits during the seventeen-week disentitlement period. They received

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Susan Brooks *Appelante*

c.

Canada Safeway Limited *Intimée*

et entre

Patricia Allen, Patricia Dixon et la Commission des droits de la personne du Manitoba *Appelantes*

c.

Canada Safeway Limited *Intimée*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (F.A.E.J.) *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BROOKS *c.* CANADA SAFEWAY LTD.

N° du greffe: 20131.

1988: 15 juin; 1989: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Libertés publiques — Emploi — Discrimination fondée sur le sexe — Grossesse — Femmes enceintes privées de prestations d'invalidité pendant dix-sept semaines en vertu du régime d'assurance maladie et d'accidents de la société — Le régime crée-t-il de la discrimination envers les employées enceintes? — La discrimination fondée sur la grossesse est-elle de la discrimination fondée sur le sexe? — Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

Le régime d'assurance collective de l'intimée comportait des prestations hebdomadaires en cas de perte de salaire pour cause de maladie ou d'accident. Le régime s'appliquait aux femmes enceintes sauf pendant une période de dix-sept semaines commençant la dixième semaine précédant la semaine présumé de l'accouchement et finissant la sixième semaine après celle de l'accouchement. Pendant ces dix-sept semaines, les femmes enceintes ne pouvaient toucher aucune prestation même si elles souffraient d'une maladie tout à fait étrangère à leur grossesse. Les appelantes, qui étaient employées par l'intimée, sont devenues enceintes en 1982 et se sont fait refuser les prestations payables en

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

instead pregnancy benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The appellants filed complaints with the Manitoba Human Rights Commission alleging that the differential treatment of pregnancy in the respondent's plan constituted discrimination on the basis of sex contrary to s. 6(1) of *The Human Rights Act* of Manitoba. The adjudicator dismissed the claims. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal upheld the adjudicator's decisions.

Held: The appeals should be allowed.

(1) *Discrimination on the Basis of Pregnancy*

The complete disentitlement of pregnant women during a seventeen-week period from receiving accident or sickness benefits under the respondent's plan constitutes discrimination by reason of pregnancy. Pregnant employees receive significantly less favourable treatment under the plan than other employees. The plan singles out pregnancy for disadvantageous treatment, in comparison with any other health reason which may prevent an employee from reporting to work.

Pregnancy, while it is not properly characterized as a sickness or an accident, is a valid health-related reason, in our society, for absence from work and as such should not have been excluded from the respondent's plan. The respondent's plan is designed to compensate employees who are absent from work for valid health-related reasons. Further, in distinguishing pregnancy from all other health-related reasons for not working, the plan imposed unfair disadvantages on pregnant women. Everyone in society benefits from procreation but one of its major costs is placed, under this plan, on one group in society—pregnant women. Removal of unfair disadvantages imposed on groups in society is a key purpose of anti-discrimination legislation. Finding that the respondent's plan is discriminatory furthers this purpose. In sum, where an employer enters the field of compensation for health conditions and then excludes pregnancy as a valid reason for compensation, the employer has acted in a discriminatory fashion. A plan would be considered discriminatory even if it did not exclude coverage for non-pregnancy-related illness and accidents. It is enough that the plan excludes compensation for pregnancy.

The respondent alleged that the decision to exclude pregnancy from the scope of its plan was not a question of discrimination, but a question of deciding to compensate some risks and to exclude others. Underinclusion

vertu du régime pendant la période d'exclusion de dix-sept semaines. Elles ont par contre touché les prestations de maternité prévues à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Les appelantes ont porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba alléguant que la différence de traitement de la grossesse en vertu du régime de l'intimée créait une discrimination fondée sur le sexe et contrevenait au par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba. Un arbitre a rejeté leurs plaintes. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont confirmé les décisions de l'arbitre.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

(1) *Discrimination fondée sur la grossesse*

Priver complètement les femmes enceintes pendant dix-sept semaines des prestations de maladie ou accident payables en vertu du régime de l'intimée crée une discrimination fondée sur la grossesse. En vertu de ce régime, les employées enceintes sont traitées de façon beaucoup moins avantageuse que les autres employés. Le régime singularise la grossesse par un traitement défavorable par rapport aux autres problèmes de santé qui peuvent empêcher de travailler.

Bien que la grossesse ne soit, à proprement parler, ni un accident, ni une maladie, elle constitue cependant, dans notre société, un motif de santé valable pour s'absenter du travail et, à ce titre, elle n'aurait pas dû être exclue du régime de l'intimée. Le régime de l'intimée vise à indemniser les employés qui s'absentent du travail pour des motifs de santé valables. De plus, en faisant une distinction entre la grossesse et tous les autres motifs de santé justifiant une absence du travail, le régime impose des désavantages injustes aux femmes enceintes. Tous les membres de la société profitent de la procréation, mais ce régime en fait cependant porter un des principaux coûts à un seul groupe de personnes dans la société, celui des femmes enceintes. La suppression des désavantages injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des lois anti-discrimination. Conclure que le régime de l'intimée est discriminatoire sert cet objet. Un employeur qui fournit un régime d'assurance santé et en exclut la grossesse comme motif valable d'indemnisation agit donc de façon discriminatoire. Un régime serait considéré discriminatoire même s'il n'excluait pas l'indemnisation des maladies et des accidents qui n'ont pas de rapport avec la grossesse. Il suffit qu'il exclut l'indemnisation pour la grossesse.

L'intimée soutient que la décision d'exclure la grossesse de la couverture du régime ne relève pas de la discrimination, mais de la décision d'indemniser certains risques et de ne pas couvrir les autres. Cette couverture

may be simply a backhanded way of permitting discrimination. Once an employer decides to provide an employee benefit package, exclusions from such schemes may not be made, like in this case, in a discriminatory fashion.

Section 19(*h*)(vii) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* regulations, while it addresses employer plans which do not compensate pregnant women during the seventeen-week period, does not constitute a permissible distinction pursuant to s. 7(2) of the Manitoba *Human Rights Act*. Distinction along sex lines might have been permissible in employee benefit plans only if such regulations had been passed pursuant to s. 7(2). In the absence of regulations under that provision, discrimination in employee benefit packages is not permissible.

(2) *Discrimination on the Basis of Sex*

Discrimination on the basis of pregnancy is discrimination on the basis of sex. The decision of this Court in *Bliss*, which reached the opposite conclusion, is inconsistent with the Court's approach to interpreting human rights legislation taken in subsequent cases and should no longer be followed. Pregnancy discrimination is a form of sex discrimination simply because of the basic biological fact that only women have the capacity to become pregnant. Appellants' disfavoured treatment under the plan flowed entirely from their state of pregnancy, a condition unique to women. Those who bear children and benefit society as a whole should not be economically or socially disadvantaged. It is thus unfair to impose all of the costs of pregnancy upon one half of the population.

It is also wrong to believe that pregnancy related discrimination could not be sex discrimination because not all women become pregnant. While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Indeed, pregnancy cannot be separated from gender. The fact, therefore, that the plan did not discriminate against all women, but only against pregnant women, did not make the impugned distinction any less discriminating.

Cases Cited

Overruled: *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; **not followed**: *Geduldig v. Aiello*,

sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de tolérer la discrimination. Dès qu'un employeur décide d'accorder des avantages sociaux à un employé, les exclusions de ce régime ne peuvent être faites de façon discriminatoire, comme en l'espèce.

Bien que le sous-al. 19*h*)(vii) du Règlement d'application de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* porte précisément sur les régimes fournis par les employeurs qui n'indemnisent pas la femme enceinte pendant la période de dix-sept semaines, il ne constitue pas une distinction permise en vertu du par. 7(2) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba. Les distinctions fondées sur le sexe pourraient être permises dans des régimes d'avantages sociaux s'il existait un règlement d'application du par. 7(2). Faute de règlement d'application de cette disposition, la discrimination n'est pas permise dans les régimes d'avantages sociaux des employés.

(2) *Discrimination fondée sur le sexe*

La discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe. L'arrêt *Bliss* de cette Cour, qui a jugé le contraire, est incompatible avec l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne suivie par cette Cour dans plusieurs arrêts subséquents et il n'y a plus lieu de le suivre. La discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes. Le traitement désavantageux auquel les appelantes ont été soumises découlait entièrement de leur grossesse, situation où seules les femmes peuvent se trouver. Celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population.

On ne saurait prétendre que la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne deviennent pas enceintes. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne qui n'appartient pas à ce groupe. La grossesse est indissociable du sexe. Le fait que le régime ne crée pas de discrimination envers toutes les femmes, mais seulement envers les femmes enceintes, ne rend pas la distinction contestée moins discriminatoire.

Jurisprudence

Arrêt renversé: *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; **arrêts non suivis**: *Geduldig v.*

417 U.S. 484 (1974); *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976); **referred to**: *Nashville Gas Co. v. Satty*, 434 U.S. 136 (1977); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Century Oils (Canada) Inc. v. Davies* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 358; *Canada Safeway Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832*, [1981] 2 S.C.R. 180; *Canada Safeway Ltd. v. Steel*, [1985] 1 W.W.R. 479 (Man. C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1985] 1 S.C.R. x (*sub nom. Manitoba Human Rights Commission v. Canada Safeway Ltd.*)

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3), S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4.

Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, ss. 6(1) [am. 1976, c. 48, s. 6; am. 1977, c. 46, ss. 2, 3; am. 1982, c. 23, s. 9], 7(2) [rep. & subs. 1976, c. 48, s. 11; am. 1977, c. 46, s. 2; am. 1982, c. 23, s. 20], 19 [am. 1978, c. 43, s. 4].

Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2)(f).

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 30 [am. 1974-75-76, c. 66, s. 22; am. 1976-77, c. 54, s. 38].

Unemployment Insurance Regulations, C.R.C. 1978, c. 1576, s. 19(*h*)(vii) [am. SOR/85-3, s. 2].

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

MacPherson, James. "Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade" (1980), 1 C.H.R.R. c/7.

Pannick, David. *Sex Discrimination Law*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

APPEALS from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 42 Man. R. (2d) 27, 7 C.H.R.R. D/3475, affirming a judgment of Simonsen J. (1985), 38 Man. R. (2d) 192, 86 CLLC ¶ 17, 010, 7 C.H.R.R. D/3185, which affirmed the decisions of a Board of Adjudication

Aiello, 417 U.S. 484 (1974); *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976); **arrêts mentionnés**: *Nashville Gas Co. v. Satty*, 434 U.S. 136 (1977); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Century Oils (Canada) Inc. v. Davies* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 358; *Canada Safeway Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832*, [1981] 2 R.C.S. 180; *Canada Safeway Ltd. v. Steel*, [1985] 1 W.W.R. 479 (C.A. Man.), demande d'autorisation de pourvoi rejetée, [1985] 1 R.C.S. x (*sub nom. Manitoba Human Rights Commission v. Canada Safeway Ltd.*)

Lois et règlements cités

Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, chap. 45, art. 9(2)f).

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 30 [mod. 1974-75-76, chap. 66, art. 22; mod. 1976-77, chap. 54, art. 38].

Loi nº 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 4.

Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1) [mod. 1976, chap. 48, art. 6; mod. 1977, chap. 46, art. 2, 3; mod. 1982, chap. 23, art. 9], 7(2) [abr. & rempl. 1976, chap. 48, art. 11; mod. 1977, chap. 46, art. 2; mod. 1982, chap. 23, art. 20], 19 [mod. 1978, chap. 43, s. 4].

Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C. 1978, chap. 1576, art. 19*h*)(vii) [mod. DORS/85-3, art. 2].

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

MacPherson, James. «Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade» (1980), 1 C.H.R.R. c/7.

Pannick, David. *Sex Discrimination Law*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 42 Man. R. (2d) 27, 7 C.H.R.R. D/3475, qui a confirmé une décision du juge Simonsen (1985), 38 Man. R. (2d) 192, 86 CLLC ¶ 17, 010, 7 C.H.R.R. D/3185, qui confirmait la décision d'un tribunal d'arbitrage (1984), 6

(1984), 6 C.H.R.R. D/2560 and (1985), 6 C.H.R.R. D/2840. Appeals allowed.

Aaron L. Berg and *Gordon Hannon*, for the appellants.

Roger J. Hansell, Q.C., and *Bruce Bowman*, for the respondent.

C. Lynn Smith and *Kathryn Thomson*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue to be considered in these appeals is whether a company accident and sickness plan which exempts pregnant women from benefits during a seventeen-week period discriminates because of sex, as prohibited by *The Human Rights Act* of Manitoba, S.M. 1974, c. 65.

In March of 1983, Susan Brooks, of Brandon, Manitoba, laid a complaint before the Manitoba Human Rights Commission against her employer, Canada Safeway Ltd. (Safeway), on the ground that Safeway's employee benefit plan contravened s. 6(1) of *The Human Rights Act* of Manitoba. Mrs. Brooks said the plan discriminated on the basis of sex and family status in denying certain benefits to pregnant women. At a later date Patricia Allen and Patricia Dixon laid similar complaints. The Attorney General of Manitoba, the Honourable Roland Penner, Q.C., appointed J. F. Reeh Taylor, Q.C., a Board of Adjudication to hear and decide the three complaints. The adjudicator held against the complainants, as did the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal for Manitoba. Leave was granted to appeal to this Court, [1987] 1 S.C.R. vi.

I

Facts

Susan Brooks, Patricia Allen and Patricia Dixon were part-time cashiers employed by Safeway. All three became pregnant during 1982. Safeway maintains a group insurance plan that, among other forms of coverage, provides weekly benefits

C.H.R.R. D/2560 et (1985), 6 C.H.R.R. D/2840. Pourvois accueillis.

Aaron L. Berg et *Gordon Hannon*, pour les appelantes.

Roger J. Hansell, c.r., et *Bruce Bowman*, pour l'intimée.

C. Lynn Smith et *Kathryn Thomson*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Les présents pourvois visent essentiellement à déterminer si le régime d'assurance maladie et accidents d'une société commerciale qui prive les femmes enceintes du versement de prestations pendant une période de dix-sept semaines crée une discrimination fondée sur le sexe, ce qu'interdit la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba, S.M. 1974, chap. 65.

En mars 1983, Susan Brooks, de Brandon (Manitoba), a porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba contre son employeur, Canada Safeway Ltd. (Safeway), pour le motif que le régime d'avantages sociaux des employés violait le par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba. Selon Mme Brooks, le régime crée une discrimination fondée sur le sexe et le statut familial parce qu'il prive les femmes enceintes de certaines prestations. Par la suite, Patricia Allen et Patricia Dixon ont déposé des plaintes semblables. Le procureur général du Manitoba, l'honorable Roland Penner, c.r., a désigné Me J. F. Reeh Taylor, c.r., à titre de tribunal d'arbitrage pour juger les trois plaintes. L'arbitre a rejeté les trois plaintes, comme l'ont également fait la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel du Manitoba. Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi, [1987] 1 R.C.S. vi.

I

Les faits

Susan Brooks, Patricia Allen et Patricia Dixon étaient caissières à temps partiel chez Safeway. Elles sont toutes trois devenues enceintes en 1982. Safeway offre un régime d'assurance collective qui comporte dans ses avantages des prestations heb-

for loss of pay due to accident or sickness. Safeway describes its benefit package to employees in a pamphlet entitled *Group Insurance Benefits For You and Your Dependents* as follows:

Weekly benefits are payable in event of loss of earnings due to accident or sickness which prevents you from performing any and every duty pertaining to your employment or occupation. You need not be house-confined; however, you must be under the direct care of a physician.

To qualify for coverage under the plan, an employee must have worked for Safeway for three consecutive months. Benefits are payable to a maximum of 26 weeks during any continuous period of disability. Employees receive two-thirds of weekly salary up to a ceiling of $189 per week.

Prior to an amendment on January 1, 1981, pregnancy was exempted from coverage under the plan. At the time each of the appellants became pregnant the plan provided:

Disability benefits will also be made available for pregnancy related illness. However, disability benefits will not be payable:

a) during the period commencing with the tenth week prior to the expected week of confinement and ending with the sixth week after the week of confinement;

b) during any period of formal maternity leave taken by the employee pursuant to provincial or federal law or pursuant to mutual agreement between the employee and the Company, or

c) during any period for which the employee is paid Unemployment Insurance maternity benefits.

There is no dispute that the Safeway plan treats pregnancy differently from other health-related causes of inability to work. Pregnant employees are excluded from receiving any benefits during what is referred to as the "10-1-6" period, namely, the ten weeks before the anticipated date of birth, the actual birth week, and six weeks after. During this seventeen-week period, the exemption from coverage is absolute regardless of the reason an employee is unable to report to work. Pregnant women suffering from non-pregnancy-related afflictions are ineligible for benefits simply

domadaires en cas de perte de salaire pour cause de maladie ou d'accident. Dans un dépliant intitulé [TRADUCTION] *Vos prestations d'assurance collective et celles des personnes à votre charge*, Safeway énumère ainsi les avantages offerts:

[TRADUCTION] Des prestations hebdomadaires sont versées en cas de perte de salaire pour cause de maladie ou d'accident qui vous empêche totalement d'occuper votre emploi. Il n'est pas nécessaire que vous soyez obligé de rester chez vous, mais il faut que vous soyez suivi par un médecin.

Pour bénéficier du régime, l'employé doit avoir été au service de Safeway pendant trois mois consécutifs. Les prestations peuvent être payées pendant un maximum de 26 semaines pour chaque période d'invalidité continue. Les employés touchent les deux-tiers de leur salaire hebdomadaire jusqu'à concurrence de 189 $ par semaine.

Avant une modification apportée le 1er janvier 1981, le régime ne s'appliquait pas à la grossesse. À l'époque où les appelantes sont devenues enceintes, le régime prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Les prestations d'incapacité s'appliquent aussi aux maladies liées à une grossesse. Cependant aucune prestation n'est payable

a) pendant la période s'étendant de la dixième semaine précédant la semaine présumée de l'accouchement jusqu'à la fin de la sixième semaine suivant celle de l'accouchement;

b) pendant le congé officiel de maternité dont l'employée jouit en vertu d'une loi provinciale ou fédérale ou en vertu d'une entente intervenue entre l'employée et la société, ou

c) pendant la période au cours de laquelle l'employée reçoit la prestation de maternité de l'assurance-chômage.

Personne ne conteste que le régime de Safeway traite la grossesse différemment des autres incapacités de travailler liées à la maladie. Les employées enceintes ne peuvent recevoir aucune prestation pendant la période dite «10-1-6», savoir pendant les dix semaines précédant la semaine prévue de l'accouchement, la semaine de l'accouchement et les six semaines qui la suivent. Pendant ces dix-sept semaines, la couverture est inexistante quelle que soit la raison pour laquelle l'employée est incapable de travailler. Les femmes enceintes qui souffrent d'une maladie indépendante de leur grossesse

because they are pregnant. Women who are unable to work because of pregnancy-related complications are also not eligible to receive weekly benefits. The mere fact of pregnancy disentitles Safeway's female employees from receiving standard compensation for temporary disability during the "10-1-6" period.

For part of the period during which pregnant women are ineligible to receive disability benefits, some coverage is available under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended. At the relevant time s. 30 of that Act provided for the payment of weekly benefits for unemployment resulting from pregnancy for a maximum of fifteen weeks in the following periods:

30. ...

(2) Benefits under this section are payable for each week of unemployment in the period

(*a*) that begins

(i) eight weeks before the week in which her confinement is expected, or

(ii) the week in which her confinement occurs,

whichever is the earlier, and

(*b*) that ends

(i) seventeen weeks after the week in which her confinement occurs, or

(ii) fourteen weeks after the first week for which benefits are claimed and payable in any benefit period under this section,

whichever is the earlier,

if such a week of unemployment is one of the first fifteen weeks for which benefits are claimed and payable in her benefit period.

Section 30 was substantially amended in *An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4.

The maternity benefits available under the *Unemployment Insurance Act, 1971* did not constitute an exact substitute for the coverage that would be provided by the Safeway plan. Women were only entitled to a maximum of fifteen weekly payments under the *Unemployment Insurance Act,*

n'ont droit à aucune indemnité simplement parce qu'elles sont enceintes. Les femmes incapables de travailler à cause de complications de leur grossesse n'ont pas non plus droit aux prestations hebdomadaires. Le seul fait d'être enceinte prive les employées de Safeway des prestations qui seraient normalement payables pendant la période «10-1-6».

Pendant une partie de la période où elle est privée des prestations du régime d'invalidité, une femme enceinte peut recevoir les prestations prévues à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 et modifications. À l'époque, l'art. 30 de cette Loi prévoyait le versement de prestations hebdomadaires pour le chômage résultant d'une grossesse pendant quinze semaines au maximum déterminées comme suit:

30. ...

(2) Les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui, en retenant la première en date des semaines en question,

a) commence

(i) huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement, ou

(ii) la semaine de son accouchement

et

b) se termine

(i) dix-sept semaines après celle de l'accouchement, ou

(ii) quatorze semaines après la première semaine où les prestations sont demandées et payables au cours de toute période de prestations en vertu du présent article,

si cette semaine de chômage est l'une des quinze premières pour lesquelles les prestations sont demandées et payables au cours de sa période de prestations.

L'article 30 a été considérablement modifié par la *Loi nº 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 4.

Les prestations de maternité payables en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ne correspondaient pas exactement à celles que le régime de Safeway prévoyait. En vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, les femmes n'avaient droit qu'à un maximum de quinze semai-

1971 but were deprived of seventeen weeks of benefits under the Safeway plan. For two weeks Safeway employees unable to work by reason of pregnancy were without a source of unemployment benefits. Employees also received less money per week under the *Unemployment Insurance Act, 1971* provisions than they would have if they were entitled to recover under the Safeway plan. Benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971* were calculated on the basis of 60 per cent of eligible income. The Safeway plan, in contrast, provided 66⅔ per cent of weekly earnings. The qualifying period for benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971* was also significantly longer than the qualifying period under the Safeway plan. During the relevant period, s. 30(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* required a woman to have ten weeks of insurable earnings in the twenty-week period immediately preceding the thirtieth week before the expected date of childbirth, in other words, to have commenced work at least forty weeks before the anticipated date of birth. The Safeway plan entitled employees to full coverage after only three months of employment.

All three appellants applied for weekly benefits under the Safeway plan for a period of pregnancy related disability that included the seventeen-week disentitlement period. All three claims were refused. The appellants applied for, and received, pregnancy benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Each appellant received less money than she would have received had she been eligible under the Safeway plan. We were told, for example, that in the case of Mrs. Brooks, Unemployment Insurance provided $133.47 weekly, compared to approximately $188 weekly she might have received under the Safeway plan.

Each of the appellants filed a complaint with the Manitoba Human Rights Commission alleging that the differential treatment of pregnancy in the Safeway plan constituted discrimination on the basis of sex and on the basis of family status

nes de prestations, alors qu'en vertu du régime de Safeway, elles étaient privées de dix-sept semaines de prestation. Pendant deux semaines, les employées de Safeway incapables de travailler pour cause de grossesse se trouvaient sans aucune prestation d'assurance-chômage. Les prestations payables en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* étaient aussi inférieures à celles auxquelles les employées auraient eu droit en vertu du régime de Safeway. En vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, les prestations étaient établies à 60 p. 100 du revenu admissible. Le régime de Safeway, par contre, octroyait 66⅔ p. 100 des gains hebdomadaires. En vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, la période de référence était beaucoup plus longue que celle fixée dans le régime de Safeway. Le paragraphe 30(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* exigeait qu'une employée ait dix semaines de revenus assurables au cours des vingt semaines qui précèdent immédiatement la trentième semaine avant la date présumée de l'accouchement. En d'autres termes, elle doit avoir commencé à travailler au moins quarante semaines avant la date prévue de l'accouchement. Le régime de Safeway donnait droit à la couverture complète après seulement trois mois d'emploi.

Les trois appelantes ont demandé les prestations hebdomadaires prévues au régime de Safeway pour la période d'incapacité causée par leur grossesse qui comprenait la période d'exclusion de dix-sept semaines. Les trois réclamations ont été rejetées. Les appelantes ont demandé et reçu les prestations de maternité prévues à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le montant reçu par chaque appelante était inférieur à ce qu'elle aurait reçu si le régime de Safeway s'était appliqué. On nous a indiqué, par exemple, que pour Mme Brooks l'assurance-chômage a versé 133,47 $ par semaine, alors qu'en vertu du régime de Safeway elle aurait pu recevoir environ 188 $ par semaine.

Chacune des appelantes a porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba alléguant que la différence de traitement appliqué au cas de grossesse en vertu du régime de Safeway constitue une discrimination

contrary to s. 6(1) of *The Human Rights Act* of Manitoba.

II

Legislation

At the time of the applications, the relevant sections of the Manitoba *Human Rights Act* provided:

Discrimination prohibited in employment

6 (1) Every person has the right of equality of opportunity based upon bona fide qualifications in respect of his occupation or employment or in respect of training for employment or in respect of an intended occupation, employment, advancement or promotion, and in respect of his membership or intended membership in a trade union, employers' organization or occupational association; and, without limiting the generality of the foregoing

(a) no employer or person acting on behalf of an employer, shall refuse to employ, or to continue to employ or to train the person for employment or to advance or promote that person, or discriminate against that person in respect of employment or any term or condition of employment;

(b) no employment agency shall refuse to refer a person for employment, or for training for employment, and

(c) no trade union, employers' organization or occupational association shall refuse membership to, expel, suspend or otherwise discriminate against that person; or negotiate, on behalf of that person, an agreement that would discriminate against him;

because of the race, nationality, religion, colour, sex, age, marital status, physical or mental handicap, ethnic or national origin, or political beliefs or family status of that person.

Exception

7 (2) No provision of section 6 or subsection (1) shall prohibit a distinction on the basis of age, sex, family status, physical or mental handicap or marital status

(a) of any employee benefit plan or in any contract which provides an employee benefit plan, if the Commission is satisfied on the basis of the guidelines set

fondée sur le sexe et sur le statut familial en contravention du par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba.

II

Les textes législatifs

. À l'époque des demandes, les articles applicables de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba étaient ainsi conçus:

[TRADUCTION] **Discrimination interdite dans la main-d'œuvre**

6 (1) Toute personne a le droit à l'égalité des chances, fondée sur sa véritable compétence professionnelle, dans son travail, à son emploi ou dans son cours de formation professionnelle, en matière de demande de travail, d'emploi ou de promotion ainsi qu'à l'égard de son appartenance à un syndicat ouvrier, à une association d'employeurs ou à une association professionnelle ou de son désir d'en devenir membre et, notamment:

a) ni un employeur ni un représentant d'un employeur ne peuvent refuser d'employer, de continuer à employer une personne ou d'offrir à celle-ci un cours de formation professionnelle ni refuser à celle-ci une promotion ou un avancement ni faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou de conditions de travail;

b) une agence de placement ne peut refuser d'aboucher une personne pour les fins d'un emploi ou d'un cours de formation professionnelle;

c) ni un syndicat ouvrier ni une association d'employeurs ni une association professionnelle ne peuvent refuser d'admettre une personne comme membre, expulser ou radier un membre ou faire preuve autrement de discrimination à son égard, ni négocier, au nom de cette personne, une convention qui serait discriminatoire à son égard,

pour des raisons de race, de nationalité, de religion, de couleur, de sexe, d'âge, d'état matrimonial, de déficience physique ou mentale, d'origine ethnique ou nationale, de convictions politiques ou de statut familial.

Exception

7 (2) Aucune disposition de l'article 6 ou du paragraphe (1) du présent article n'empêche d'établir une distinction fondée sur l'âge, le sexe, le statut familial, la déficience physique ou mentale, ou l'état matrimonial,

a) dans le contexte d'un régime de prestations payables aux employés ou dans un contrat qui prévoit un régime de prestations payables aux employés, si la

out in the regulations that the distinction is not discriminatory or that the employee benefit can be provided only if the distinction is permitted;

In 1987 the Manitoba *Human Rights Act* was repealed and replaced by *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45. Section 6 of the former Act was replaced by s. 9 which prohibits discrimination on a number of grounds including:

9 (2) ...

(f) sex, including pregnancy, the possibility of pregnancy, or circumstances related to pregnancy;

III

The Human Rights Tribunal

1. *The Complaint of Susan Brooks*

The complaint of Mrs. Brooks was heard before the complaints of the other two appellants: (1984), 6 C.H.R.R. D/2560. Adjudicator Taylor concluded that the complaint of Mrs. Brooks had been filed out of time. Section 19 of *The Human Rights Act* required a complaint to be filed with the Commission "not later than 6 months after the date of the alleged contravention or, where a continuing contravention is alleged, after the date of the last alleged contravention . . ." Mrs. Brooks filed her complaint on March 22, 1983. The adjudicator found that the contravention, if any, occurred at the beginning of the disentitlement period, on or about August 30, 1982, when Safeway notified Mrs. Brooks that she was denied benefits. Adjudicator Taylor did not regard Safeway's refusal to pay benefits throughout the seventeen-week period as a continuing contravention within the meaning of the statute.

In anticipation of the two other complaints, and in the event he had erred in holding the complaint by Mrs. Brooks to be out of time, Adjudicator Taylor dealt with the merits of Mrs. Brooks' complaint. He considered first the question whether the Safeway plan did in fact discriminate against pregnant employees. The adjudicator made the following remarks (at p. D/2562):

Commission, en se fondant sur les lignes de conduite établies dans les règlements, conclut que la distinction n'est pas discriminatoire et que l'employé ne peut bénéficier des prestations que si la distinction est permise;

En 1987, la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba a été abrogée et remplacée par le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, chap. 45. L'article 9 du Code a remplacé l'art. 6 de la Loi. L'article 9 interdit la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs, notamment:

9 (2) ...

f) le sexe, y compris la grossesse, la possibilité de grossesse ou les circonstances se rapportant à la grossesse;

III

Le tribunal des droits de la personne

1. *La plainte de Susan Brooks*

La plainte de Mme Brooks a été entendue avant celle des deux autres appelantes: (1984), 6 C.H.R.R. D/2560. L'arbitre Taylor a conclu que la plainte de Mme Brooks n'avait pas été déposée dans les délais requis. L'article 19 de la *Loi sur les droits de la personne* exigeait que la plainte soit déposée auprès de la Commission [TRADUCTION] «dans les six mois de la date à laquelle l'infraction aurait été commise ou, dans le cas d'une infraction continue, de la date où l'infraction aurait été commise la dernière fois . . .» Madame Brooks a déposé sa plainte le 22 mars 1983. L'arbitre a conclu, que s'il y avait eu infraction, elle s'était produite au début de la période d'exclusion, vers le 30 août 1982, quand Safeway a avisé Mme Brooks qu'elle n'avait pas droit aux prestations. L'arbitre Taylor n'a pas considéré que le refus de Safeway de verser les prestations pendant la période de dix-sept semaines constituait une infraction continue au sens de la Loi.

En raison des deux autres plaintes et au cas où il aurait tort de conclure que la plainte de Mme Brooks était prescrite, l'arbitre Taylor a jugé sa plainte au fond. Il a d'abord examiné si le régime de Safeway créait effectivement une discrimination envers les employées enceintes. L'arbitre a fait les constatations suivantes (à la p. D/2562):

It is a simple fact, undisputed by the Respondent, that the treatment accorded a pregnant employee under the Canada Safeway Limited accident and sickness plan is markedly different from that accorded any other employee. Indeed, it is not merely pregnancy-related problems that are not covered under the plan during the seventeen-week period referred to above; any accident or sickness, whether pregnancy-related or not, occurring during the same seventeen weeks is excluded from the Canada Safeway Limited plan, and the pregnant employee must, during that limited time, rely upon benefits obtainable from the Unemployment Insurance Commission. Even if she qualified to receive U.I.C. benefits during the entire seventeen weeks, the pregnant employee will receive a lesser amount during that period than would a non-pregnant employee who was away from work by reason of some other physical disability.

[TRADUCTION] Il est clair, et l'intimée ne le conteste pas, qu'en vertu du régime d'assurance maladie et accidents de Canada Safeway Limited, les employées enceintes sont traitées très différemment des autres employés. En fait, ce ne sont pas seulement les problèmes liés à la grossesse qui sont exclus du régime pendant la période de dix-sept semaines déjà mentionnée; tous les accidents et toutes les maladies qui surviennent durant cette période de dix-sept semaines, qu'ils aient ou non un rapport avec la grossesse, sont exclus du régime de Canada Safeway Limited. Pendant cette période, l'employée enceinte doit se contenter des prestations payables par la Commission d'assurance-chômage. Même si elle est admissible aux prestations de la C.A.C. pendant toute la période de dix-sept semaines, l'employée enceinte recevra un montant inférieur à celui que recevrait un employé absent de son travail pendant la même période à cause d'une incapacité autre que la grossesse.

Adjudicator Taylor had no difficulty in concluding that Safeway's plan, "while by all accounts a generous one, does in fact discriminate against pregnant employees."

L'arbitre Taylor n'a pas hésité à conclure que, même si le régime de Safeway [TRADUCTION] «était généreux à tous points de vue, il créait, de fait, une discrimination envers les employées enceintes».

Having established the existence of pregnancy-based discrimination, the adjudicator then focussed his attention on the question whether to discriminate against someone because of her pregnancy is to discriminate against her "because of (her) sex or family status". He was of the view that the concept of family status was inapplicable to pregnancy since in his view an unborn child is not yet a member of a "family" and therefore could not be considered as part of a complaint of discrimination because of family status.

Ayant constaté l'existence d'une discrimination fondée sur la grossesse, l'arbitre s'est ensuite demandé si une mesure discriminatoire visant une femme à cause de sa grossesse constituait une discrimination fondée «sur le sexe ou le statut familial» de cette personne. Il a conclu que la notion de statut familial n'englobait pas la grossesse puisque, d'après lui, l'enfant à naître n'est pas encore membre d'une «famille» et qu'en conséquence on ne peut en tenir compte à l'occasion d'une plainte de discrimination fondée sur le statut familial.

Adjudicator Taylor then rejected the argument that discrimination on the basis of pregnancy is discrimination on the basis of sex. He relied on the decision of this Court in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, the Court held that s. 46 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which disentitled pregnant women from receiving basic unemployment benefits, restricting them to special maternity benefits during a portion of their pregnancy, did not deny women the right to equality free from discrimination on the basis of sex, guaranteed by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App.

L'arbitre Taylor a ensuite rejeté l'argument voulant que la discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe. Il s'est appuyé sur l'arrêt de cette Cour *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'arrêt *Bliss*, la Cour a statué que l'art. 46 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui empêche les femmes enceintes de toucher les prestations de base de l'assurance-chômage et les limite aux prestations spéciales de maternité pendant une partie de leur grossesse, ne les prive pas du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe garanti par l'al. 1*b*) de la *Déclaration*

III. Adjudicator Taylor noted that *Bliss* had been followed across the country and that courts in England and in the United States had also concluded that discrimination on the basis of pregnancy did not amount to sex discrimination. He observed that after the Supreme Court of the United States of America had held in *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976), and *Nashville Gas Co. v. Satty*, 434 U.S. 136 (1977), that discrimination by reason of pregnancy was not synonymous with discrimination by reason of sex, the Congress of the United States enacted a bill amending Title VII of the *Civil Rights Act of 1964* so as to include, within the meaning of discrimination on the basis of sex, discrimination based upon pregnancy, childbirth or related medical conditions. The adjudicator also pointed to the fact that some provinces had amended their human rights legislation in the wake of *Bliss* to add pregnancy as a prohibited ground of discrimination. Adjudicator Taylor interpreted these amendments as recognition that sex discrimination does not include discrimination on the basis of pregnancy. Absent a broadened definition, the adjudicator concluded he was bound by *Bliss* to hold that discrimination on the basis of pregnancy was not sex discrimination.

2. *The Complaints of Patricia Allen and Patricia Dixon*

The complaints of the appellants Mrs. Allen and Mrs. Dixon were heard by Adjudicator Taylor one month after the decision in Mrs. Brooks' complaint. For the reasons given in *Brooks*, the adjudicator held that the appellants had not suffered discrimination on the basis of sex or family status contrary to s. 6(1) of the Manitoba *Human Rights Act*: (1985), 6 C.H.R.R. D/2840.

IV

The Manitoba Court of Queen's Bench

Mrs. Brooks, Mrs. Allen, Mrs. Dixon and the Human Rights Commission of Manitoba appealed the decisions of Adjudicator Taylor. Simonsen J.

canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III. L'arbitre Taylor a souligné que l'arrêt *Bliss* a été suivi partout au pays et que les tribunaux anglais et américains ont aussi conclu que la discrimination en raison de la grossesse ne crée pas une discrimination fondée sur le sexe. Il a fait remarquer qu'après que la Cour suprême des États-Unis d'Amérique eut conclu, dans les arrêts *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976), et *Nashville Gas Co. v. Satty*, 434 U.S. 136 (1977), que la discrimination fondée sur la grossesse n'était pas synonyme de discrimination fondée sur le sexe, le Congrès des États-Unis a adopté une loi modifiant le Titre VII de la *Civil Rights Act of 1964* pour dire que l'expression [TRADUCTION] «discrimination fondée sur le sexe» vise la discrimination fondée sur la grossesse, l'accouchement et les états de santé qui y sont reliés. L'arbitre a aussi souligné que certaines provinces ont modifié leurs lois sur les droits de la personne à la suite de l'arrêt *Bliss* pour ajouter la grossesse dans les motifs de discrimination prohibée. L'arbitre Taylor a vu dans ces modifications la confirmation que la discrimination fondée sur le sexe n'englobe pas la discrimination fondée sur la grossesse. Vu l'absence d'une définition plus large, l'arbitre a conclu qu'il devait suivre l'arrêt *Bliss* et conclure que la discrimination fondée sur la grossesse ne crée pas une discrimination fondée sur le sexe.

2. *Les plaintes déposées par Patricia Allen et Patricia Dixon*

L'arbitre Taylor a entendu les plaintes de Mmes Allen et Dixon un mois après avoir rendu la décision relative à la plainte de Mme Brooks. Pour les motifs énoncés dans cette dernière, l'arbitre a conclu que les appelantes n'avaient pas subi de discrimination fondée sur le sexe ou le statut familial en contravention du par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba: (1985), 6 C.H.R.R. D/2840.

IV

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Mesdames Brooks, Allen et Dixon et la Commission des droits de la personne du Manitoba ont interjeté appel de la décision de l'arbitre Taylor.

delivered brief reasons: (1985), 38 Man. R. (2d) 192, 86 CLLC ¶ 17,010, 7 C.H.R.R. D/3185. He began by rejecting the adjudicator's conclusion that the complaint of Mrs. Brooks was out of time. In Simonsen J.'s view, the refusal to pay benefits for seventeen weeks amounted to continuing discrimination. There was nothing in the Manitoba *Human Rights Act* requiring the limitation period to commence during the first week for which benefits could have been claimed. Simonsen J. took the view that the alleged seventeen weeks of discrimination commenced on August 21, 1982 and ended on December 22, 1982 and that the limitation period would begin to run on the later date. Mrs. Brooks' complaint, filed on March 22, 1983, was therefore timely, that is, within the six-month limitation period.

Simonsen J. agreed with the adjudicator's finding, as well as his reasoning, that the Safeway plan discriminated against pregnant employees. He said:

> It must be recognized . . . that no benefits were payable for accident or sickness to a pregnant employee during the 17 week exclusion period whether related to pregnancy or not. Coverage under the policy for a pregnant employee was suspended for 17 weeks.

He continued:

> Was it discrimination to have a group policy which suspended coverage to a pregnant employee for the 17 week period during which some alternate coverage in the form of unemployment insurance was available? There was no obligation on the pregnant employee to take leave for the 17 week period but when leave was taken unemployment insurance was the only option available.
>
> The learned adjudicator found discrimination. I agree with his reasoning and conclusions.

Simonsen J. then considered whether discrimination on the basis of pregnancy was prohibited by the Manitoba *Human Rights Act*. He agreed with the adjudicator's conclusion that pregnancy was not encompassed in "family status" and held that

Le juge Simonsen a rendu des motifs succincts: (1985), 38 Man. R. (2d) 192, 86 CLLC ¶ 17,010, 7 C.H.R.R. D/3185. Il a d'abord rejeté la conclusion de l'arbitre selon laquelle la plainte de Mme Brooks était prescrite. De l'avis du juge Simonsen, le refus de verser les prestations pendant dix-sept semaines constituait une discrimination continue. Selon lui, rien dans la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba n'exige que le délai de prescription commence pendant la première semaine à l'égard de laquelle il était possible de réclamer des prestations. Le juge Simonsen a conclu que les dix-sept semaines de discrimination visées par la plainte avaient commencé le 21 août 1982 et s'étaient terminées le 22 décembre 1982 et que le délai de prescription n'avait commencé à courir qu'à cette dernière date. La plainte de Mme Brooks ayant été déposée le 22 mars 1983, elle était donc à l'intérieur du délai de prescription de six mois.

Le juge Simonsen a confirmé la conclusion de l'arbitre et le raisonnement qu'il a suivi pour y arriver, savoir que le régime de Safeway créait une discrimination contre les employées enceintes. Il dit ceci:

> [TRADUCTION] Il faut constater [. . .] que pendant la période d'exclusion de dix-sept semaines, aucune prestation n'était payable à une employée enceinte pour une maladie ou un accident qu'il ait ou non un lien avec la grossesse. La couverture fournie par la police à une employée enceinte était interrompue pendant dix-sept semaines.

Il dit encore plus loin:

> [TRADUCTION] Est-il discriminatoire qu'une assurance collective cesse de couvrir une employée enceinte pendant dix-sept semaines au moment où une autre forme de couverture est fournie par l'assurance-chômage? L'employée enceinte n'est pas tenue de prendre dix-sept semaines de congé, mais si elle prend un congé, elle n'a droit qu'aux prestations de l'assurance-chômage.
>
> L'arbitre a conclu qu'il y avait discrimination. Je suis du même avis pour les mêmes motifs.

Le juge Simonsen a ensuite examiné si la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba interdit la discrimination fondée sur la grossesse. Il a convenu avec l'arbitre que la grossesse n'est pas comprise dans le «statut familial» et conclu qu'on ne pouvait

the Safeway plan could not be faulted for discriminating on the basis of family status. Simonsen J. was also of the view, largely on the authority of *Bliss* and cases subsequent to that decision, that the adjudicator was correct in finding that discrimination on the basis of pregnancy was not included in the phrase "discrimination by reason of sex". In the absence of an expanded statutory definition of sex, Simonsen J. felt he could reach no other conclusion.

V

The Court of Appeal of Manitoba

In very brief reasons, the Manitoba Court of Appeal (O'Sullivan, Huband and Twaddle JJ.A.) unanimously dismissed the appeal: (1986), 42 Man. R. (2d) 27, 7 C.H.R.R. D/3475. The decision of the Manitoba Court of Appeal may be set out in full:

> The facts are amply canvassed by Simonsen J., with whose reasons we substantially agree, but we go further and say we are not satisfied that in the context of this case there was any discrimination at all.
>
> It may be noted that the disability plan in question is only part of a health benefit package agreed to between employer and union. One questions why complaint was not made against the union as well as against the company.
>
> The appeal is dismissed with costs.

VI

Issues and Interventions

The appellants appealed the decision of the Manitoba Court of Appeal on the following issues:

1. Did the Court of Appeal for Manitoba err in concluding that the disability plan offered by the respondent to its employees was not discriminatory?

2. Did the Court of Appeal for Manitoba err in law in adopting the conclusion of the learned judge and adjudicator below that discrimination due to "pregnancy" does not constitute discrimination because of "sex", as prohibited by the Manitoba *Human Rights Act*?

reprocher au régime de Safeway de créer une discrimination fondée sur le statut familial. Le juge Simonsen a aussi été d'avis, principalement en raison de l'arrêt *Bliss* et de la jurisprudence subséquente, que l'arbitre avait eu raison de conclure que l'expression «discrimination fondée sur le sexe» ne comprenait pas la discrimination fondée sur la grossesse. Faute de définition législative plus large du mot «sexe», le juge Simonsen a estimé qu'il ne pouvait arriver à une autre conclusion.

V

La Cour d'appel du Manitoba

La Cour d'appel du Manitoba formée des juges O'Sullivan, Huband et Twaddle a rejeté à l'unanimité l'appel par des motifs très succincts: (1986), 42 Man. R. (2d) 27, 7 C.H.R.R. D/3475. Il est donc possible de citer tout arrêt de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Les faits sont amplement exposés par le juge Simonsen aux motifs duquel nous souscrivons en substance, mais nous allons au-delà et nous sommes convaincus qu'il n'y a aucune discrimination en l'espèce.
>
> Il y a lieu de souligner que le régime d'invalidité en cause fait partie d'un régime d'assurance santé qui a fait l'objet d'une convention entre l'employeur et le syndicat. On se demande pourquoi les plaintes n'ont pas été portées contre le syndicat aussi bien que contre la société.
>
> L'appel est rejeté avec dépens.

VI

Les questions en litige et les interventions

Les appelantes ont interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba sur les questions suivantes:

1. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en concluant que le régime d'invalidité offert par l'intimée à ses employés n'est pas discriminatoire?

2. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur de droit en adoptant les conclusions du juge de première instance et de l'arbitre d'après lesquelles la discrimination occasionnée par la «grossesse» ne crée pas une discrimination fondée sur le «sexe» qu'interdit la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba?

3. Did the Court of Appeal for Manitoba err in law in adopting the conclusion of the learned judge and adjudicator below that discrimination due to "pregnancy" did not constitute discrimination on "family status", as set out in the Manitoba *Human Rights Act*?

The question of the timeliness of Mrs. Brooks' complaint was not raised before this Court.

The Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) intervened in support of the appellants' position.

VII

Was the Disability Plan Discriminatory?

What does discrimination mean? The most recent pronouncement on this point will be found in the judgment of my colleague, McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 173-75:

> What does discrimination mean? The question has arisen most commonly in a consideration of the Human Rights Acts and the general concept of discrimination under those enactments has been fairly well settled. There is little difficulty, drawing upon the cases in this Court, in isolating an acceptable definition. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, discrimination (in that case adverse effect discrimination) was described in these terms: "It arises where an employer ... adopts a rule or standard ... which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force". It was held in that case, as well, that no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. At page 547, this proposition was expressed in these terms:
>
> The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result

3. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur de droit en adoptant les conclusions du juge de première instance et de l'arbitre d'après lesquelles la discrimination occasionnée par la «grossesse» ne constitue pas une discrimination fondée sur le «statut familial» qu'interdit la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba?

La question de la prescription de la plainte de Mme Brooks n'a pas été soulevée en cette Cour.

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (F.A.E.J.) est intervenu pour soutenir la position des appelantes.

VII

Le régime d'invalidité était-il discriminatoire?

Que signifie discrimination? L'énoncé le plus récent sur cette question se trouve dans les motifs de mon collègue le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 173 à 175:

> Que signifie le terme discrimination? C'est le plus souvent dans l'examen des lois sur les droits de la personne que cette question s'est posée et le concept général de discrimination en vertu de ces lois a été assez bien circonscrit. Vu les arrêts rendus par cette Cour, identifier une définition acceptable présente peu de difficulté. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, voici comment est décrit le terme «discrimination» (dans cette affaire, il s'agissait de discrimination par suite d'un effet préjudiciable): «Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte ... une règle ou une norme ... qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés». Dans cette affaire, la Cour a également conclu que l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l'examen de toute plainte. À la page 547, cette proposition a été formulée de la façon suivante:
>
> Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux

or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, better known as the *Action Travail des Femmes* case, where it was alleged that the Canadian National Railway was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, in denying employment to women in certain unskilled positions, Dickson C.J. in giving the judgment of the Court said, at pp. 1138-39:

> A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis." (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report.
>
> > Discrimination ... means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics ....
> >
> > It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the

victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, mieux connu sous le nom de l'affaire *Action Travail des Femmes*, où l'on prétendait que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada s'était rendue coupable d'actes discriminatoires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois non spécialisés, le juge en chef Dickson affirme ceci en rendant le jugement de la Cour, aux pp. 1138 et 1139:

> On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi . . .» (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:
>
> > ... la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort ...
> >
> > La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires.

Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéris-

individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The first issue in these appeals is whether the complete disentitlement of pregnant women during a seventeen-week period from receiving disability benefits under the Safeway plan constitutes discrimination by reason of pregnancy. In my view, this ground of appeal may be addressed briefly. I have no difficulty in concluding that the Safeway sickness and accident plan discriminates against pregnant women.

As I have indicated, Adjudicator Taylor found the treatment accorded a pregnant employee (at p. D/2562):

> ... markedly different from that accorded to any other employee. Indeed, it is not merely pregnancy-related problems that are not covered under the plan during the seventeen week period . . . ; any accident or sickness, whether pregnancy related or not, occurring during that same seventeen weeks is excluded ....

He also observed that even if the employee qualifies for maternity benefits from the Unemployment Insurance Commission, the pregnant employee would receive (at p. D/2562):

> ... a lesser amount during that period than would a non-pregnant employee who was away from work by reason of some other physical disability.

Simonsen J. shared the view that the plan discriminated against pregnant women.

The Court of Appeal for Manitoba was not satisfied that in the context of the case there was any discrimination at all. Apart from noting that the disability plan in question was only part of a health benefit package agreed to between employ-

tiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

La première question soulevée dans les présents pourvois est de savoir si priver complètement les femmes enceintes pendant dix-sept semaines des prestations d'invalidité payables en vertu du régime de Safeway constitue une discrimination fondée sur la grossesse. À mon avis, il n'est pas nécessaire de s'attarder longuement à ce moyen d'appel. Je n'hésite pas à conclure que le régime d'assurance maladie et accidents de Safeway crée une discrimination envers les femmes enceintes.

Je l'ai déjà dit, l'arbitre Taylor a conclu que les employées enceintes sont traitées (à la p. D/2562):

> [TRADUCTION] ... très différemment des autres employés. En fait, ce ne sont pas seulement les problèmes liés à la grossesse qui sont exclus du régime pendant la période de dix-sept semaines [...]; tous les accidents et toutes les maladies qui surviennent durant cette période de dix-sept semaines, qu'ils aient ou non un rapport avec la grossesse, sont exclus ...

Il a aussi signalé que même si elle remplit les conditions nécessaires pour recevoir les prestations de la Commission d'assurance-chômage, une employée enceinte reçoit (à la p. D/2562):

> [TRADUCTION] ... un montant inférieur à celui que recevrait un employé absent de son travail pendant la même période à cause d'une incapacité autre que la grossesse.

Le juge Simonsen aussi a été d'avis que le régime crée une discrimination envers les femmes enceintes.

La Cour d'appel du Manitoba n'a pas été convaincue que, dans les circonstances de l'espèce, il y ait eu quelque discrimination. Si ce n'est qu'elle a souligné que le régime de prestations d'invalidité en cause ne constituait qu'une partie d'un régime

er and union, the Court gave no reason for finding an absence of discrimination.

In my view, it is beyond dispute that pregnant employees receive significantly less favourable treatment under the Safeway plan than other employees. For a seventeen-week period, pregnant women are not entitled to any compensation under the plan, regardless of the reason they are unable to work. During those seventeen weeks, even if a pregnant woman suffers from an ailment totally unrelated to pregnancy, she is ineligible for benefits simply because she is pregnant. The plan singles out pregnancy for disadvantageous treatment, in comparison with any other health reason which may prevent an employee from reporting to work. With the sole exception of pregnancy, eligibility for compensation under the plan is available on broad and general terms. It is indeed generous, save in respect of pregnant women. For any single continuous period during which an employee is incapable of performing at work for health reasons, 26 weeks of benefits are available. Employees may recover under the plan without being house confined. No restrictions are placed on disability, with the solitary exception of pregnancy. It is difficult to conclude otherwise than that, as a result of the unfavourable treatment accorded to pregnancy *vis-à-vis* all other medical conditions, the Safeway plan discriminates on the basis of pregnancy.

Counsel for Safeway advanced a number of arguments in support of the proposition that the disability plan does not discriminate by reason of pregnancy. The submissions can be grouped into five main headings. First, it was argued that pregnancy is neither "a sickness or an accident" and therefore, it need not be covered by a sickness and accident plan; second, that pregnancy is a voluntary state and, like other forms of voluntary leave, it should not be compensated; third, the plan could not be discriminatory because there was no intention to discriminate; fourth, the plan was not discriminatory but was underinclusive in that it exempted certain disabilities from coverage; final-

complet d'assurance santé qui avait fait l'objet d'une convention entre l'employeur et le syndicat, la Cour d'appel n'a pas énoncé les motifs pour lesquels elle a conclu à l'absence de discrimination.

À mon avis, il est absolument incontestable que les employées enceintes sont traitées de façon beaucoup moins avantageuse que les autres employés en vertu du régime de Safeway. Pendant dix-sept semaines les femmes enceintes n'ont pas droit à des prestations en vertu de ce régime quelle que soit la raison qui les empêche de travailler. Si, pendant ces dix-sept semaines, une femme enceinte est atteinte d'une maladie tout à fait étrangère à sa grossesse, elle ne peut toucher aucune prestation simplement parce qu'elle est enceinte. Le régime singularise la grossesse par un traitement défavorable par rapport aux autres problèmes de santé qui peuvent empêcher quelqu'un de travailler. À la seule exception de la grossesse, l'admissibilité aux prestations en vertu du régime n'est soumise à aucune restriction. Il est même généreux, sauf pour les femmes enceintes. Pour toute période continue d'incapacité pour cause de maladie, un employé peut toucher jusqu'à 26 semaines de prestations. Les employés peuvent toucher les prestations que prévoit le régime sans faire un séjour forcé à la maison. Il n'y a pas de restriction quant à la cause d'invalidité, à l'unique exception de la grossesse. Il est difficile de ne pas conclure que, parce qu'il traite la grossesse de façon moins avantageuse que tous les autres problèmes de santé, le régime de Safeway crée une discrimination fondée sur la grossesse.

Les avocats de Safeway ont soutenu à l'aide de plusieurs arguments, que le régime d'invalidité ne crée pas de discrimination fondée sur la grossesse. On peut les diviser en cinq grandes catégories. Premièrement, ils ont soutenu que, comme la grossesse n'est «ni une maladie, ni un accident», point n'est besoin de l'inclure dans un régime d'assurance maladie et accidents; deuxièmement, que la grossesse est un état voulu et que, comme les autres formes d'absence volontaire, elle ne saurait faire l'objet de prestations; troisièmement, que le régime ne pouvait être discriminatoire parce qu'il n'existait aucune intention de créer une discrimination; quatrièmement, que le régime ne créait pas

ly, on the basis of a rather novel interpretation of the relationship between regulations under the *Unemployment Insurance Act, 1971,* and the Manitoba *Human Rights Act* it was claimed that *The Human Rights Act* implicitly permits employee benefit plans to exclude compensation for pregnancy. In my view, none of these arguments can assist Safeway in escaping the conclusion that its sickness and accident plan discriminates on the basis of pregnancy.

The first two claims, that pregnancy is neither an accident nor an illness and that it is voluntary, are closely related. I agree entirely that pregnancy is not characterized properly as a sickness or an accident. It is, however, a valid health-related reason for absence from the workplace and as such should not have been excluded from the Safeway plan. That the exclusion is discriminatory is evident when the true character, or underlying rationale, of the Safeway benefits plan is appreciated. The underlying rationale of this plan is the laudable desire to compensate persons who are unable to work for valid health-related reasons. Pregnancy is clearly such a reason. By distinguishing "accidents and illness" from pregnancy, Safeway is attempting to disguise an untenable distinction. It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work. It is to state the obvious to say that pregnancy is of fundamental importance in our society. Indeed, its importance makes description difficult. To equate pregnancy with, for instance, a decision to undergo medical treatment for cosmetic surgery—which sort of comparison the respondent's argument implicitly makes—is fallacious. If the medical condition associated with procreation does not provide a legitimate reason for absence from the workplace, it is hard to imagine what would provide such a reason. Viewed in its social context pregnancy provides a perfectly legitimate health-related reason for not working and as such it should be compensated by the Safeway plan. In terms of the economic consequences to the employee resulting from the inability to perform employment duties, pregnancy is no

de discrimination, mais qu'il était limité en ce qu'il ne couvrait pas certaines invalidités; enfin, en vertu d'une interprétation plutôt singulière du lien qui existe entre le règlement d'application de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba, ils ont soutenu que cette dernière permet implicitement que les régimes d'avantages sociaux des employés excluent les prestations pour la grossesse. À mon avis, aucun de ces arguments ne permet à Safeway de se soustraire à la conclusion que son régime d'assurance maladie et accidents créait une discrimination fondée sur la grossesse.

Les deux premières prétentions, savoir que la grossesse n'est ni un accident, ni une maladie et celle qu'il s'agit d'un état voulu sont assez semblables. Je suis tout à fait d'accord qu'on ne saurait, à proprement parler, qualifier la grossesse de maladie ou d'accident. C'est cependant un motif de santé suffisant pour ne pas se présenter au travail et, à ce titre, il n'aurait pas dû être exclu du régime de Safeway. Le caractère discriminatoire de cette exclusion ressort clairement quand on considère la nature véritable, ou la raison d'être sous-jacente du régime de prestations de Safeway. La raison d'être sous-jacente de ce régime est le désir louable d'indemniser les personnes incapables de travailler pour des motifs réels de santé. La grossesse appartient manifestement à ces motifs. En établissant une distinction entre la maladie et les accidents d'une part et la grossesse d'autre part, Safeway cherche à camoufler une distinction indéfendable. Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d'établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l'intimée fait pourtant implicitement dans son argumentation. Si l'état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s'absenter du travail, il est difficile d'en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux

different from any other health-related reason for absence from the workplace.

Furthermore, to not view pregnancy in this way goes against one of the purposes of anti-discrimination legislation. This purpose, which was noted earlier in the quotation from *Andrews*, *supra*, is the removal of unfair disadvantages which have been imposed on individuals or groups in society. Such an unfair disadvantage may result when the costs of an activity from which all of society benefits are placed upon a single group of persons. This is the effect of the Safeway plan. It cannot be disputed that everyone in society benefits from procreation. The Safeway plan, however, places one of the major costs of procreation entirely upon one group in society: pregnant women. Thus in distinguishing pregnancy from all other health-related reasons for not working, the plan imposes unfair disadvantages on pregnant women. In the second part of this judgment I state that this disadvantage can be viewed as a disadvantage suffered by women generally. That argument further emphasizes how a refusal to find the Safeway plan discriminatory would undermine one of the purposes of anti-discrimination legislation. It would do so by sanctioning one of the most significant ways in which women have been disadvantaged in our society. It would sanction imposing a disproportionate amount of the costs of pregnancy upon women. Removal of such unfair impositions upon women and other groups in society is a key purpose of anti-discrimination legislation. Finding that the Safeway plan is discriminatory furthers this purpose.

In sum, if an employer such as Safeway enters into the field of compensation for health conditions and then excludes pregnancy as a valid reason for compensation, the employer has acted in a discriminatory fashion. In view of this finding, it should be noted that the Safeway plan would be considered discriminatory even if it did not exclude coverage for non-pregnancy-related illness and

prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du travail.

De plus, ne pas considérer la grossesse de cette façon va à l'encontre de l'un des objets des lois anti-discrimination. Comme il ressort de l'extrait précité de l'arrêt *Andrews*, cet objet est la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société. Il peut y avoir un désavantage injuste lorsqu'on laisse porter à un seul groupe de personnes les coûts d'activités qui profitent à l'ensemble de la société. C'est l'effet du régime de Safeway. Il est incontestable que tous les membres de la société profitent de la procréation. Le régime de Safeway fait cependant porter un des principaux coûts de la procréation à un seul groupe dans la société: les femmes enceintes. Donc, en faisant une distinction entre la grossesse et toutes les autres raisons de santé pour ne pas travailler, le régime impose un désavantage injuste aux femmes enceintes. Dans la deuxième partie des présents motifs, je dis qu'il est possible de considérer ce désavantage comme un désavantage imposé à l'ensemble des femmes. Il ressort en outre de cet argument qu'en ne concluant pas que le régime de Safeway est discriminatoire, on saperait un des objectifs des lois anti-discrimination. On le ferait en avalisant une des façons les plus marquées de désavantager les femmes dans notre société. Ce serait avaliser l'imposition aux femmes d'une part disproportionnée des coûts de la grossesse. La suppression des fardeaux injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des lois anti-discrimination. Conclure que le régime de Safeway est discriminatoire sert cet objet.

En résumé, si un employeur tel Safeway fournit un régime d'assurance santé et en exclut la grossesse comme motif valable d'indemnisation, il agit de façon discriminatoire. Étant donné cette conclusion, il faut souligner que le régime de Safeway serait considéré comme discriminatoire même s'il n'excluait pas l'indemnisation des maladies et des accidents qui n'ont pas de rapport avec la gros-

accidents. It is enough that the plan excludes compensation for pregnancy. That it makes a further exclusion for non-pregnancy-related conditions compounds the discrimination and highlights how the plan's designers viewed pregnancy.

It is also noteworthy that the plan by its own terms, does not exclude pregnancy-related absence from compensation for the major part of the nine months of pregnancy. Although a normal pregnancy is somewhat less than forty weeks in duration, pregnant women, under the plan, are not disentitled until ten weeks before the anticipated week of childbirth. During the first twenty-nine weeks of pregnancy, Safeway does not refuse to compensate pregnant employees on the ground that pregnancy is neither an accident nor an illness. It is not compelling to argue that pregnancy is not compensated after twenty-nine weeks because it is a voluntary condition, when, to that point, pregnancy has been compensated under the sickness and disability plan.

The third argument, that the plan cannot be discriminatory because the respondent had no intention to discriminate, has little or no force in light of the decision of this Court in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. In that case, the Court held that the effect of an impugned practice, not the underlying intent, was the governing factor in determining whether the practice gave rise to discrimination. Intent to discriminate is not a necessary element of discrimination.

The fourth argument is that the plan is not discriminatory but merely underinclusive of the potential risks it could conceivably insure. Safeway alleges that the decision to exclude pregnancy from the scope of its plan is not a question of discrimination, but a question of deciding to compensate some risks and to exclude others. It seeks support for this argument from two American cases in which the Supreme Court of the United States held that the exclusion of pregnancy from compensation schemes did not constitute discrimi-

sesse. Il suffit que le régime exclue l'indemnisation pour la grossesse. Qu'il exclue aussi l'indemnisation des maux sans rapport avec la grossesse ajoute à la discrimination et révèle la façon dont les concepteurs du régime considéraient la grossesse.

Il convient aussi de souligner que, selon les conditions d'application du régime, celui-ci n'écarte pas l'indemnisation pour l'absence du travail pour raison de grossesse pendant la plus grande partie des neuf mois de la grossesse. Bien qu'une grossesse normale dure un peu moins de quarante semaines, en vertu du régime, les femmes enceintes peuvent toucher des prestations jusqu'à dix semaines avant la semaine prévue de l'accouchement. Pendant les vingt-neuf premières semaines de la grossesse, Safeway ne refuse pas d'indemniser les employées enceintes sous prétexte que la grossesse n'est ni un accident, ni une maladie. Il n'est pas convaincant de soutenir que l'employée enceinte ne reçoit pas de prestation après vingt-neuf semaines parce qu'il s'agit d'une situation voulue alors qu'elle pouvait en toucher jusqu'à ce moment en vertu du régime d'assurance maladie et invalidité.

Le troisième argument, selon lequel le régime ne peut pas être discriminatoire parce que l'intimée n'avait pas l'intention de faire de distinction prohibée n'a que peu de force, s'il en a, en raison de l'arrêt de cette Cour *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Dans cet arrêt, la Cour a statué que l'effet de la pratique contestée et non l'intention qui la motive est le facteur déterminant de la discrimination. L'intention de créer une discrimination n'est pas un élément nécessaire de la discrimination.

Le quatrième argument veut que le régime ne soit pas discriminatoire, mais qu'il ne couvre pas tous les risques qu'il est possible d'assurer. Safeway soutient que la décision d'exclure la grossesse de la couverture du régime ne relève pas de la discrimination, mais de la décision d'indemniser certains risques et d'exclure les autres. Elle appuie cet argument sur deux arrêts américains par lesquels la Cour suprême des États-Unis a statué que l'exclusion de la grossesse de régimes d'indemnisation ne constituait pas de la discrimination fondée

nation on the basis of sex. In *Geduldig v. Aiello*, *supra*, the Court held that a disability insurance system which did not provide compensation for pregnancy did not violate the equal protection clause of the Fourteenth Amendment. Two years later, in *General Electric Co. v. Gilbert*, *supra*, the Court affirmed this conclusion in the context of Title VII of the *Civil Rights Act of 1964*. In both cases the Court held the group insurance plans to be underinclusive of the risks they chose to insure but held that underinclusiveness did not necessarily amount to discrimination.

In my view, the reasoning in those two cases does not fit well within the Canadian approach to issues of discrimination. In both *General Electric* and *Geduldig* the United States Supreme Court held that distinctions involving pregnancy were constitutionally permissible if made on a reasonable basis, unless the distinctions were designed to effect invidious discrimination against members of one sex or another. In Canada, as I have noted, discrimination does not depend on a finding of invidious intent. A further consideration militating against the application of the concept of underinclusiveness in this context, stems, in my view, from the effects of so-called "underinclusion". Underinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination. Increasingly, employee benefit plans have become part of the terms and conditions of employment. Once an employer decides to provide an employee benefit package, exclusions from such schemes may not be made in a discriminatory fashion. Selective compensation of this nature would clearly amount to sex discrimination. Benefits available through employment must be disbursed in a non-discriminatory manner.

Safeway's fifth argument derives from a creative interpretation of s. 7(2) of the Manitoba *Human Rights Act*. Section 7(2)(a) provides for exceptions to the general prohibition of discrimination embodied in s. 6 of the Act. The section explicitly permits employee benefits plans to draw distinctions on the basis of age, sex, marital status, physical or mental handicap, or family status where "the Commission is satisfied on the basis of

sur le sexe. Dans l'arrêt *Geduldig v. Aiello*, précité, la Cour a jugé qu'un régime d'assurance invalidité qui ne comportait pas d'indemnité pour la grossesse ne violait pas les dispositions sur l'égalité du Quatorzième amendement. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *General Electric Co. v. Gilbert*, précité, la Cour a confirmé cette conclusion dans le contexte du Titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Dans les deux arrêts, la Cour a conclu que ces régimes d'assurance collective ne couvraient pas les risques qu'ils décidaient d'exclure et que cette absence de couverture n'était pas nécessairement discriminatoire.

À mon avis, le raisonnement adopté dans ces deux arrêts ne convient pas bien à l'analyse canadienne des questions de discrimination. Dans les arrêts *General Electric* et *Geduldig*, la Cour suprême des États-Unis conclut que la constitution permet de faire des distinctions touchant la grossesse si elles ont un fondement raisonnable, pourvu que ces distinctions n'aient pas pour objet de créer une discrimination inique contre les personnes d'un sexe ou de l'autre. Je l'ai déjà signalé, au Canada, l'existence de la discrimination ne dépend pas d'une constatation d'intention inique. Les effets de la couverture dite sélective militent contre l'application de la notion de couverture sélective dans ce contexte. La couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination. Les avantages sociaux sont de plus en plus souvent intégrés dans les conditions de travail. Dès qu'un employeur décide de fournir un régime d'avantages sociaux, il ne peut pas faire d'exclusions de façon discriminatoire. Une indemnisation sélective de cette nature reviendrait clairement à de la discrimination fondée sur le sexe. Les avantages fournis dans le cadre de l'emploi doivent être fournis sans discrimination.

Le cinquième argument invoqué par Safeway découle d'une interprétation inusitée du par. 7(2) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba. L'alinéa 7(2)a) permet des exceptions à l'interdiction de principe de la discrimination promulguée par l'art. 6. Cet alinéa permet expressément que des régimes d'avantages sociaux fassent des distinctions fondées sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la déficience physique ou mentale, ou le

the guidelines set out in the regulations that the distinction is not discriminatory or that the employee benefit can be provided only if the distinction is permitted . . .". No regulations were ever prescribed pursuant to this section. Safeway attempts to "read in" regulations by pointing to regulations passed under the *Unemployment Insurance Act, 1971* dealing with employer-provided wage loss plans. Section 19(*h*)(vii) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* regulations specifically discusses employer plans which do not compensate pregnant women during the seventeen-week "10-1-6" period. The presence of this regulation, the respondent asserts, indicates that exceptions of this nature must have been envisioned by the drafters of *The Human Rights Act* as constituting a permissible distinction pursuant to s. 7(2).

I cannot agree with the respondent's interpretation. The Manitoba legislature clearly considered the issue of discrimination in benefits plans. Distinction along sex lines might have been permissible in employee benefit plans, had regulations been passed pursuant to s. 7(2). The only conclusion to be reached from the absence of regulations under that provision is that discrimination in employee benefit packages is not permissible. It is not correct to attribute regulations to the *Human Rights Act* where no regulations have been passed under that Act.

For the foregoing reasons, I am of the view that the respondent's accident and sickness plan discriminates on the basis of pregnancy.

VIII

Is Discrimination on the Basis of Pregnancy Sex Discrimination?

Having found that the Safeway plan discriminates by reason of pregnancy, it is necessary to consider whether pregnancy-based discrimination is discrimination on the basis of sex. I venture to think that the response to that question by a non-legal person would be immediate and affirma-

statut familial [TRADUCTION] «si la Commission, en se fondant sur les lignes de conduite établies dans les règlements, conclut que la distinction n'est pas discriminatoire et que l'employé ne peut bénéficier des prestations que si la distinction est permise . . .» Aucun règlement n'a jamais été établi en vertu de ce paragraphe. Safeway tente d'introduire un règlement en invoquant le règlement d'application de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qui porte sur les régime d'assurance-salaire fournis par les employeurs. Le sous-alinéa 19*h*)(vii) du Règlement d'application de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* porte précisément sur les régimes fournis par les employeurs qui n'indemnisent pas les femmes enceintes pendant la période «10-1-6». L'existence de ce règlement, soutient l'intimée, indique que les rédacteurs de la *Loi sur les droits de la personne* ont vu dans les exceptions de cette nature une distinction permise en vertu du par. 7(2).

Je ne puis souscrire à l'interprétation proposée par l'intimée. Le législateur manitobain a expressément envisagé la question de la discrimination dans les régimes d'avantages sociaux. Les distinctions fondées sur le sexe auraient pu être permises dans des régimes d'avantages sociaux si un règlement d'application avait été adopté en vertu du par. 7(2). La seule conclusion qu'autorise l'absence de règlement d'application de cette disposition est que la discrimination n'est pas permise dans les régimes d'avantages sociaux. On ne saurait associer un règlement à la *Loi sur les droits de la personne* alors qu'aucun règlement d'application de la Loi n'a été promulgué.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le régime d'assurance maladie et accidents de l'intimée crée une discrimination fondée sur la grossesse.

VIII

La discrimination fondée sur la grossesse est-elle de la discrimination fondée sur le sexe?

Après avoir conclu que le régime de Safeway crée une discrimination fondée sur la grossesse, il est nécessaire de déterminer si cette discrimination est de la discrimination fondée sur le sexe. Je serais porté à croire qu'une personne qui n'a pas de formation juridique répondrait spontanément par

tive. In retrospect, one can only ask—how could pregnancy discrimination be anything other than sex discrimination? The disfavoured treatment accorded Mrs. Brooks, Mrs. Allen and Mrs. Dixon flowed entirely from their state of pregnancy, a condition unique to woman. They were pregnant because of their sex. Discrimination on the basis of pregnancy is a form of sex discrimination because of the basic biological fact that only women have the capacity to become pregnant.

As I have noted, the respondent relies primarily on the decision of this Court in *Bliss v. Attorney General of Canada*, *supra*, to argue that discrimination by reason of pregnancy is not discrimination on the basis of sex. In *Bliss*, the Court was asked to decide whether s. 46 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which restricted the eligibility of pregnant women to unemployment benefits, constituted sex discrimination contrary to s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. Section 1(*b*) provides that each individual is entitled to "equality before the law" without discrimination due to, amongst other things, sex. The Court held that the complainant had not been deprived of the right to equality before the law. Section 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* provided pregnancy benefits for the fifteen-week period commencing eight weeks before the anticipated date of childbirth. Section 46 limited the eligibility of pregnant women who were unable to work during this fifteen-week period to benefits under s. 30. The qualifying conditions for benefits under s. 30 were more onerous than those for other types of unemployment benefits. To receive benefits under s. 30, a woman had to have accumulated ten or more weeks of insurable earnings in the twenty weeks immediately preceding the expected date of birth. Basic employment insurance benefits merely required eight weeks of insurable employment in the relevant qualifying period. Ritchie J., speaking for the Court, acknowledged that the effect of ss. 30 and 46 of the Act was to impose conditions on women from which men were excluded, but stated that "[a]ny inequality between the sexes in this area is not created by legislation but by nature".

l'affirmative. Après coup, on ne peut que se demander comment la discrimination fondée sur la grossesse pourrait-elle être autre chose que de la discrimination fondée sur le sexe? Le traitement désavantageux auquel Mmes Brooks, Allen et Dixon ont été soumises découlait entièrement de leur grossesse, un état exclusivement féminin. Elles étaient enceintes à cause de leur sexe. La discrimination fondée sur la grossesse est une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes.

Comme je l'ai déjà signalé, l'intimée invoque surtout l'arrêt de cette Cour *Bliss c. Procureur général du Canada*, précité, pour soutenir que la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas une discrimination fondée sur le sexe. Dans l'arrêt *Bliss*, cette Cour devait déterminer si l'art. 46 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui imposait des limites à l'admissibilité des femmes enceintes aux prestations d'assurance-chômage, constituait de la discrimination fondée sur le sexe au sens de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. L'alinéa 1*b*) affirme «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi» quel que soit son sexe. La Cour a statué que la plaignante n'avait pas été privée du droit à l'égalité devant la loi. L'article 30 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* accordait des prestations de grossesse pendant quinze semaines à compter de la huitième semaine avant la date présumée de l'accouchement. L'article 46 limitait l'admissibilité des femmes enceintes qui étaient incapables de travailler durant ces quinze semaines aux prestations prévues à l'art. 30. Les conditions d'admissibilité aux prestations prévues à l'art. 30 étaient plus onéreuses que celles qui s'appliquaient aux autres catégories de prestations d'assurance-chômage. Pour avoir droit aux prestations prévues à l'art. 30, une femme devait avoir exercé un emploi assurable pendant au moins dix semaines dans les vingt semaines qui précédaient immédiatement la date présumée de l'accouchement. Pour toucher les prestations normales d'assurance-chômage, il fallait avoir exercé un emploi assurable pendant au moins huit semaines pendant la période de référence. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, reconnaît que les art. 30 et 46 de la Loi

He continued by quoting with approval the following *obiter* passage from the reasons of Pratte J. in the Federal Court of Appeal (at pp. 190-91):

The question to be determined in this case is therefore, not whether the respondent had been the victim of discrimination by reason of sex but whether she has been deprived of "the right to equality before the law" declared by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. Having said this, I wish to add that I cannot share the view held by the Umpire that the application of section 46 to the respondent constituted discrimination against her by reason of sex. Assuming the respondent to have been "discriminated against", it would not have been by reason of her sex. Section 46 applies to women, it has no application to women who are not pregnant, and it has no application, of course, to men. If section 46 treats unemployed pregnant women differently from other unemployed persons, be they male or female, it is, it seems to me, because they are pregnant and not because they are women.

On this reasoning, pregnancy discrimination was held not to be discrimination on the basis of sex.

Over ten years have elapsed since the decision in *Bliss*. During that time there have been profound changes in women's labour force participation. With the benefit of a decade of hindsight and ten years of experience with claims of human rights discrimination and jurisprudence arising therefrom, I am prepared to say that *Bliss* was wrongly decided or, in any event, that *Bliss* would not be decided now as it was decided then. Combining paid work with motherhood and accommodating the childbearing needs of working women are ever-increasing imperatives. That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious. It is only women who bear children; no man can become pregnant. As I argued earlier, it is unfair to impose all of the costs of pregnancy upon one half of the population. It is difficult to conceive that distinctions or discriminations based upon pregnancy could ever be regarded as other than discrimination based upon

ont pour effet d'imposer aux femmes des conditions qui ne s'appliquent pas aux hommes, mais il affirme que «[t]oute inégalité entre les sexes en ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature». Il poursuit en citant avec approbation l'opinion incidente suivante tirée des motifs du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale (aux pp. 190 et 191):

La question qu'il faut déterminer en l'espèce n'est donc pas celle de savoir si l'intimée a été victime de discrimination en raison du sexe mais plutôt si elle a été privée du «droit à l'égalité devant la loi» consacré par l'alinéa 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Ceci étant dit, je désire ajouter que je ne puis partager l'opinion du juge-arbitre que l'application de l'article 46 à l'intimée constituait une discrimination à son égard en raison du sexe. À supposer que l'on eût fait de la «discrimination contre» l'intimée, ce n'aurait pas été en raison de son sexe. En effet, l'article 46 vise les femmes enceintes, mais non celles qui ne le sont pas, et encore moins les hommes. Si l'article 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, hommes ou femmes, c'est, à mon sens, parce qu'elle sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes.

Selon ce raisonnement, on a conclu que la discrimination fondée sur la grossesse n'était pas de la discrimination fondée sur le sexe.

L'arrêt *Bliss* a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt. Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants; aucun homme n'en a la possibilité. Comme je l'ai déjà affirmé, il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population. Il est difficile de concevoir qu'une distinction fondée sur la grossesse puisse être tenue pour autre chose que de la discri-

sex, or that restrictive statutory conditions applicable only to pregnant women did not discriminate against them as women. It is difficult to accept that the inequality to which Stella Bliss was subject was created by nature and therefore there was no discrimination; the better view, I now venture to think, is that the inequality was created by legislation, more particularly, the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The capacity to become pregnant is unique to the female gender. As the appellants state in their factum: "The capacity for pregnancy is an immutable characteristic, or incident of gender and a central distinguishing feature between men and women. A distinction based on pregnancy is not merely a distinction between those who are and are not pregnant, but also between the gender that has the capacity for pregnancy and the gender which does not". Distinctions based on pregnancy can be nothing other than distinctions based on sex or, at least, strongly, "sex related". The Safeway plan was no doubt developed, as Brennan J. noted in the *General Electric* case, at pp. 149-50, "in an earlier era when women openly were presumed to play a minor and temporary role in the labor force".

mination fondée sur le sexe ou que des restrictions applicables légalement aux seules femmes enceintes ne comportent pas de discrimination contre elles en tant que femmes. Il est difficile d'accepter que l'inégalité imposée à Stella Bliss dépendait de la nature et qu'en conséquence elle ne comportait pas de discrimination; je crois maintenant pouvoir dire qu'il s'agit plutôt d'une inégalité créée par la loi, plus précisément la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. La possibilité de devenir enceinte est propre au sexe féminin. Comme les appelantes le soutiennent dans leur mémoire: [TRADUCTION] «La possibilité d'être enceinte est une caractéristique immuable ou un trait propre au sexe, qui distingue les hommes des femmes. Une distinction fondée sur la grossesse n'établit pas seulement une distinction entre les personnes enceintes et celles qui ne le sont pas, elle établit aussi une distinction entre le sexe des personnes susceptibles de devenir enceinte et le sexe de celles qui ne le peuvent pas». Les distinctions fondées sur la grossesse ne peuvent être autre chose que des distinctions fondées sur le sexe ou, du moins, «très apparentées au sexe». Le régime de Safeway avait certainement été conçu, comme le dit le juge Brennan dans l'arrêt *General Electric*, aux pp. 149 et 150, [TRADUCTION] «à une époque où les femmes jouaient un rôle marginal et temporaire sur le marché du travail».

The decision of this Court in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, augured the demise of *Bliss*. Writing for the Court, Beetz J. said, at p. 301:

> For present purposes I note simply that the improbable distinction in *Bliss* between discrimination based on sex and discrimination based on pregnancy has been called into question and, even if it were to stand, the case might not be decided in the same manner today given this Court's recent recognition of adverse effect discrimination in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536.

L'arrêt de cette Cour *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, présage l'abandon de l'arrêt *Bliss*. Le juge Beetz y dit, au nom de la Cour, à la p. 301:

> Aux fins de la présente analyse, je fais simplement remarquer que la distinction discutable, pour dire le moins, qui a été faite dans l'affaire *Bliss* entre la discrimination fondée sur le sexe et celle fondée sur la grossesse a été mise en doute et que, même si elle pouvait être maintenue, l'affaire ne serait peut-être pas tranchée de la même manière aujourd'hui étant donné que dans son arrêt récent *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, cette Cour a reconnu l'existence de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

The approach to interpreting human rights legislation taken in *Bliss* is inconsistent with that enunciated by this Court in a number of decisions since *Bliss*. I refer, for example, to *Ontario*

L'interprétation des lois relatives aux droits de la personne suivie dans l'arrêt *Bliss* est incompatible avec celle que la Cour a proposée dans plusieurs arrêts rendus depuis. Ce sont par exemple

Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., supra; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, and *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. La Forest J. summed up the thrust of these more recent cases in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90:

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination on the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, *per* Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C.J., in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (*the Action Travail des Femmes* case), [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects.

In the case mentioned earlier, *Andrews v. Law Society of British Columbia,* McIntyre J. rejected a "similarly situated" test in an equality rights challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. *Bliss* was not a *Charter* case, nor is the case at bar, but the comment of McIntyre J. respecting *Bliss* is of surpassing interest. He stated (at pp. 167-68):

les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S 145. Le juge La Forest a récemment résumé le sens de ces arrêts dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90:

Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment de motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enchâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (l'arrêt *Action Travail des Femmes*), [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* déjà mentionné, le juge McIntyre a rejeté le critère de la «situation analogue» dans une contestation fondée sur le droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'affaire *Bliss* ne s'appuyait pas sur la *Charte* non plus que l'espèce, mais le commentaire du juge McIntyre à l'égard de *Bliss* est d'un intérêt certain. Il y dit ceci, aux pp. 167 et 168:

Thus, mere equality of application to similarly situated groups or individuals does not afford a realistic test for a violation of equality rights. For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

A similarly situated test focussing on the equal application of the law to those to whom it has application could lead to results akin to those in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, a pregnant woman was denied unemployment benefits to which she would have been entitled had she not been pregnant. She claimed that the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated the equality guarantees of the *Canadian Bill of Rights* because it discriminated against her on the basis of her sex. Her claim was dismissed by this Court on the grounds that there was no discrimination on the basis of sex, since the class into which she fell under the Act was that of pregnant persons, and within that class, all persons are treated equally.

Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), speaking of the *Bliss* case, commented at p. 791:

Ritchie J., who wrote the unanimous opinion of the Court, denied that the discrimination in the Act was based on sex. He quoted with approval a dictum in the lower court to the effect that the disadvantaged class was defined by pregnancy rather than by sex, and Ritchie J. concluded that "any inequality between the sexes in this area is not created by legislation but by nature." This part of the reasoning is open to criticism. Bliss was not claiming the special maternity benefits, for which a longer period of qualification might well have been justifiable. She was claiming the regular benefits, to which she would have been entitled if her employment had been interrupted by layoff, illness or any cause other than pregnancy. The denial of benefits was the result of her pregnancy. Since pregnancy is a condition to which only women are vulnerable, the denial should have been characterized as sexual discrimination. It is true that the Act did not discriminate against all women, only pregnant women, but discrimination against some women should not be treated any differently than discrimination against all women.

Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

Un critère de la situation analogue axé sur l'égalité d'application de la loi à ceux qu'elle vise pourrait entraîner des résultats semblables à ce qui s'est produit dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'affaire *Bliss*, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. Elle a fait valoir que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait les garanties d'égalité contenues dans la *Déclaration canadienne des droits* pour le motif qu'elle établissait à son détriment une distinction illicite fondée sur le sexe. Sa demande a été rejetée par cette Cour pour le motif qu'il n'y avait pas de distinction illicite fondée sur le sexe puisque la catégorie dans laquelle elle tombait en vertu de la Loi était celle des personnes enceintes et que toutes les personnes dans cette catégorie étaient traitées également.

Le professeur Peter Hogg commente ainsi l'arrêt *Bliss* dans *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985) à la p. 791:

[TRADUCTION] Le juge Ritchie, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a affirmé que la discrimination dans la Loi n'est pas fondée sur le sexe. Il cite et confirme une opinion incidente de la cour d'instance inférieure selon laquelle la catégorie défavorisée est déterminée plutôt par la grossesse que par le sexe et il conclut que «toute inégalité entre les sexes en ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature». Cette partie du raisonnement prête le flanc à la critique. Madame Bliss ne demandait pas des prestations spéciales de maternité qui auraient pu justifier une période de référence plus longue. Elle demandait les prestations normales auxquelles elle aurait eu droit si l'impossibilité pour elle de travailler avait résulté d'une mise à pied, de la maladie ou de toute autre cause hormis la grossesse. Le refus des prestations découlait de sa grossesse. Puisque la grossesse est un état qui s'applique seulement aux femmes, le refus aurait dû être qualifié de discrimination fondée sur le sexe. Il est vrai que la Loi ne créait pas de discrimination envers toutes les femmes, mais seulement à l'égard des femmes enceintes, mais la discrimination à l'égard de certaines femmes ne devrait pas être traitée différemment de la discrimination à l'égard de toutes les femmes.

I am not persuaded by the argument that discrimination on the basis of pregnancy cannot amount to sex discrimination because not all women are pregnant at any one time. While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Many, if not most, claims of partial discrimination fit this pattern. As numerous decisions and authors have made clear, this fact does not make the impugned distinction any less discriminating.

David Pannick, Barrister and Fellow of All Souls College, Oxford, observed in his work *Sex Discrimination Law* (1985), at pp. 147-48, that:

> The EAT [Employment Appeals Tribunal] was, however, correct to assume that the less favourable treatment (if any) of the pregnant woman was on the ground of her sex. Because only women can become pregnant, the complainant who is dismissed because she is pregnant can argue that she would not have been less favourably treated but for her sex. It requires a very narrow construction of the statute to exclude less favourable treatment on the ground of a characteristic unique to one sex. It is quite true that not all women are (or become) pregnant. But it is important to note that direct discrimination exists not merely where the defendant applies a criterion that less favourably treats all women. It also exists where special, less favourable, treatment is accorded to a class consisting only of women, albeit not all women. Suppose an employer announces that it will employ any man with stated qualifications but only a woman who has those qualifications and who is over six feet tall. Albeit not all women are excluded, the employer has directly discriminated against women because it has imposed a criterion which less favourably treats a class composed entirely of women.

I would make note also of the article "Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade" (1980), 1 C.H.R.R. c/7, at c/11, by Professor James MacPherson:

> In *Bliss v. Attorney-General (Canada)* provisions of the federal Unemployment Insurance Act which treated

L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. Comme de nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'ont affirmé, cette réalité ne rend pas la distinction contestée moins discriminatoire.

David Pannick, Barrister et Fellow du All Souls College (Oxford), dit dans son ouvrage *Sex Discrimination Law* (1985), aux p. 147 et 148:

> [TRADUCTION] Le EAT [Employment Appeals Tribunal] avait raison de conclure que s'il y avait traitement désavantageux d'une femme enceinte, il dépendait d'une distinction fondée sur le sexe de cette personne. Parce que seules les femmes peuvent être enceintes, la plaignante qui a été renvoyée parce qu'elle était enceinte peut soutenir qu'elle n'aurait pas été traitée de façon désavantageuse si ce n'était de son sexe. Il faudrait interpréter les lois de façon très restrictive pour arriver à écarter un traitement désavantageux qui se fondrait sur une caractéristique exclusive d'un seul sexe. Certes, toutes les femmes ne sont pas enceintes ou ne le deviennent pas. Mais il faut souligner qu'il n'y a pas de discrimination directe seulement si le défendeur applique un critère qui traite toutes les femmes moins favorablement. Il y a aussi discrimination si l'on applique un traitement spécial et défavorable à une classe de personnes uniquement composée de femmes, même si cela n'inclut pas toutes les femmes. Prenons l'exemple d'un employeur qui indiquerait qu'il embauchera tout homme qui possède certaines qualifications, mais seulement une femme qui possède les mêmes qualifications et qui mesure plus de six pieds. Même si toutes les femmes ne se trouvent pas exclues, cet employeur a exercé de la discrimination envers les femmes parce qu'il a imposé des conditions désavantageuses pour une catégorie de personnes composée uniquement de femmes.

Je citerai aussi l'article du professeur James MacPherson, intitulé «Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade» (1980), 1 C.H.R.R. c/7, à c/11:

> [TRADUCTION] Dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général (Canada)* on a statué que les dispositions de la Loi sur

pregnant women more harshly than all other applicants for unemployment insurance were held not to constitute sex discrimination. "Any inequality between the sexes in this area", wrote Mr. Justice Ritchie for a unanimous Court, "is not created by legislation but by nature".

The argument that can be advanced in support of this conclusion is that the unemployment insurance legislation treats all women, except pregnant women, on an equal footing with men with respect to eligibility for benefits, and that the differentiation based on pregnancy works against women not qua women, but rather on the basis of a physical condition. It follows, the argument runs, that the differentiation in the legislation is between two classes of women, not between women and men.

In my view, this argument is not valid. The fact that discrimination is only partial does not convert it into non-discrimination. For example, federal legislation that treated some, but not all, Indians more harshly than whites would be discriminatory. Equally, an employer's decision not to hire a particular black solely because of his blackness would run afoul of provincial human rights legislation even though the employer hired other blacks. Legislation or the practice of individuals cannot be saved because they work only a partial discrimination. The legislation in *Bliss* works such a partial discrimination. Although most women are treated equally with men, a certain class, namely those women who are pregnant, are treated more harshly because they are pregnant. Since pregnancy is a condition unique to women, the legislation denies these women their equality before the law. By not recognizing this, and by concluding that differentiation on the basis of pregnancy is not sex-related, the Supreme Court of Canada has decided not to strike against one of the most long-standing and serious obstacles facing women in Canada, namely legislation and employer practices directed against pregnant women.

Reference might also be made to the judgment of Oppal J. of the Supreme Court of British Columbia in *Century Oils (Canada) Inc. v. Davies* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 358, delivered January 28, 1988, in which the following appears, at pp. 364-65:

It may be unduly restrictive and somewhat artificial to argue that a distinction based on a characteristic such as pregnancy, which is shared only by some members of

l'assurance-chômage, une loi fédérale, qui traitait les femmes enceintes moins avantageusement que tous les autres prestataires de l'assurance-chômage, ne créait pas de discrimination fondée sur le sexe. Le juge Ritchie a écrit, dans le jugement unanime de la Cour, que «toute inégalité entre les sexes en ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature».

Pour étayer cette conclusion on peut soutenir que les dispositions relatives à l'assurance-chômage traitent toutes les femmes, sauf les femmes enceintes, sur le même pied que les hommes pour ce qui est de l'admissibilité aux prestations et que la distinction fondée sur la grossesse défavorise les femmes non pas en tant que femmes, mais à cause d'une caractéristique physique. Il en résulte, selon cet argument, que la distinction apportée par les dispositions législatives s'applique à des catégories de femmes, mais ne constitue pas une distinction entre les hommes et les femmes.

À mon avis, cet argument est sans valeur. Que la discrimination ne soit que partielle n'en change pas la nature. Ainsi, une loi fédérale qui traiterait certains Indiens, mais pas tous les Indiens, plus durement que les blancs serait discriminatoire. De même, un employeur qui refuserait d'embaucher un noir particulier uniquement parce qu'il est noir contreviendrait aux lois provinciales sur les droits de la personne même si cet employeur embauchait d'autres noirs. Un texte de loi ou l'acte d'un individu n'est pas protégé parce qu'il n'est que partiellement discriminatoire. La loi visée par l'arrêt *Bliss* a un effet partiellement discriminatoire. Quoique presque toutes les femmes soient traitées comme les hommes le sont, une classe de personnes, soit les femmes enceintes, est traitée plus durement parce que ces femmes sont enceintes. Puisque la grossesse est un état où seules les femmes se trouvent, la loi prive ces femmes de l'égalité devant la loi. En refusant de le reconnaître et en concluant que la distinction fondée sur la grossesse n'est pas fondée sur le sexe, la Cour suprême du Canada a décidé de ne pas attaquer un des obstacles les plus vieux et les plus graves auxquels les femmes sont confrontées au Canada, savoir les lois et les pratiques d'embauche qui défavorisent les femmes enceintes.

On pourrait aussi citer la décision du juge Oppal, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Century Oils (Canada) Inc. v. Davies* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 358, rendu le 28 janvier 1988, aux pp. 364 et 365:

[TRADUCTION] Il est peut-être trop limitatif et même artificiel de soutenir qu'une distinction fondée sur un état, comme la grossesse, que tous les membres d'un

a group, is not discrimination against the whole group. It is no answer to say that, since pregnancy discrimination is not usually applicable to all women, it is not discrimination on the basis of sex, for discrimination which is aimed at or has its effect upon some people in a particular group as opposed to the whole of that group is not any the less discriminatory. This point was made by a board of inquiry under the former Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, in the case of *Zarankin v. Johnstone* (1984), 5 C.H.R.R. D/2274, at p. D/2276, ... wherein the board stated:

> ... an employer who selects only some of his female employees for sexual harassment and leaves other female employees alone is discriminating by reason of sex because the harassment affects only one group adversely.

It cannot be said that discrimination is not proven unless all members of a particular class are equally affected. The interpretation of sex discrimination which is suggested by the petitioner is unduly restrictive and probably runs contrary to contemporary societal expectations.

Finally, on this point, the respondent referred to *Canada Safeway Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832*, [1981] 2 S.C.R. 180, in which this Court restored an arbitration award which found Safeway's "no beards" rule to be a "reasonable" rule. Safeway argues that, by analogy, this Court has already found that discrimination because of pregnancy is not discrimination because of sex. Reference was also made to *Manitoba Human Rights Commission v. Canada Safeway Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. x, in which a panel of this Court dismissed the Human Rights Commission's application for leave to appeal the decision that Safeway's "no beards" rule was not discrimination because of sex. The Manitoba Court of Appeal in a unanimous decision stated that the "no beards" rule was "definitely not a matter of sexual discrimination" ([1985] 1 W.W.R. 479, at p. 480). It is contended that there is an analogy between that case and the present situation; beards are peculiar to men as pregnancy is peculiar to women; however, not all men grow beards and not all women become pregnant. I do not find these cases helpful; I cannot find any useful analogy between a company rule denying

groupe ne partagent pas, ne crée pas de discrimination à l'égard de la totalité du groupe. On ne peut se justifier en affirmant que, puisque la discrimination fondée sur la grossesse ne vise pas toutes les femmes, il ne s'agit pas d'une discrimination fondée sur le sexe. En effet la discrimination qui vise ou atteint quelques membres d'un groupe particulier plutôt que la totalité du groupe n'en est pas moins discriminatoire. C'est ce qu'a affirmé un comité d'enquête entendant une plainte en vertu de l'ancien Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, dans l'affaire *Zarankin v. Johnstone* (1984), 5 C.H.R.R. D/2274, à la p. D/2276 [...] en ces termes:

> ... un employeur qui soumet certaines de ses employées au harcèlement sexuel et n'importune pas d'autres employées exerce de la discrimination fondée sur le sexe parce que le harcèlement défavorise seulement un groupe.

On ne peut pas dire qu'il y a absence de preuve de discrimination à moins que tous les membres d'une catégorie particulière ne soient également touchés. L'interprétation de la discrimination fondée sur le sexe proposée par le demandeur est indûment restrictive et va probablement à l'encontre des attentes de la société contemporaine.

Enfin, sur ce point, l'intimée a invoqué l'arrêt *Canada Safeway Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832*, [1981] 2 R.C.S. 180, par lequel cette Cour a rétabli une sentence arbitrale qui avait statué que le règlement de Safeway contre le port de la barbe était «raisonnable». Safeway soutient que, par analogie, cette Cour a déjà statué que la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas une discrimination fondée sur le sexe. On a aussi mentionné l'affaire *Manitoba Human Rights Commission v. Canada Safeway Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. x, par lequel cette Cour a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi de la Commission des droits de la personne à l'encontre de l'arrêt selon lequel la règle interdisant le port de la barbe n'était pas de la discrimination fondée sur le sexe. La Cour d'appel du Manitoba avait décidé à l'unanimité que la règle interdisant le port de la barbe n'était [TRADUCTION] «manifestement pas un sujet de discrimination fondée sur le sexe» ([1985] 1 W.W.R. 479, à la p. 480). On a soutenu qu'il y a une analogie entre cet arrêt et la situation en l'espèce; la barbe est spécifique aux hommes comme la grossesse est spécifique aux femmes, mais tous les hommes ne portent pas la barbe et

men the right to wear beards and an accident and sickness insurance plan which discriminates against female employees who become pregnant. The attempt to draw an analogy at best trivializes the procreative and socially vital function of women and seeks to elevate the growing of facial hair to a constitutional right.

I am also unpersuaded by the respondent's argument that legislative amendments to preclude pregnancy-based discrimination in the aftermath of *Bliss* indicate that the term sex discrimination does not include pregnancy. One cannot conclude from the fact that some provinces have added pregnancy as an express prohibited ground of discrimination in light of a restrictive definition of sex, that discrimination on the basis of sex does not encompass pregnancy-based discrimination.

IX

Discrimination on the Basis of Family Status

In addition to arguing that discrimination based on pregnancy is sex discrimination, the appellants allege that it is discrimination by reason of family status. As I have already found pregnancy discrimination to violate the prohibition on sex discrimination in the Manitoba *Human Rights Act*, it is not necessary to consider this issue and I refrain from doing so at this time.

X

Disposition

I am of the view that the respondent's accident and sickness plan discriminates on the basis of sex by excluding compensation for pregnant women during a seventeen-week period. I would therefore allow these appeals, and set aside the judgment of the Court of Appeal for Manitoba, with costs of the proceedings before the Manitoba courts and this Court. I would remit the complaints of the

toutes les femmes ne sont pas enceintes. Je ne trouve aucun appui dans ces arrêts. Je ne puis voir d'analogie utile entre une règle imposée par une société interdisant aux hommes le port de la barbe et un régime d'assurance maladie et accidents qui crée de la discrimination envers les employées qui sont enceintes. À essayer de voir une analogie, on ne réussit qu'à banaliser la fonction de procréation des femmes qui est essentielle pour la société et à chercher à conférer un statut constitutionnel au droit de se laisser pousser la barbe.

L'argument invoqué par l'intimée, selon lequel les modifications législatives visant à contrer la discrimination fondée sur la grossesse adoptées après l'arrêt *Bliss* constituent une indication que l'expression discrimination fondée sur le sexe n'inclut pas la grossesse ne me convainc pas. On ne peut conclure, parce que certaines provinces ont ajouté la grossesse à la liste des motifs exprès de discrimination prohibée à cause d'une définition restrictive du mot sexe, que la discrimination fondée sur le sexe n'englobe pas la discrimination fondée sur la grossesse.

IX

La discrimination fondée sur le statut familial

En plus de soutenir que la discrimination fondée sur la grossesse est de la discrimination fondée sur le sexe, les appelantes soutiennent qu'il y a discrimination en raison du statut familial. Puisque j'ai déjà conclu que la discrimination fondée sur la grossesse viole l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe énoncée dans la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba, il est inutile que j'examine cette question et je ne fais pas en l'espèce.

X

Dispositif

Je suis d'avis que le régime d'assurance maladie et accidents de l'intimée crée une discrimination fondée sur le sexe en privant les femmes enceintes de prestations pendant dix-sept semaines. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, avec dépens des procédures devant les cours du Manitoba et en cette Cour. Je suis d'avis de ren-

appellants to the adjudicator for determination of the appropriate remedy pursuant to the Manitoba *Human Rights Act*.

Appeals allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Tanner Elton, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: C. Lynn Smith, Vancouver.

voyer la plainte des appelantes à l'arbitre pour qu'il fixe le redressement approprié en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureur des appelantes: Tanner Elton, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant: C. Lynn Smith, Vancouver.

Dianna Janzen and Tracy Govereau *Appellants*

v.

Platy Enterprises Ltd., and Platy Enterprises Ltd., carrying on business under the firm name and style of Pharos Restaurant, and Tommy Grammas *Respondents*

and

Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) *Intervener*

INDEXED AS: JANZEN v. PLATY ENTERPRISES LTD.

File No.: 20241.

1988: June 15; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson, Le Dain *, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Civil rights — Employment — Sex discrimination — Sexual harassment — Whether sexual harassment in the workplace is discrimination on the basis of sex — Whether employer liable for employee's actions — Quantum of damages — The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

Costs — Manitoba Human Rights Commission — Costs should only be ordered against the Commission in exceptional circumstances.

The appellants were employed as waitresses at Pharos Restaurant during the fall of 1982. The restaurant was owned and operated by Platy Enterprises Ltd. and the president of the corporation was the manager of the restaurant. J, during the course of her employment, was sexually harassed by another employee who touched various part of her body and made sexual advances towards her. The offending employee was in charge of the cooking during the evening shift and had no actual disciplinary authority over the waitresses. He nevertheless was represented by himself and by the manager as having control over firing employees. Despite J's objections, this course of conduct persisted for over a month. When the overtly sexual conduct ceased, the employee continued to make the work environment difficult for J by a pattern of uncooperative and threatening behavi-

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Dianna Janzen et Tracy Govereau *Appelantes*

c.

Platy Enterprises Ltd., et Platy Enterprises Ltd., faisant affaires sous la dénomination sociale de Pharos Restaurant, et Tommy Grammas *Intimés*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: JANZEN c. PLATY ENTERPRISES LTD.

N° du greffe: 20241.

1988: 15 juin; 1989: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson, Le Dain *, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Libertés publiques — Emploi — Discrimination sexuelle — Harcèlement sexuel — Le harcèlement sexuel en milieu de travail constitue-t-il de la discrimination fondée sur le sexe? — L'employeur est-il responsable des actes de son employé? — Montant des dommages-intérêts — Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

Dépens — Commission des droits de la personne du Manitoba — La Commission ne devrait être condamnée aux dépens que dans des circonstances exceptionnelles.

Les appelantes ont été embauchées comme serveuses au Pharos Restaurant au cours de l'automne 1982. Platy Enterprises Ltd. était propriétaire et responsable de l'exploitation du restaurant et le président de la société en était le gérant. Au cours de son emploi, J a été harcelée sexuellement par un autre employé qui avait touché différentes parties de son corps et lui avait fait des avances sexuelles. Ce dernier employé était cuisinier pendant le quart du soir et n'avait aucun pouvoir disciplinaire réel sur les serveuses. Il disait toutefois détenir le pouvoir de les congédier, ce que reconnaissait le gérant. Malgré les protestations de J, cette conduite a persisté pendant plus d'un mois. Lorsque ce comportement sexuel manifeste a pris fin, l'employé a continué de rendre le milieu de travail difficile pour J en adoptant une série de comportements peu coopératifs et mena-

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

our. He was unjustifiably critical of her work and generally treated her in an unpleasant manner. The manager, when informed of the situation, did nothing to put an end to the harassment and J terminated her employment shortly thereafter.

G was the victim of similar behaviour by the same employee. Following a conversation with the manager, the physical harassment ended but it was replaced by a general pattern of verbal abuse by both the manager and the employee who would unjustly criticize her in front of the staff. The harassment culminated with the manager terminating G's employment.

The appellants filed a complaint with the Manitoba Human Rights Commission against Platy Enterprises Ltd., its owners, agents and servants, Pharos Restaurant. The adjudicator found that the appellants had been subjected to persistent and abusive sexual harassment and had been the victims of sex discrimination contrary to s. 6(1) of *The Human Rights Act*. He awarded exemplary damages and damages for loss of wages and found the employee and the employer, Platy Enterprises Ltd., jointly and severally liable. With the exception of the quantum of damages, the Court of Queen's Bench upheld the adjudicator's decision. The Court of Appeal reversed the judgment of the Court of Queen's Bench. The Court held that sexual harassment of the type to which the appellants were subjected was not discrimination on the basis of sex and that the employer could not be held liable for the sexual harassment perpetrated by its employee.

Held: The appeal should be allowed.

Sexual harassment is a form of sex discrimination. Sexual harassment in the workplace is unwelcome conduct of a sexual nature that detrimentally affects the work environment or leads to adverse job-related consequences for the victims of the harassment. By requiring an employee, male or female, to contend with unwelcome sexual actions or explicit sexual demands, sexual harassment in the workplace attacks the dignity and self-respect of the victim both as an employee and as a human being. Here, the sexual harassment suffered by the appellants constituted sex discrimination for it was a practice or attitude which had the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic related to gender.

çants. Il critiquait son travail de façon injustifiée et, de façon générale, la traitait d'une manière désagréable. Le gérant n'a rien fait pour mettre fin au harcèlement lorsqu'il a été avisé de la situation et J a quitté son emploi peu de temps après.

Le même employé s'est comporté de la même façon à l'égard de G. À la suite d'une discussion avec le gérant, le harcèlement physique a cessé, mais le gérant et l'employé ont alors adopté un langage offensant à l'égard de G et l'ont critiquée injustement devant le reste du personnel. Le harcèlement a connu son point culminant lorsque le gérant a congédié G.

Les appelantes ont déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba contre Platy Enterprises Ltd., ses propriétaires, mandataires et préposés, Pharos Restaurant. L'arbitre a conclu que les appelantes avaient été victimes d'un harcèlement sexuel répété et abusif et donc de discrimination sexuelle, contrairement au par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*. Il a accordé des dommages-intérêts exemplaires ainsi que des dommages-intérêts pour la perte de salaire et retenu la responsabilité conjointe et solidaire de l'employé et de Platy Enterprises Ltd. Sous réserve de la question du montant des dommages-intérêts, la Cour du Banc de la Reine a confirmé la décision de l'arbitre. La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine. Elle a conclu que le harcèlement sexuel du genre de celui dont les appelantes ont été victimes ne constitue pas de la discrimination fondée sur le sexe et que l'employeur ne peut être tenu responsable des actes de harcèlement sexuel commis par son employé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le harcèlement sexuel est un forme de discrimination sexuelle. Le harcèlement sexuel en milieu de travail est une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes de harcèlement. En imposant à un employé de faire face à des gestes sexuels importuns ou à des demandes sexuelles explicites, le harcèlement sexuel en milieu de travail est une atteinte à la dignité de la victime et à son respect de soi à la fois comme employé et comme être humain. En l'espèce, le harcèlement sexuel dont les appelantes ont été victimes constitue de la discrimination sexuelle parce qu'il s'agissait de pratiques ou d'attitudes qui avaient pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emplois de certains employés en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe.

The fact that only some, and not all, female employees at the restaurant were subject to sexual harassment is not a valid reason to conclude that sexual harassment could not amount to discrimination on the basis of sex. Sex discrimination does not exist only where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that the ascribing of a group characteristic to an individual is a factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. In nearly every instance of discrimination the discriminatory action is composed of various ingredients with the result that some members of the pertinent group are not adversely affected, at least in a direct sense, by the discriminatory action. To deny a finding of discrimination in the present circumstances would be to deny the existence of discrimination in any situation where discriminatory practices are less than perfectly inclusive. The crucial fact in this case is that it was only female employees who ran the risk of sexual harassment. Indeed, only a woman could be subject to sexual harassment by a heterosexual male, such as the offending employee. A man would not have been subjected to this treatment.

Le fait que certaines employées seulement étaient harcelées sexuellement au restaurant ne permet pas de conclure validement que le harcèlement sexuel ne pouvait constituer de la discrimination fondée sur le sexe. Il n'y a pas discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l'existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l'ensemble du groupe-cible. En l'espèce, ce qui importe, c'est que seules les employées féminines étaient exposées au harcèlement sexuel. En effet, seule une femme pouvait être victime du harcèlement sexuel de la part d'un homme hétérosexuel, comme l'intimé en l'espèce. Aucun homme n'en aurait été la victime.

It strains credulity to argue that the sole factor underlying the discriminatory action was appellants' sexual attractiveness—a personal characteristic—and that gender was accordingly irrelevant. Sexual attractiveness cannot be separated from gender. These women were subject to a disadvantage because of their being women; no male employee in these circumstances would have been subject to the same disadvantage. Any female considering employment at the restaurant was a potential victim and as such was disadvantaged because of her sex.

Soutenir que le seul facteur à la base de l'acte discriminatoire résidait dans l'attrait sexuel des appelantes, une caractéristique personnelle, et affirmer que leur sexe était sans importance met la crédulité à l'épreuve. L'attrait sexuel ne peut se dissocier du sexe. Parce qu'elles étaient des femmes, les appelantes étaient exposées à un désavantage que ne risquait de subir aucun des employés masculins du restaurant. Toute femme qui songeait à travailler au restaurant était une victime potentielle et, comme telle, se trouvait désavantagée en raison de son sexe.

The respondent Platy Enterprises Ltd. must be held liable for the actions of its employee given this Court's decision in *Robichaud*. The offending employee was acting in respect of his employment when he sexually harassed the appellants. His actions were clearly work related. His authority, which had been accorded to him by the respondent, and which derived from his control in

Étant donné l'arrêt *Robichaud* de cette Cour, l'intimée Platy Enterprises Ltd. doit être tenue responsable des actes de son employé. Cet employé agissait dans le cadre de son emploi lorsqu'il a harcelé sexuellement les appelantes. Ses actes étaient clairement reliés à son emploi. L'autorité, conférée par le gérant, dont il se trouvait investi en raison du contrôle qu'il exerçait dans

running the restaurant and his purported ability to fire waitresses, gave him power over the waitresses. Respondent did not meet its responsibility to ensure that this power was not abused, even after the appellants made specific complaints.

The Court of Queen's Bench should not have reduced the award of damages given to the appellants. The amounts were not inordinate in light of the seriousness of the complaints.

Cases Cited

Applied: *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, rev'g [1984] 2 F.C. 799 (C.A.), rev'g (1983), 4 C.H.R.R. D/1272 (H.R. Rev. Trib.), rev'g (1982), 3 C.H.R.R. D/977 (H.R. Trib.); *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; **referred to**: *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/922; *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858; *Olarte v. DeFilippis* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705; *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant* (1984), 5 C.H.R.R. D/1967; *Bell v. Ladas* (1980), 1 C.H.R.R. D/155; *Re Dakota Ojibway Tribal Council and Bewza* (1985), 24 D.L.R. (4th) 374; *Kotyk v. Canadian Employment and Immigration Commission* (1983), 4 C.H.R.R. D/1416; *Phillips v. Hermiz* (1984), 5 C.H.R.R. D/2450; *Doherty v. Lodger's International Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/628; *Coutroubis v. Sklavos Printing* (1981), 2 C.H.R.R. D/457; *Hughes v. Dollar Snack Bar* (1981), 3 C.H.R.R. D/1014; *Cox v. Jagbritte Inc.* (1981), 3 C.H.R.R. D/609; *Mitchell v. Traveller Inn (Sudbury) Ltd.* (1981), 2 C.H.R.R. D/590; *Deisting v. Dollar Pizza (1978) Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/898; *McPherson v. Mary's Donuts* (1982), 3 C.H.R.R. D/961; *Johnstone v. Zarankin* (1985), 6 C.H.R.R. D/2651 (B.C.S.C.), aff'g (1984), 5 C.H.R.R. D/2274 (B.C. Bd.); *Foisy v. Bell Canada* (1984), 6 C.H.R.R. D/2817; *Commodore Business Machines Ltd. v. Ontario Minister of Labour* (1984), 6 C.H.R.R. D/2833; *Re Mehta and MacKinnon* (1985), 19 D.L.R. (4th) 198; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (1977); *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (1981); *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (1982); *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 (1986); *Porcelli v. Strathclyde Regional Council*, [1985] I.C.R. 177 (E.A.T. (Scot.)), aff'd [1986] I.C.R. 564 (Ct. of Session).

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 247.1 [am. c. 9 (1st Supp.), s. 17].
Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 241, § 703.

la direction du restaurant et en raison du pouvoir qu'il aurait eu de congédier les serveuses, lui donnait du pouvoir sur ces dernières. L'intimée n'a pas veillé à ce qu'il n'y ait pas abus de ce pouvoir même après que les appelantes eurent porté des plaintes précises.

La Cour du Banc de la Reine n'aurait pas dû réduire le montant des dommages-intérêts accordés aux appelantes. Les montants n'étaient pas exagérés compte tenu de la gravité des plaintes.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, inf. [1984] 2 C.F. 799 (C.A.), inf. (1983), 4 C.H.R.R. D/1272 (T.A.D.P.), inf. (1982), 3 C.H.R.R. D/977 (T.D.P.); *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; **arrêts mentionnés**: *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/922; *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858; *Olarte v. DeFilippis* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705; *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant* (1984), 5 C.H.R.R. D/1967; *Bell v. Ladas* (1980), 1 C.H.R.R. D/155; *Re Dakota Ojibway Tribal Council and Bewza* (1985), 24 D.L.R. (4th) 374; *Kotyk v. Canadian Employment and Immigration Commission* (1983), 4 C.H.R.R. D/1416; *Phillips v. Hermiz* (1984), 5 C.H.R.R. D/2450; *Doherty v. Lodger's International Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/628; *Coutroubis v. Sklavos Printing* (1981), 2 C.H.R.R. D/457; *Hughes v. Dollar Snack Bar* (1981), 3 C.H.R.R. D/1014; *Cox v. Jagbritte Inc.* (1981), 3 C.H.R.R. D/609; *Mitchell v. Traveller Inn (Sudbury) Ltd.* (1981), 2 C.H.R.R. D/590; *Deisting v. Dollar Pizza (1978) Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/898; *McPherson v. Mary's Donuts* (1982), 3 C.H.R.R. D/961; *Johnstone v. Zarankin* (1985), 6 C.H.R.R. D/2651 (C.S.C.-B.), conf. (1984), 5 C.H.R.R. D/2274 (Com. C.-B.); *Foisy v. Bell Canada* (1984), 6 C.H.R.R. D/2817; *Commodore Business Machines Ltd. v. Ontario Minister of Labour* (1984), 6 C.H.R.R. D/2833; *Re Mehta and MacKinnon* (1985), 19 D.L.R. (4th) 198; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (1977); *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (1981); *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (1982); *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 (1986); *Porcelli v. Strathclyde Regional Council*, [1985] I.C.R. 177 (E.A.T. (Écosse)), conf. [1986] I.C.R. 564 (Ct. of Session).

Lois et règlements cités

Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 241, § 703.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 247.1 [mod. chap. 9 (1er suppl.), art. 17].

Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1) [am. 1976, c. 48, s. 6; am. 1977, c. 46, ss. 2, 3; am. 1982, c. 23, s. 9], 19(4) [en. 1978, c. 43, s. 4], 20 [am. 1976, c. 48, s. 14], 28 [rep. & subs. 1976, c. 48, s. 18; am. 1982, c. 23, s. 24].
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 19.
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 6.
Newfoundland Human Rights Code, R.S.N. 1970, c. 262, s. 10.1 [en. 1983, c. 62, s. 3].

Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
Aggarwal, Arjun P. *Sexual Harassment in the Workplace*. Toronto: Butterworths, 1987.
Backhouse, Constance and Leah Cohen. *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women*. Toronto: Macmillan of Canada, 1978.
Hickling, M. A. "Employer's Liability for Sexual Harassment" (1988), 17 *Man. L.J.* 124.
MacKinnon, Catharine. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. London: Yale University Press, 1979.
United States. Equal Employment Opportunity Commission. *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C.F.R. 1604.11(a) (1985).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 43 Man. R. (2d) 293, 33 D.L.R. (4th) 32, [1987] 1 W.W.R. 385, 87 CLLC ¶ 17,014, 8 C.H.R.R. D/3831, setting aside the judgment of Monnin J. (1985), 38 Man. R. (2d) 20, 24 D.L.R. (4th) 31, [1986] 2 W.W.R. 273, 86 CLLC ¶ 16,009, 7 C.H.R.R. D/3309, which affirmed in part the decision of a Board of Adjudication (1985), 6 C.H.R.R. D/2735. Appeal allowed.

Aaron L. Berg and *G. Hannon*, for the appellants.

No one appeared for the respondents.

Louise Lamb, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—On January 24, 1983, Dianna Janzen made a complaint to the Human Rights Commission of Manitoba against Platy

Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, chap. 45, art. 19.
Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, chap. 53, art. 6.
Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1) [mod. 1976, chap. 48, art. 6; mod. 1977, chap. 46, art. 2, 3; mod. 1982, chap. 23, art. 9], 19(4) [aj. 1978, chap. 43, art. 4], 20 [mod. 1976, chap. 48, art. 14], 28 [abr. & rempl. 1976, chap. 48, art. 18; mod. 1982, chap. 23, art. 24].
Newfoundland Human Rights Code, R.S.N. 1970, chap. 262, art. 10.1 [aj. 1983, chap. 62, art. 3].

Doctrine citée

Abella, Rosalie S. *Rapport d'une Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
Aggarwal, Arjun P. *Sexual Harassment in the Workplace*. Toronto: Butterworths, 1987.
Backhouse, Constance and Leah Cohen. *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women*. Toronto: Macmillan of Canada, 1978.
Hickling, M. A. «Employer's Liability for Sexual Harassment» (1988), 17 *Man. L.J.* 124.
MacKinnon, Catharine. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. London: Yale University Press, 1979.
United States. Equal Employment Opportunity Commission. *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C.F.R. 1604.11(a) (1985).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 43 Man. R. (2d) 293, 33 D.L.R. (4th) 32, [1987] 1 W.W.R. 385, 87 CLLC ¶ 17,014, 8 C.H.R.R. D/3831, qui a infirmé le jugement du juge Monnin (1985), 38 Man. R. (2d) 20, 24 D.L.R. (4th) 31, [1986] 2 W.W.R. 273, 86 CLLC ¶ 16,009, 7 C.H.R.R. D/3309, qui avait confirmé en partie la décision du tribunal d'arbitrage (1985), 6 C.H.R.R. D/2735. Pourvoi accueilli.

Aaron L. Berg et *G. Hannon*, pour les appelantes.

Personne n'a comparu pour le compte des intimés.

Louise Lamb, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le 24 janvier 1983, Dianna Janzen a porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba contre Platy

Enterprises Ltd., its owners, agents and servants, Pharos Restaurant. The complaint reads:

I am a female resident of Manitoba.

I was employed as a waitress at the Pharos Restaurant, located at 9 St. Mary's Road, from August to October, 1982. I was hired by Phillip Anastasiadis, who I believe is part owner of the restaurant.

During my period of employment at the restaurant, I was continuously sexually harassed by Tommy, the cook. On many occasions Tommy grabbed my legs and touched my knee, bum and crotch area. When I resisted his sexual advances, he told me to shut up or he would fire me. He began to yell at me in front of staff and criticize my work.

During the second week of October 1982 I spoke to Phillip about Tommy's behaviour. He told me he couldn't do anything about it. Under the circumstances I felt I had no alternative but to quit my job effective October 31st, 1982.

I believe I have been subjected to discriminatory terms and conditions of employment and that I have been discriminated against because of my sex contrary to Section 6 of The Human Rights Act.

Five days later, on January 29, 1983, Tracy Govereau made a complaint of a similar nature against the same parties, alleging sexual harassment by "Tommy, the cook".

The main issue in this appeal is whether sexual harassment in the workplace is discrimination on the basis of sex, and therefore prohibited by s. 6(1) of the Manitoba *Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65.

I

Facts

The appellants, Dianna Janzen and Tracy Govereau, were employed as waitresses at Pharos Restaurant in Winnipeg, during the fall of 1982. The restaurant and two others of like name were owned and operated by the corporate respondent Platy Enterprises Ltd. The president of the corporation, Eleftherois (also known as Phillip) Anastasiadis,

Enterprises Ltd., ses propriétaires, mandataires et préposés, Pharos Restaurant. La plainte est formulée comme suit:

[TRADUCTION] Je suis résidante du Manitoba.

J'ai travaillé comme serveuse au Pharos Restaurant, situé au 9, St. Mary's Road, du mois d'août au mois d'octobre 1982. J'ai été embauchée par Phillip Anastasiadis qui est, je crois, l'un des copropriétaires du restaurant.

Au cours de mon emploi au restaurant, Tommy, le cuisinier, m'a constamment harcelée sexuellement. À plusieurs reprises, Tommy m'a saisi les jambes et m'a touchée aux genoux, aux fesses et entre les cuisses. Lorsque je résistais à ses avances sexuelles, il me disait de me taire sinon il me congédierait. Il a commencé à crier contre moi devant le personnel et à critiquer mon travail.

Au cours de la deuxième semaine du mois d'octobre 1982, j'ai parlé du comportement de Tommy à Phillip. Il m'a dit qu'il ne pouvait rien y faire. Compte tenu des circonstances, j'ai compris que je n'avais d'autre choix que de quitter mon travail, ce que j'ai fait le 31 octobre 1982.

J'estime qu'on m'a imposé des conditions de travail discriminatoires et que j'ai été victime de discrimination en raison de mon sexe, contrairement à l'art. 6 de la Loi sur les droits de la personne.

Cinq jours plus tard, le 29 janvier 1983, Tracy Govereau a déposé une plainte de même nature contre les mêmes parties, alléguant avoir été victime de harcèlement sexuel par «Tommy, le cuisinier».

La principale question que soulève ce pourvoi est de savoir si le harcèlement sexuel en milieu de travail constitue de la discrimination fondée sur le sexe et donc interdite par le par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba, S.M. 1974, chap. 65.

I

Les faits

Les appelantes Dianna Janzen et Tracy Govereau ont été embauchées comme serveuses au Pharos Restaurant, à Winnipeg, au cours de l'automne 1982. L'intimée Platy Enterprises Ltd. était propriétaire et responsable de l'exploitation de deux autres restaurants du même nom. Le président de la société, Eleftherois (également connu

was the manager of the restaurant and the cook at the restaurant on the first shift. The respondent, Tommy Grammas, was the cook during evening shifts. He did not have an ownership interest in the restaurant, nor was he an officer of the corporation. Although Grammas had no actual disciplinary authority over the waitresses, he was represented by himself and by Anastasiadis as having control over firing employees.

The appellant Janzen was employed at the restaurant from August 21, 1982 until October 31, 1982. Approximately two to three weeks after she commenced her employment, the respondent Grammas began engaging in unwelcome conduct of a sexual nature. He began to make sexual advances towards her. Often this touching occurred when Janzen was burdened with duties as a waitress and unable to defend herself. Despite Janzen's clear and repeated objections to Grammas' behaviour, this course of conduct persisted for over a month.

Dianna Janzen's troubles did not end when the overtly sexual conduct ceased. Grammas continued to make the work environment difficult for her by a pattern of uncooperative and threatening behaviour. He was unjustifiably critical of her work, refused to respond co-operatively to her food orders and generally treated her in an unpleasant manner. Towards the middle of October, Janzen endeavoured to speak to Anastasiadis about Grammas' behaviour. Anastasiadis was unable to talk to her at the time, but according to Janzen's testimony, he said "If it is about Tommy, I can't do anything about it." At a second meeting in late October, Janzen described to Anastasiadis in detail the conduct to which she had been subjected. His reaction was unsympathetic. Janzen's evidence was that Anastasiadis treated the matter lightly and insinuated she was responsible for Grammas' conduct. Anastasiadis admits to telling Janzen she was over-reacting. Anastasiadis made no attempt to put an end to the harassment and, shortly after her discussion with him, Janzen terminated her employment. She was out of work for one month before finding employment at another restaurant. She gave evidence, accepted by the adjudicator, that the physical and emotional

sous le nom de Phillip) Anastasiadis, était le gérant du restaurant et le cuisinier au cours du premier quart. L'intimé, Tommy Grammas, était le cuisinier pendant le quart du soir. Il ne détenait aucune part dans le restaurant et il n'était pas non plus dirigeant de la société. Bien que Grammas n'eût aucun pouvoir disciplinaire réel sur les serveuses, Anastasiadis et lui-même ont indiqué qu'il avait le pouvoir de les congédier.

L'appelante Janzen a travaillé au restaurant du 21 août 1982 au 31 octobre 1982. Après deux ou trois semaines de travail, l'intimé Grammas a commencé à adopter la conduite qui lui est reprochée. Il a commencé à lui faire des avances sexuelles. Souvent, ces attouchements avaient lieu lorsque Janzen était très occupée par son travail de serveuse et incapable de se défendre. Malgré les protestations claires et répétées de Janzen à l'égard du comportement de Grammas, cette conduite a persisté pendant plus d'un mois.

Les problèmes de Dianna Janzen n'ont pas cessé avec la fin des avances sexuelles manifestes. Grammas a continué de lui rendre difficile le milieu de travail en adoptant une attitude peu coopérative et menaçante. Il critiquait son travail de façon injustifiée, il refusait de répondre à ses commandes de repas et la traitait d'une manière désagréable de façon générale. Vers la mi-octobre, Janzen a tenté de parler du comportement de Grammas à Anastasiadis. Celui-ci était alors dans l'impossibilité de lui parler, mais selon le témoignage de Janzen, il a dit: [TRADUCTION] «Si c'est au sujet de Tommy, je n'y peux rien». À l'occasion d'une deuxième rencontre à la fin octobre, Janzen a expliqué en détail à Anastasiadis la conduite dont elle se plaignait. Il a réagi froidement. Selon le témoignage de Janzen, Anastasiadis a pris l'affaire à la légère et laissé entendre qu'elle était responsable de la conduite de Grammas. Anastasiadis admet avoir dit à Janzen que sa réaction était excessive. Anastasiadis n'a rien fait pour tenter de mettre fin au harcèlement et, peu de temps après leur discussion, Janzen a quitté son emploi. Elle a été sans travail pendant un mois avant de trouver un emploi dans un autre restaurant. Dans son témoignage, que l'arbitre a admis, elle a déclaré que les conséquences physi-

consequences of the harassment she endured included insomnia, vomiting and inability to concentrate.

The appellant Govereau was a waitress at Pharos restaurant from October 13, 1982 to December 11, 1982. At the end of her first week of employment, Grammas approached her and kissed her on the mouth. From that point onwards, Grammas repeatedly grabbed Govereau and attempted to kiss her. He constantly touched various parts of her body, including her stomach and breasts. On one occasion, when Govereau was washing dishes in the kitchen, Grammas came up behind her, put his hands under her sweater and attempted to fondle her breasts. Grammas also harassed Govereau verbally, commenting frequently and inappropriately on her appearance. Grammas' conduct persisted despite forceful objections.

As a result of conversations with another waitress at the restaurant, Carol Enns, Govereau decided to raise the matter with Anastasiadis. In mid-November she met with Anastasiadis and discussed Grammas' behaviour for approximately fifteen minutes. According to Govereau's testimony, Anastasiadis did not seem particularly surprised or perturbed by the situation. At one point during the conversation he asked Govereau why she let Grammas treat her that way. After Govereau's discussion with Anastasiadis, the physical harassment of her by Grammas came to an end. It was replaced, however, by a general pattern of verbal abuse by both Grammas and Anastasiadis. Govereau maintained that she was unjustly criticized by the two men and that both of them would yell at her in front of the other staff for no reason. There had been no criticism of her work prior to her decision to complain about Grammas. Govereau's testimony was supported by Carol Enns. The harassment culminated with Anastasiadis terminating Govereau's employment on December 8, 1982, ostensibly as a result of a customer complaint. Govereau worked three additional days, until December 11. She was unable to find alternative employment until August 1983. Govereau testified that as a result of the harassment by Grammas et émotives du harcèlement dont elle a été victime se sont manifestées par de l'insomnie, des vomissements et l'incapacité de se concentrer.

L'appelante Govereau a travaillé comme serveuse au Pharos Restaurant du 13 octobre 1982 au 11 décembre 1982. À la fin de sa première semaine de travail, Grammas s'est approché d'elle et l'a embrassée sur la bouche. À partir de ce moment-là, il l'a empoignée à plusieurs reprises et tenté de l'embrasser. Il touchait continuellement son corps, notamment son ventre et ses seins. À une occasion, alors que Govereau lavait la vaisselle à la cuisine, Grammas est arrivé derrière elle, a glissé ses mains sous son gilet et a tenté de lui caresser les seins. Il l'a également harcelée verbalement, passant souvent et de façon déplacée des remarques sur son apparence. Malgré des protestations vigoureuses, la conduite de Grammas n'a pas cessé.

À la suite de conversations avec Carol Enns, une autre serveuse du restaurant, Govereau a décidé de soulever le problème avec Anastasiadis. À la mi-novembre, elle a rencontré Anastasiadis et a discuté du comportement de Grammas pendant quinze minutes environ. Selon le témoignage de Govereau, Anastasiadis n'a pas semblé particulièrement surpris ni ennuyé par la situation. Au cours de la conversation, il a demandé à Govereau pourquoi elle laissait Grammas la traiter de la sorte. Après cette discussion, Grammas a cessé de harceler Govereau physiquement. Grammas et Anastasiadis ont cependant adopté un langage offensant de façon générale. Govereau a affirmé que les deux hommes la critiquaient injustement et criaient contre elle sans raison devant le reste du personnel. Son travail n'avait fait l'objet d'aucune critique avant qu'elle ne décide de se plaindre de Grammas. Carol Enns a confirmé le témoignage de Govereau. Le harcèlement a atteint son point culminant lorsque, le 8 décembre 1982, Anastasiadis a congédié Govereau sous le prétexte d'une plainte d'un client. Govereau a travaillé les trois jours suivants, jusqu'au 11 décembre. Elle n'a pu trouver d'autre travail avant le mois d'août 1983. Govereau a témoigné que, par suite du harcèlement de Grammas et de Anastasiadis, [TRADUC-

mas and Anastasiadis she "felt dirty, wasn't relaxed, couldn't sleep or concentrate in class".

As I have mentioned, both Janzen and Govereau filed complaints with the Manitoba Human Rights Commission alleging that they had been victims of discrimination on the basis of sex contrary to s. 6(1) of the *Human Rights Act*.

Grammas' employment at Pharos Restaurant was terminated before the hearing of the complaints and he did not participate in any of the proceedings.

II

Legislation

The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, as amended, reads:

6 (**1**) Every person has the right of equality of opportunity based upon bona fide qualifications in respect of his occupation or employment or in respect of training for employment, or in respect of an intended occupation, employment, advancement or promotion, and in respect of his membership or intended membership in a trade union, employers' organization or occupational association; and, without limiting the generality of the foregoing

(a) no employer or person acting on behalf of an employer shall refuse to employ, or to continue to employ or to train the person for employment or to advance or promote that person, or discriminate against that person in respect of employment or any term or condition of employment;

(b) no employment agency shall refuse to refer a person for employment; or for training for employment; and

(c) no trade union, employers' organization or occupational association shall refuse membership to, expel, suspend or otherwise discriminate against that person; or negotiate, on behalf of that person, an agreement that would discriminate against him;

because of the race, nationality, religion, colour, sex, age, marital status, physical or mental handicap, ethnic or national origin, or political beliefs or family status of that person.

TION] «elle se sentait sale, elle était tendue, et ne pouvait plus dormir ni se concentrer en classe».

Comme je l'ai mentionné, Janzen et Govereau ont déposé des plaintes auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba dans lesquelles elles affirment avoir été les victimes de discrimination fondée sur le sexe, en contravention du par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*.

Grammas a cessé de travailler au Pharos Restaurant avant l'audition des plaintes et il n'a participé à aucune des procédures.

II

Les dispositions législatives

La *Loi sur les droits de la personne*, S.M. 1974, chap. 65, et modifications, se lit ainsi:

[TRADUCTION] **6** (**1**) Toute personne a le droit à l'égalité des chances, fondée sur sa véritable compétence professionnelle, dans son travail, à son emploi ou dans son cours de formation professionnelle, en matière de demande de travail, d'emploi ou de promotion ainsi qu'à l'égard de son appartenance à un syndicat ouvrier, à une association d'employeurs ou à une association professionnelle ou de son désir d'en devenir membre et, notamment:

a) ni un employeur ni un représentant d'un employeur ne peuvent refuser d'employer, de continuer à employer une personne ou d'offrir à celle-ci un cours de formation professionnelle ni refuser à celle-ci une promotion ou un avancement ni faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou de conditions de travail;

b) une agence de placement ne peut refuser d'aboucher une personne pour les fins d'un emploi ou d'un cours de formation professionnelle;

c) ni un syndicat ouvrier ni une association d'employeurs ni une association professionnelle ne peuvent refuser d'admettre une personne comme membre, expulser ou radier un membre ou faire preuve autrement de discrimination à son égard, ni négocier, au nom de cette personne, une convention qui serait discriminatoire à son égard,

pour des raisons de race, de nationalité, de religion, de couleur, de sexe, d'âge, d'état matrimonial, de déficience physique ou mentale, d'origine ethnique ou nationale, de convictions politiques ou de statut familial.

28 (1) Where the board of adjudication decides that there has been no contravention of the Act by any party, it shall dismiss the complaint.

28 (2) Where the board of adjudication decides that a party has contravened any provision of the Act, it may do one or more of the following things:

. . .

(b) Make an order requiring the party who contravened the Act to compensate the person discriminated against for all, or such part as a board may determine, of any wages or salary lost or expenses incurred by reason of the contravention of this Act;

(c) Order the person who contravened the Act to pay to the person discriminated against, a penalty or exemplary damages in such amount as the board may determine, if the board is of the opinion that the person discriminated against suffered damages in respect of his feelings, or self-respect.

In 1987, subsequent to the adjudication of the complaints of Janzen and Govereau, the Manitoba *Human Rights Act* was repealed and replaced with *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45. Section 19 of the new *Human Rights Code* expressly prohibits sexual discrimination in the workplace:

19 (1) No person who is responsible for an activity or undertaking to which this Code applies shall

(a) harass any person who is participating in the activity or undertaking; or

(b) knowingly permit, or fail to take reasonable steps to terminate, harassment of one person who is participating in the activity or undertaking by another person who is participating in the activity or undertaking.

19 (2) In this section "harassment" means

(a) a course of abusive or unwelcome conduct or comment undertaken or made on the basis of any characteristic referred to in subsection 9(2); or

(b) a series of objectionable and unwelcome sexual solicitations or advances; or

(c) a sexual solicitation or advance made by a person who is in a position to confer any benefit on, or deny any benefit to, the recipient of the solicitation or advance, if the person making the solicitation or advance knows or ought reasonably to know that it is unwelcome; or

(d) a reprisal or threat of reprisal for rejecting a sexual solicitation or advance.

28 (1) Si le tribunal d'arbitrage en vient à la conclusion qu'aucune des parties n'a violé la présente loi, il doit rejeter la plainte.

28 (2) Si le tribunal d'arbitrage en vient à la conclusion qu'une partie a violé une disposition de la présente loi, il peut prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes:

. . .

b) ordonner à la partie qui a violé la loi d'indemniser la victime de discrimination, en tout ou en partie, à la discrétion du tribunal d'arbitrage, pour les salaires perdus ou les dépenses occasionnées par suite de la violation de la présente loi;

c) ordonner à la personne qui a violé la loi, s'il est d'avis que l'amour propre de la victime de discrimination a été outragé, de payer à cette victime des dommages-intérêts exemplaires dont le tribunal d'arbitrage détermine le montant.

En 1987, après la décision sur les plaintes de Janzen et de Govereau, la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba a été abrogée et remplacée par le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, chap. 45. L'article 19 du nouveau *Code des droits de la personne* interdit expressément le harcèlement sexuel en milieu de travail:

19 (1) Il est interdit à une personne responsable d'une activité ou d'une entreprise visée au présent code:

a) soit de harceler une personne qui participe à l'activité ou à l'entreprise;

b) soit de permettre sciemment le harcèlement d'une personne qui participe à l'activité ou à l'entreprise par une autre personne qui y participe, ou d'omettre de prendre des mesures raisonnables afin que ledit harcèlement prenne fin.

19 (2) Au présent article, le terme «harcèlement» s'entend, selon le cas:

a) d'un comportement ou de commentaires, qui s'avèrent de façon répétée offensants ou inappropriés, attribuables aux caractéristiques mentionnées au paragraphe 9(2);

b) d'avances sexuelles répétées qui sont désagréables et inappropriées;

c) d'avances sexuelles faites par une personne qui a le pouvoir d'accorder ou de refuser un avantage à la personne qui les subit, si la personne qui fait les avances sait ou devrait normalement savoir que celles-ci sont importunes;

d) de représailles ou de menaces de représailles adressées à une personne qui a refusé d'accéder à des avances sexuelles.

III

Judgments Below

1. *The Adjudication Board*

The complaints were heard by Adjudicator Henteleff. In a comprehensive decision of some 144 pages, rendered April 26, 1985 and reported at (1985), 6 C.H.R.R. D/2735, the adjudicator found that both Janzen and Govereau had been victims of sex discrimination. Much of the decision is devoted to preliminary matters which are not at issue in this Court. Adjudicator Henteleff conducted a thorough review of the evidence and concluded that the appellants had been subjected to persistent and abusive sexual harassment. He made the following finding in respect of Janzen, at p. D/2768:

> Further, I find that the cumulative effect of the physical and mental harassment that she had been subjected to created an intolerable work environment for her. She was justified in coming to the conclusion, as she did following her conversation with Phillip immediately prior to her terminating her employment, that there was very little likelihood, if any, that the situation would be rectified. Accordingly, I further find that the cumulative effect of such acts of harassment, sexual as well as mental, and the attitude of the employer as above described amounted to constructive dismissal (see *Cox and Cowell* v. *Jagbritte Inc. et al.* (1982) 3 C.H.R.R. D/609 (Peter A. Cumming) at paras. 5593 and 5594).

and in respect of Govereau, at p. D/2768:

> Based on all of the evidence I have no doubt in concluding that the individual respondent, Tommy, was guilty of sexual harassment of Tracy Govereau. The specific acts, of which she complained, consisted of unwanted sexual acts of a persistent and abusive nature. Her evidence, which I accept, also clearly established that Tommy knew or ought to have known that such acts were unwanted. It is clear from the evidence that Tommy made a variety of sexual advances including touching the complainant for sexual reasons, and that he persisted in this conduct even though it is obvious from her evidence that she forcibly rejected his actions. She impressed me as a truthful witness. Moreover, her evidence was corroborated in all essential respects by her co-worker, Carol Elizabeth Enns. Furthermore, I find that there was additional corroboration of Ms. Govereau's evidence as to Tommy by virtue of the similar acts committed by Tommy on the complainant, Dianna Janzen.

III

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

1. *Le tribunal d'arbitrage*

L'arbitre Henteleff a entendu les plaintes. Dans une décision détaillée de quelque 144 pages rendue le 26 avril 1985 et publiée dans (1985), 6 C.H.R.R. D/2735, l'arbitre a conclu que Janzen et Govereau ont été toutes les deux victimes de discrimination sexuelle. Une bonne part de la décision est consacrée à des questions préliminaires qui ne sont pas en cause devant cette Cour. L'arbitre Henteleff a fait un examen complet de la preuve et a conclu que les appelantes avaient été victimes de harcèlement sexuel répété et abusif. Il a tiré la conclusion suivante au sujet de Janzen, à la p. D/2768:

> [TRADUCTION] De plus, je trouve que l'effet combiné du harcèlement physique et psychologique dont elle a été victime lui a rendu le milieu de travail intolérable. C'est à juste titre qu'elle est parvenue à la conclusion, après sa conversation avec Phillip, juste avant de quitter son emploi, qu'il était peu probable, sinon improbable, que la situation s'améliore. Par conséquent, je conclus en outre que l'effet combiné de ce harcèlement, tant sexuel que psychologique, et l'attitude de l'employeur, que j'ai déjà décrite, constituaient un congédiement déguisé (voir *Cox and Cowell* v. *Jagbritte Inc. et al.* (1982), 3 C.H.R.R. D/609 (Peter A. Cumming) aux par. 5593 et 5594).

et au sujet de Govereau, à la p. D/2768:

> [TRADUCTION] Compte tenu de tous les éléments de preuve, je n'hésite pas à conclure que l'intimé Tommy est coupable de harcèlement sexuel envers Tracy Govereau. Les actes précis dont elle se plaint sont des actes sexuels non sollicités, répétés et abusifs. Son témoignage, que j'admets, établit clairement que Tommy savait ou aurait dû savoir que ces actes n'étaient pas sollicités. Il ressort de la preuve que Tommy a fait diverses avances sexuelles à la plaignante, y compris des attouchements pour des raisons sexuelles, et qu'il n'a pas cessé d'agir ainsi même s'il ressort clairement du témoignage de la plaignante qu'elle a repoussé énergiquement ses gestes. J'estime qu'elle est un témoin digne de foi. En outre, les principaux éléments de son témoignage sont corroborés par celui de sa compagne de travail, Carol Elizabeth Enns. De plus, je conclus que le témoignage de Mme Govereau au sujet de Tommy est encore corroboré par les actes semblables qu'il a commis envers la plaignante, Dianna Janzen.

The question of whether sexual harassment could amount to sex discrimination prohibited by the Manitoba statute was not raised before the arbitrator by either counsel. As there was no dispute on the point, the adjudicator was content to cite six authorities for holding that sexual harassment is sex discrimination; *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/922 (Man. Bd.); *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858 (Ont. Bd.); *Olarte v. DeFilippis* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Ont. Bd.); *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant* (1984), 5 C.H.R.R. D/1967 (Ont. Bd.); and *Robichaud v. Brennan* (1982), 3 C.H.R.R. D/977; Review Tribunal (1983), 4 C.H.R.R. D/1272, and on appeal to the Federal Court of Appeal which gave its judgment dated 18th day of February, 1985, [1984] 2 F.C. 799. The adjudicator accepted the definition of sexual harassment quoted by Professor Cumming in *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant*, *supra*, at para. 16819, as follows:

> From a factual standpoint, sexual harassment can be considered to include:
>
> Unwanted sexual attention of a persistent or abusive nature, made by a person who knows or ought reasonably to know that such attention is unwanted:
>
> . . . or
>
> Implied or expressed threat or reprisal, in the form either of actual reprisal or the denial of opportunity for refusal to comply with a sexually oriented required;
>
> . . . or
>
> Sexually oriented remarks and behaviour which may reasonably be perceived to create a negative psychological and emotional environment for work.

Adjudicator Henteleff concluded that Grammas' conduct violated s. 6(1) of the *Human Rights Act*.

The adjudicator made a number of findings of fact with respect to the position and responsibilities of Grammas at the restaurant and to Anastasiadis' knowledge of the existence of the harassment. He found: (1) that Grammas decided which of the waitresses went home early or stayed at work depending on the amount of business in the restaurant; (2) that in the absence of Anastasiadis,

Aucun des avocats n'a soulevé devant l'arbitre la question de savoir si le harcèlement sexuel pouvait constituer de la discrimination sexuelle que la loi manitobaine interdit. Comme la question n'a pas été débattue, l'arbitre s'est contenté de citer six décisions selon lesquelles le harcèlement sexuel constitue de la discrimination: *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/922 (T.A. Man.); *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858 (Com. Ont.); *Olarte v. DeFilippis* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Com. Ont.); *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant* (1984), 5 C.H.R.R. D/1967 (Com. Ont.); et *Robichaud v. Brennan* (1982), 3 C.H.R.R. D/977; Tribunal d'appel (1983), 4 C.H.R.R. D/1272, et en appel à la Cour d'appel fédérale qui a rendu son jugement le 18 février 1985, [1984] 2 C.F. 799. L'arbitre a retenu la définition de harcèlement sexuel citée par le professeur Cumming dans la décision *Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant*, précitée, au par. 16819:

> [TRADUCTION] Dans les faits, le harcèlement peut comprendre:
>
> Une attention sexuelle non sollicitée, répétée et offensante, dont l'auteur sait ou devrait normalement savoir qu'elle n'est pas sollicitée;
>
> . . . ou
>
> Des menaces ou des représailles, expresses ou implicites, qui peuvent prendre la forme de véritables représailles ou d'un avantage non conféré par suite du refus de se conformer à une demande de nature sexuelle;
>
> . . . ou
>
> Des remarques ou des comportements de nature sexuelle qui peuvent raisonnablement avoir pour effet de créer un milieu de travail psychologique et émotif défavorable.

L'arbitre Henteleff a conclu que, par sa conduite, Grammas avait violé le par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*.

L'arbitre a tiré un certain nombre de conclusions de fait quant aux fonctions et aux responsabilités de Grammas au restaurant et quant à la connaissance qu'avait Anastasiadis du harcèlement. Il a conclu que: (1) Grammas décidait quelles serveuses rentraient chez elles tôt ou restaient au travail selon le nombre de clients qu'il y avait au restaurant; (2) quand Anastasiadis était absent,

Grammas handled any problems with food quality or service; (3) that the staff had the clear and justifiable impression that Grammas was next in line in authority to Anastasiadis, and that he was in charge when Anastasiadis was absent; (4) that Grammas could clear cash from the till; and (5) that Grammas had advised both of the appellants that he could fire them and that even though this was not the case, his authority to terminate the appellants' employment was confirmed by Anastasiadis. Anastasiadis testified that he had told the waitresses Grammas had firing authority because (at p. D/2758) "the girls had to have somebody to be kind of afraid of or respect or whatever". The adjudicator also found that Anastasiadis was aware of the harassment of the appellants, that he failed to take any reasonable steps to ensure that the workplace was free from sexual harassment, and that he actively participated in the verbal harassment of the appellant Govereau.

The adjudicator also considered the liability of the corporate respondent, Platy Enterprises Ltd., for breaches of the *Human Rights Act* committed by Grammas. Adjudicator Henteleff reviewed earlier decisions of human rights tribunals, as well as the decision of the Federal Court of Appeal in *Robichaud*, before concluding that the corporate respondent was liable for the violations. The adjudicator appears to have found Platy Enterprises Ltd. liable both on the principle of vicarious liability and on the organic theory of corporate liability. He remarked (at p. D/2753):

> The clear intent of Sec. 6(1), in respect of areas of discrimination arising therefrom, is not only to make the employer liable for any acts of sexual harassment directly committed by such employer, but also makes him responsible for any such acts committed by a person in authority during the course of his employment.

The adjudicator stated at p. D/2768:

> After consideration of all of the evidence, it is my conclusion that Tommy was a person in such authority that his acts became those of his employer, Platy. The complainant Janzen was made aware of this to the extent that Tommy was in such a preferred position, that if she subjected herself to sexual harassment, she

Grammas réglait tous les problèmes relatifs à la qualité de la nourriture ou au service; (3) le personnel avait le net sentiment, et avec raison, que Grammas exerçait le pouvoir après Anastasiadis et qu'il était responsable en l'absence d'Anastasiadis; (4) Grammas pouvait retirer de l'argent de la caisse enregistreuse; et (5) Grammas avait avisé les deux appelantes qu'il avait le pouvoir de les congédier et, bien que ce ne fût pas vrai, Anastasiadis avait confirmé qu'il avait ce pouvoir. Anastasiadis a témoigné avoir dit aux serveuses que Grammas avait le pouvoir de les congédier parce que (à la p. D/2758) [TRADUCTION] «il fallait que les filles aient un peu peur de quelqu'un, ou du respect, ou quelque chose de ce genre». L'arbitre a également conclu que Anastasiadis savait que les appelantes étaient harcelées, qu'il n'a pris aucune mesure raisonnable pour veiller à ce qu'il n'y ait pas de harcèlement dans le milieu de travail et qu'il a participé activement au harcèlement verbal de l'appelante Govereau.

L'arbitre a également examiné la responsabilité de la société intimée Platy Enterprises Ltd. pour les violations de la *Loi sur les droits de la personne* commises par Grammas. L'arbitre Henteleff a revu des décisions antérieures de tribunaux des droits de la personne ainsi que l'arrêt *Robichaud* de la Cour d'appel fédérale, avant de conclure que la société intimée était responsable des violations. L'arbitre paraît avoir retenu la responsabilité de Platy Enterprises Ltd. en vertu de la responsabilité du fait d'autrui et de la théorie de base de la responsabilité des personnes morales. Il a souligné (à la p. D/2753):

> [TRADUCTION] En matière de discrimination, il est clair que le par. 6(1) a non seulement pour but de rendre l'employeur responsable des actes de harcèlement sexuel qu'il a commis directement mais aussi de le rendre responsable de ces actes lorsqu'ils sont commis par une personne en situation d'autorité dans l'exercice de son emploi.

L'arbitre a affirmé, à la p. D/2768:

> [TRADUCTION] Après avoir examiné toute la preuve, je conclus que Tommy exerçait cette autorité de sorte que ses actes devenaient ceux de l'employeur Platy. On a fait comprendre à la plaignante Janzen que telle était la situation privilégiée de Tommy et que, si elle se pliait aux actes de harcèlement sexuel, elle n'avait qu'à s'en

was to blame for it. Accordingly such harassment had become a condition of her continued employment since Phillip either couldn't or wouldn't do anything about it. (See *McPherson et al v. Mary's Donuts and Doschoian* (1982) 3 C.H.R.R. D/961 (Peter A. Cumming) and particularly at paras. 8549 to 8558, both inclusive.)

The adjudicator did not consider himself to be bound by the decision of the Federal Court of Appeal in *Robichaud* which restricted vicarious liability of a corporation to acts of sexual harassment committed by the corporation's directors or officers. Adjudicator Henteleff interpreted the majority judgment as dealing solely with the question of vicarious liability in a complaint against the Crown and as having no application to private employers. The decision of the Federal Court of Appeal on the issue of liability was later reversed on appeal to this Court (*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84).

Adjudicator Henteleff found Grammas and Platy Enterprises Ltd. jointly and severally liable to the complainants. He awarded Janzen the sum of $480 for lost wages and $3,500 in exemplary damages, and Govereau the sum of $3,000 for lost wages and $3,000 exemplary damages. In arriving at the quantum of exemplary damages, the adjudicator noted that both Janzen and Govereau had been subjected to physical and mental harassment of a severe nature and that the harassment had had a substantial psychological impact on both women. With respect to Janzen he said, at p. D/2771:

> I further find that she was subject to physical and mental harassment which was of a most severe nature. I further find that the harassment was close to being constant throughout her period of employment. I find also that by virtue of her age (21) and her particular situation (including trying to be self-supporting for the first time), she was particularly vulnerable with the result that the cumulative effect of the harassment had a very substantial psychological impact upon her, and suffered damage in respect of feelings and self-respect.

and with respect to Govereau, also at p. D/2771:

prendre à elle-même. Par conséquent, ce harcèlement faisait partie de ses conditions de travail puisque Phillip ne pouvait ni ne voulait rien y faire. (Voir la décision *McPherson et al v. Mary's Donuts and Doschoian* (1982) 3 C.H.R.R. D/961 (Peter A. Cumming) et en particulier les par. 8549 à 8558 inclusivement.)

L'arbitre ne s'estimait pas lié par l'arrêt *Robichaud* de la Cour d'appel fédérale qui restreignait la responsabilité du fait d'autrui d'une société aux actes de harcèlement sexuel commis par les dirigeants et administrateurs de cette société. L'arbitre Henteleff a interprété le jugement de la majorité comme s'il portait uniquement sur la question de la responsabilité du fait d'autrui dans le cas d'une plainte portée contre la Couronne et n'avait aucune application dans le cas d'employeurs privés. Sur la question de la responsabilité, cette Cour a ultérieurement infirmé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (*Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84).

L'arbitre Henteleff a retenu la responsabilité conjointe et solidaire de Grammas et de Platy Enterprises Ltd. à l'égard des plaignantes. Il a accordé à Janzen 480 $ pour la perte de salaire et 3 500 $ à titre de dommages-intérêts exemplaires, et il a accordé à Govereau la somme de 3 000 $ pour la perte de salaire et 3 000 $ à titre de dommages-intérêts exemplaires. Pour déterminer le montant des dommages-intérêts exemplaires, l'arbitre a tenu compte du fait que Janzen et Govereau avaient été victimes d'un harcèlement physique et mental grave et que les conséquences psychologiques étaient importantes. En ce qui concerne Janzen, il a dit, à la p. D/2771:

> [TRADUCTION] Je conclus également qu'elle a été victime d'un harcèlement physique et mental des plus graves. Je conclus en outre que ce harcèlement a été presque constant pendant la durée de son emploi. Je conclus aussi qu'en raison de son âge (21 ans) et de sa situation particulière (elle tentait notamment de subvenir à ses propres besoins pour la première fois) elle était particulièrement vulnérable et, par conséquent, que l'effet cumulatif du harcèlement a eu sur elle des répercussions psychologiques considérables et qu'elle en a subi un préjudice sur le plan des sentiments et du respect de soi.

et en ce qui concerne Govereau, également à la p. D/2771:

I further find that she was subject to physical and mental harassment which although severe and frequent, was not of the same degree as that suffered by Ms. Janzen. I find that by virtue of her situation (including attending University and her particular need of this part-time job) that the cumulative effect of the harassment had a substantial psychological impact upon her and she suffered damages in respect of feelings and self-respect.

The award to Janzen was greater than the award to Govereau, as the harassment Janzen endured was more severe.

The decision concluded, at p. D/2772 by directing Platy Enterprises Ltd.:

Further and under the direction of the Manitoba Human Rights Commission, and within such time as the Commission determines, to establish and maintain in all of its restaurant premises such program as will reasonably assure such restaurant premises will remain free of sexual harassment.

2. *The Manitoba Court of Queen's Bench*

Platy Enterprises Ltd. appealed the decision of Adjudicator Henteleff. With the exception of the quantum of damages, Monnin J. upheld the adjudicator's decision: (1985), 38 Man. R. (2d) 20, 24 D.L.R. (4th) 31, [1986] 2 W.W.R. 273, 86 CLLC ¶ 16,009, 7 C.H.R.R. D/3309 (hereinafter cited to C.H.R.R.) Monnin J. began by noting that the question whether Janzen and Govereau had been sexually harassed was not before the court, counsel for the appellant having admitted that Grammas was guilty of sexual harassment. He then turned to consider whether sexual harassment is a form of sex discrimination prohibited by s. 6(1) of the *Human Rights Act*. Monnin J. rejected Platy Enterprises Ltd's argument that the term sex discrimination as used in the Manitoba statute was not intended to apply to activities of an individual directed against a particular individual, rather than against an entire identifiable group. Instead, he accepted the result and the reasoning of Adjudicator Shime in *Bell v. Ladas* (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Ont. Bd.), who held that sexual harassment did amount to discrimination on the basis of sex.

[TRADUCTION] Je conclus également qu'elle a été victime d'un harcèlement physique et mental qui, bien que grave et fréquent, était différent de celui subi par Mme Janzen. Je conclus qu'en raison de sa situation (elle poursuivait notamment ses études universitaires et avait particulièrement besoin de cet emploi à temps partiel) l'effet cumulatif du harcèlement a eu sur elle des répercussions psychologiques importantes et qu'elle en a subi un préjudice sur le plan des sentiments et du respect de soi.

Janzen a donc reçu un montant plus important que Govereau parce que la nature du harcèlement dont elle avait été victime était plus grave.

L'arbitre conclut, à la p. D/2772, en ordonnant à Platy Enterprises Ltd.:

[TRADUCTION] De plus, et en conformité avec l'ordonnance de la Commission des droits de la personne du Manitoba et dans le délai qu'elle aura fixé, d'établir et de maintenir en vigueur dans tous ses restaurants des programmes qui pourront raisonnablement garantir l'absence de tout harcèlement sexuel dans ses restaurants.

2. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Platy Enterprises Ltd. a fait appel de la décision de l'arbitre Henteleff. Sous réserve du montant des dommages-intérêts, le juge Monnin a confirmé la décision de l'arbitre: (1985), 38 Man. R. (2d) 20, 24 D.L.R. (4th) 31, [1986] 2 W.W.R. 273, 86 CLLC ¶ 16,009, 7 C.H.R.R. D/3309 (ci-après cité au C.H.R.R.) Le juge Monnin a d'abord souligné que la question de savoir si Janzen et Govereau avaient été harcelées sexuellement n'avait pas été soumise à la cour, l'avocat de l'appelante ayant admis que Grammas était coupable de harcèlement sexuel. Il a ensuite examiné la question de savoir si le harcèlement sexuel était une forme de discrimination sexuelle interdite par le par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*. Le juge Monnin a rejeté l'argument de Platy Enterprises Ltd. que l'expression discrimination sexuelle telle qu'elle est employée dans la loi manitobaine n'était pas conçue pour s'appliquer aux activités d'un individu envers un autre individu bien précis mais plutôt envers tout un groupe bien identifié. Au lieu de cela, le juge Monnin a retenu la conclusion et le raisonnement de l'arbitre Shime qui a décidé que le harcèlement sexuel constituait de la discrimination fondée sur le sexe, dans la décision *Bell v. Ladas* (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Com. Ont.)

Monnin J. also rejected Platy Enterprises Ltd.'s argument that the amendments enacted by some provinces to prohibit specifically sexual harassment in their human rights legislation was to be construed as an indication that the term sex discrimination did not encompass sexual harassment.

Monnin J. next considered the liability of Platy Enterprises Ltd. for the actions of its employee, Grammas. He began by absolving Anastasiadis from any participation in the sexual harassment of Janzen and Govereau and from condoning Grammas' behaviour. In spite of his conclusion that Anastasiadis was not personally responsible for Grammas' conduct, Monnin J. continued to find Platy Enterprises Ltd. liable for sexual harassment (at p. D/3314):

> ... I have no hesitation in finding, as did the adjudicator, that whether or not, in reality, Grammas had any power over the staff of the restaurant, the staff was purposefully led to believe by Anastasiadis that he did. In point of fact, Grammas might well not have been a directing mind of respondents [*sic*] but the perception given to the employees is what must be a determining factor ...
>
> By the admission of Anastasiadis, respondents [*sic*] have placed Grammas in a position of authority over the staff and therefore the complainants. By seemingly proffering this authority upon Grammas, respondents [*sic*] must be and are bound by his actions. Liability for Grammas' sexual harassment of complainants therefore extends to respondents [*sic*].

On the issue of damages, Monnin J. said, at pp. D/3314-15:

> Section 28(2) of the *Act* empowers a board of adjudication to compensate a person who has been discriminated against for any wages or salary lost as a result of a contravention of the *Act* as well as ordering payments of a penalty or exemplary damages if a person who has been discriminated against has suffered damages in respect of feelings or self-respect.
>
> In this particular case the board of adjudication found that complainant Janzen suffered a one month loss of income and awarded her $480.00 in lost wages. I have little difficulty in upholding this finding. As to complainant Govereau however, the board of adjudication found

Le juge Monnin a également rejeté l'argument de Platy Enterprises Ltd. que les modifications apportées par certaines provinces à leur législation sur les droits de la personne pour interdire expressément le harcèlement sexuel devaient être interprétées comme une indication que la discrimination sexuelle ne comprenait pas le harcèlement sexuel.

Le juge Monnin a ensuite examiné la responsabilité de Platy Enterprises Ltd. quant aux actes de son employé Grammas. Il a d'abord conclu que Anastasiadis n'avait pas participé au harcèlement sexuel de Janzen et de Govereau et ni toléré le comportement de Grammas. Malgré sa conclusion que Anastasiadis n'était pas personnellement responsable de la conduite de Grammas, le juge Monnin a poursuivi et conclu à la responsabilité de Platy Enterprises Ltd. pour le harcèlement sexuel (à la p. D/3314):

> [TRADUCTION] ... Je n'ai aucune hésitation à conclure, comme l'a fait l'arbitre, que peu importe si Grammas détenait réellement un pouvoir sur le personnel du restaurant, Anastasiadis a volontairement incité le personnel à croire qu'il le détenait. En fait, il se peut bien que Grammas n'ait pas été un des dirigeants des entreprises intimées (*sic*) mais c'est ce que les employés pensaient qui doit être un facteur déterminant ...
>
> De l'aveu d'Anastasiadis, les intimées (*sic*) ont placé Grammas dans une situation d'autorité à l'égard du personnel et donc des plaignantes. En conférant apparemment cette autorité à Grammas, les intimées (*sic*) doivent être et sont liées par ses actes. Par conséquent, la responsabilité de Grammas pour les actes de harcèlement sexuel envers les plaignantes s'étend aux intimées (*sic*).

Sur la question des dommages-intérêts, le juge Monnin a dit, aux pp. D/3314 et D/3315:

> [TRADUCTION] Le paragraphe 28(2) de la *Loi* permet au tribunal d'arbitrage d'indemniser la victime de discrimination pour les salaires perdus ou les dépenses occasionnées par suite de la violation de la *Loi* ainsi que d'ordonner le paiement de dommages-intérêts exemplaires à la victime de discrimination pour un préjudice subi au titre du respect de soi.
>
> En l'espèce, le tribunal d'arbitrage a conclu que la plaignante Janzen a perdu l'équivalent d'un mois de salaire et lui a accordé 480 $ à ce titre. Je n'hésite pas à confirmer cette décision. En ce qui concerne Govereau cependant, le tribunal a conclu à une perte de salaire

a loss of income of approximately 6 months and awarded damages in the amount of $3,000.00 for such loss. I am not satisfied that the evidence warrants this finding. There is little evidence of what if any attempts complainant Govereau made to secure other employment. There is evidence that she was embarrassed by her firing from Pharos and that this caused her some difficulties in seeking out employment. I do not question this, but an award of damages and not compensation for loss of wages is the proper remedy for his state of affairs. Even by giving complainant Govereau every benefit of the doubt, I cannot justify an award for loss of wages in excess of one month or $500.

I am now left with the issue of punitive or exemplary damages. This is a difficult concept with which to deal because the court must attempt to quantify feelings or self-respect. The concept itself is difficult to rationalize and even more so when it is of a nature with which courts do not normally deal with. Notwithstanding that human rights legislation is a new and specialized area of law, awards of damages in one area of law must maintain a certain balance with fines meted out in criminal or quasi criminal matters and damages awarded in general civil cases. Not to maintain this general balance will too easily bring into question the principle of equal justice for all. I fully realize and accept that the conduct of Grammas was demeaning and traumatic for both complainants. What must be realized however is that victims of criminal acts or persons wrongfully dismissed from their employment or injured by the conduct of others also have their feelings and self-respect attacked. This type of loss is not the sole preserve and domain of persons who have suffered discrimination. A loss based on discrimination cannot be assessed in a vacuum. Such a loss must be looked at in the context of damages in law as a whole.

Bearing those comments in mind, I find the complainant Janzen is entitled under s. 28(2)(c) of the *Act* to an award of $1,000.00 while complainant Govereau is entitled to an award of $1,500.00. I have awarded Govereau an amount greater than Janzen because the evidence has convinced me that her feelings and self-respect were dealt a more severe attack by the actions of Grammas than were the feelings and self-respect of Janzen.

Thus Monnin J. reduced the award for lost wages to Govereau from $3,000 to $500 because of

équivalente à 6 mois de travail et lui a accordé 3 000 $ de dommages-intérêts. Je ne suis pas convaincu que la preuve justifie cette décision. Nous avons peu d'éléments de preuve qui établissent que la plaignante Govereau a essayé de trouver un autre travail. Il existe des éléments de preuve que la honte ressentie par suite de son congédiement par Pharos lui a rendu plus difficile la recherche d'un emploi. Je ne mets pas cela en doute, mais dans ce genre d'affaires, la réparation appropriée est d'accorder des dommages-intérêts et non une indemnité pour la perte de salaire. Même en accordant le bénéfice du doute à la plaignante Govereau, je ne peux lui accorder plus que l'équivalent d'un mois de salaire ou 500 $ pour la perte de revenu.

Je dois maintenant traiter de la question des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs. Elle est délicate parce que le tribunal doit tenter de quantifier des sentiments ou ce qu'on entend par respect de soi. La notion elle-même est difficile à cerner rationnellement et l'est encore davantage parce qu'elle revêt un caractère que les tribunaux n'examinent pas habituellement. Bien que les lois sur les droits de la personne représentent en droit un domaine nouveau et spécialisé, il faut maintenir un certain équilibre entre les dommages-intérêts accordés dans un domaine du droit et les amendes imposées en matière criminelle et quasi criminelle ou les dommages-intérêts accordés dans les affaires civiles en général. Porter atteinte à cet équilibre général remettra trop facilement en cause le principe d'une même justice pour tous. Je suis tout à fait conscient du fait que la conduite de Grammas était humiliante et traumatisante pour les deux plaignantes. Il faut cependant comprendre que les victimes d'actes criminels, les personnes congédiées illicitement ou celles qui subissent un préjudice par suite de la conduite d'autres sont aussi attaquées dans leurs sentiments et respect de soi. Ce type de préjudice ne concerne pas uniquement les victimes de discrimination. Un préjudice fondé sur la discrimination ne peut être évalué isolément. Ce préjudice doit être évalué dans le contexte des dommages-intérêts dans l'ensemble du droit.

Compte tenu de ces remarques, je conclus qu'en application de l'al. 28(2)c) de la *Loi* la plaignante Janzen a droit à 1 000 $ alors que la plaignante Govereau a droit à 1 500 $. J'ai accordé un montant supérieur à Govereau parce que la preuve m'a convaincu que ses sentiments et son respect de soi ont été atteints plus gravement que ceux de Janzen.

Le juge Monnin a réduit le montant accordé à Govereau pour la perte de salaire de 3 000 $ à

insufficient evidence of her efforts to secure alternative employment and reduced the exemplary damage awards to Janzen and Govereau to $1,000 and $1,500 respectively.

3. *The Manitoba Court of Appeal*

Platy Enterprises Ltd. appealed the decision of Monnin J. and Janzen and Govereau cross-appealed on the quantum of damages. The Manitoba Court of Appeal (Matas, Huband and Twaddle JJ.A.) allowed the appeal: (1986), 43 Man. R. (2d) 293, 33 D.L.R. (4th) 32, [1987] 1 W.W.R. 385, 87 CLLC ¶ 17,014, 8 C.H.R.R. D/3831 (hereinafter cited to C.H.R.R.) Huband J.A. and Twaddle J.A. rendered comprehensive separate reasons which I will review at some length because, with the greatest respect, I do not agree with them. Both held that sexual harassment could not constitute discrimination on the basis of sex. Due to his untimely death, Matas J.A. did not participate in the reasons for judgment.

Huband J.A. began by expressing his amazement that sexual harassment had been equated with discrimination on the basis of sex, and that an employer could be held vicariously responsible for the harassing conduct of an employee. He stated (at p. D/3832):

> I am amazed to think that sexual harassment has been equated with discrimination on the basis of sex. I think they are entirely different concepts. But adjudicators under human rights legislation, legal scholars and writers, and jurists have said that the one is included in the other.
>
> Assuming sexual harassment to be a form of sexual discrimination, I am amazed to think that an employer could be held vicariously responsible for that form of discrimination on the part of an employee, or that a corporate employer could be found "personally responsible" for a sexually malevolent employee, except under the rarest of circumstances. Yet adjudicators, legal scholars, and judges have said otherwise.

Huband J.A. noted the line of cases in which both judges and adjudicators had found sexual

500 $ en raison de l'insuffisance de la preuve qu'elle avait fait des efforts pour trouver un autre emploi, et il a réduit le montant des dommages-intérêts exemplaires accordés à Janzen et à Govereau à 1 000 $ et à 1 500 $ respectivement.

3. *La Cour d'appel du Manitoba*

Platy Enterprises Ltd. a fait appel de la décision du juge Monnin; Janzen et Govereau ont présenté un appel incident sur la question du montant des dommages-intérêts. La Cour d'appel du Manitoba (composée des juges Matas, Huband et Twaddle) a accueilli l'appel: (1986), 43 Man. R. (2d) 293, 33 D.L.R. (4th) 32, [1987] 1 W.W.R. 385, 87 CLLC ¶ 17,014, 8 C.H.R.R. D/3831 (ci-après cité au C.H.R.R.) Les juges Huband et Twaddle ont rédigé des opinions distinctes très complètes que je vais revoir en détail parce que, avec beaucoup d'égards, je ne peux partager leur avis. Ils ont tous les deux conclu que le harcèlement sexuel ne pouvait constituer de la discrimination fondée sur le sexe. Le juge Matas, décédé subitement, n'a pas pris part au jugement.

Le juge Huband a d'abord exprimé son étonnement que le harcèlement sexuel ait été assimilé à de la discrimination fondée sur le sexe et qu'un employeur puisse être tenu responsable des actes de harcèlement sexuel commis par son employé. Il a affirmé (à la p. D/3832):

> [TRADUCTION] Je suis extrêmement surpris que le harcèlement sexuel ait été assimilé à de la discrimination fondée sur le sexe. Je pense que ce sont des notions tout à fait différentes. Mais certains arbitres, en application des lois sur les droits de la personne, certains professeurs de droit et certains auteurs ainsi que des juristes ont dit que l'un est compris dans l'autre.
>
> À supposer que le harcèlement sexuel soit une forme de discrimination sexuelle, je suis surpris que l'on puisse penser qu'un employeur pourrait être tenu responsable de cette forme de discrimination exercée par un employé ou qu'une société-employeur pourrait être tenue «personnellement responsable» d'un employé qui a une conduite sexuelle néfaste, sous réserve de circonstances très exceptionnelles. Pourtant, certains arbitres, professeurs de droit et juges ont dit le contraire.

Le juge Huband a mentionné la série de décisions dans lesquelles des juges et des arbitres

harassment to be a form of sex discrimination but stated that these decisions were wrong.

Huband J.A. adopted two of the three meanings assigned to the word "discriminate" in *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed.): "**1.** To make or constitute a difference in or between; to differentiate . . . ; **3.** To make a distinction"; and concluded, "In this *Act* discrimination is a violation of the law. The word 'discriminate' used in a pejorative sense, means an unjustified differentiation or distinction."

Sexual harassment, in the view of Huband J.A., embraced an entirely different concept, stating (at p. D/3834):

> The word "harass" is given several definitions in *The Shorter Oxford English Dictionary*, the most pertinent for our purposes being to harry, or to trouble or vex by repeated attacks. Sexual harassment involves vexing or troubling a person with respect to sexual matters such as repeatedly touching or making suggestions, or threats.
>
> Sexual harassment is not socially acceptable conduct. Depending on the nature of it, it might constitute a criminal offence or a civil wrong under the common law. But I cannot understand how it can be equated with sexual discrimination.

Although he recognized that sexual harassment was not socially acceptable conduct, Huband J.A. cited the following example to illustrate how it could not be viewed as sex discrimination (at p. D/3834):

> When a schoolboy steals kisses from a female classmate, one might well say that he is harassing her. He is troubling her; vexing her; harrying her—but he surely is not discriminating against her.

Huband J.A. next examined the meaning of discrimination in s. 6(1) of the *Human Rights Act*. He discussed each of the clauses of s. 6(1) and concluded that the section as a whole was aimed at discrimination in a generic sense. He gave the following examples of generic discrimination: discriminating against Blacks as a group, Jehovah's

avaient décidé que le harcèlement sexuel était une forme de discrimination sexuelle mais a affirmé qu'elles étaient erronées.

Le juge Huband a retenu deux des trois sens que le *Shorter Oxford English Dictionary* (3e éd.) donne au terme anglais «*discriminate*»: [TRADUCTION] «**1.** Faire ou établir une différence entre; action de différencier . . . ; **3.** Faire une distinction»; et a conclu [TRADUCTION] «Dans la présente *Loi*, la discrimination est une violation du droit. Le terme «*discriminate*», dans un sens péjoratif, désigne une différenciation ou une distinction injustifiée».

Selon le juge Huband, le harcèlement sexuel est une notion tout à fait différente (à la p. D/3834):

> [TRADUCTION] *The Shorter Oxford English Dictionary* donne au terme «*harass*» plusieurs définitions, la plus appropriée dans notre contexte étant celle de harceler, de gêner ou d'importuner par des attaques répétées. Le harcèlement sexuel consiste donc à importuner ou à gêner une personne à l'égard de questions sexuelles, par exemple, par des attouchements ou des propositions répétés ou des menaces.
>
> Le harcèlement sexuel n'est pas une conduite sociale acceptable. Selon la forme qu'il revêt, il peut constituer une infraction criminelle ou un délit civil en *common law*. Mais je ne peux comprendre qu'on l'assimile à de la discrimination sexuelle.

Bien que le juge Huband ait admis que le harcèlement sexuel n'est pas une conduite socialement acceptable, il a mentionné l'exemple suivant pour illustrer pourquoi on ne pouvait le considérer comme de la discrimination sexuelle (à la p. D/3834):

> [TRADUCTION] Lorsqu'un écolier vole des baisers d'une écolière, certains pourraient être tentés de dire qu'il la harcèle. Il l'importune, l'ennuie, la dérange, mais il n'agit certainement pas de façon discriminatoire envers elle.

Le juge Huband a ensuite examiné le sens de discrimination au par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*. Il a analysé chacune des dispositions du par. 6(1) et a conclu que, dans son ensemble, l'article visait la discrimination dans son sens générique. Voici les exemples qu'il a donnés du sens générique de la discrimination: discrimina-

Witnesses as a group, or women as a group. In Huband J.A.'s view, discrimination in the generic sense could not include sexual harassment, presumably because not all women were the victims of sexual harassment.

Even though his finding on the issue of sex discrimination rendered consideration of corporate liability unnecessary, Huband J.A. examined this issue. He noted that he did not believe Grammas could be held liable under the *Human Rights Act*, as he interpreted the statute to apply only to employers and not to fellow employees. Unlike Adjudicator Henteleff, Huband J.A. considered himself bound by the decision of the Federal Court of Appeal in *Robichaud*, *supra*, where the court held that absent a provision in the relevant human rights statute for the imposition of vicarious or strict liability, an employer could not be held vicariously liable for the actions of an employee, except where an employee was acting on behalf of an employer. No such foundation for vicarious liability could be found in the Manitoba *Human Rights Act*. Huband J.A. was firmly of the view that Platy Enterprises Ltd. could not be held liable for Grammas' conduct as Grammas was not acting on behalf of the employer corporation.

Huband J.A. proceeded to examine the second ground on which the adjudicator held Platy Enterprises Ltd. liable, the organic theory of corporate responsibility. On this theory, a corporation could be liable for wrongful acts of an employee where the corporation adopts or approves of the employee's wrongful acts or where an officer or official of the corporation is given the authority to originate the corporation's policies and to implement them. Huband J.A. was of the view that liability could not be founded on the organic theory for two reasons. First, Grammas was not the directing mind of the corporation. Second, Grammas did not commit the acts of harassment in the course of employment. In Huband J.A.'s view, an employer could only be held liable for the acts of negligent employees where the employees

tion envers les Noirs comme groupe, les témoins de Jéhovah comme groupe ou les femmes comme groupe. Dans l'esprit du juge Huband, la discrimination dans son sens générique ne peut comprendre le harcèlement sexuel, probablement parce que les femmes ne sont pas toutes victimes de harcèlement sexuel.

Le juge Huband a examiné la question de la responsabilité de la société même si sa conclusion sur la discrimination sexuelle rendait cette question inutile. Il a souligné qu'il ne pensait pas que Grammas puisse être tenu responsable en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* puisque, selon son interprétation, la loi ne pouvait s'appliquer qu'aux employeurs et non aux collègues de travail. Contrairement à l'arbitre Henteleff, le juge Huband s'est dit lié par l'arrêt *Robichaud*, précité, dans lequel la Cour d'appel fédérale a conclu qu'en l'absence, dans la *Loi sur les droits de la personne*, d'une disposition sur la responsabilité du fait d'autrui ou la responsabilité stricte, un employeur ne pouvait être tenu responsable des actes d'un employé, sauf si celui-ci agissait pour le compte de l'employeur. La *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba ne contient aucune disposition de ce genre sur la responsabilité du fait d'autrui. Le juge Huband était fermement d'avis que Platy Enterprises Ltd. ne pouvait être tenue responsable de la conduite de Grammas puisque celui-ci n'agissait pas pour le compte de l'employeur, la société.

Le juge Huband a examiné ensuite le deuxième moyen en vertu duquel l'arbitre avait retenu la responsabilité de Platy Enterprises Ltd., la théorie de base de la responsabilité des personnes morales. Selon cette théorie, une société peut être tenue responsable des actes illégitimes d'un employé lorsque la société adopte ou approuve les actes de cet employé, ou lorsqu'un dirigeant ou un représentant de la société se voit conférer le pouvoir de formuler les politiques de la société et de les mettre en œuvre. Selon le juge Huband, la théorie de base ne pouvait être invoquée à l'appui de la responsabilité pour deux raisons. Premièrement, Grammas n'était pas l'âme dirigeante de la société. Deuxièmement, Grammas n'a pas commis les actes de harcèlement dans l'exercice de ses fonctions. De l'avis du juge Huband, un employeur ne peut être

were acting within their authorized capacity. In the case of a cook, Huband J.A. explained that this authority would extend to the preparation of food and the maintenance of safe conditions in the kitchen, but would not encompass acts of sexual harassment (at p. D/3841):

> If the cook dumped too much pepper in the soup, he would clearly be acting in the course of his employment, trying, albeit negligently, to prepare and present a decent meal. If the cook, contrary to instruction, was smoking on the job, and as a result negligently caused a gas explosion in the kitchen, it would be arguable that he was still acting in the course of his employment in the sense that he was trying to fulfil his responsibilities as a cook. But what has patting the buttocks of a waitress to do with fulfilling the responsibilities as a cook?

Huband J.A. concluded that even if Grammas' actions did violate the *Human Rights Act*, Platy Enterprises Ltd. could not be held liable on either theory of corporate liability.

Finally, Huband J.A. briefly discussed the issue of damages. He stated that Monnin J. was correct in reducing the damage awards of the adjudicator in keeping with the decision of the Manitoba Court of Appeal in *Re Dakota Ojibway Tribal Council and Bewza* (1985), 24 D.L.R. (4th) 374.

Like Huband J.A., Twaddle J.A. was emphatic in his view that sexual harassment was not sex discrimination. To assert a claim of discrimination by reason of sex under s. 6(1) of the *Human Rights Act*, Twaddle J.A. held that three elements must be present: (1) discrimination; (2) because of sex; and (3) in respect of employment. He proceeded to examine each of these elements in turn. With respect to the element of discrimination, Twaddle J.A. held that the intent of the Manitoba legislature was to prohibit differentiation on the basis of categorical grouping. It was not to prevent differentiation between people on the basis of individual characteristics or qualifications. Twaddle J.A. explained his understanding of categorical grouping as (at p. D/3844): "a distinction which

tenu responsable des actes d'employés négligents que si ces employés agissent en vertu des pouvoirs qui leur sont donnés. Dans le cas d'un cuisinier, le juge Huband a expliqué que la préparation des aliments et le fait de veiller à la salubrité et à la sécurité de la cuisine relèveraient de ce pouvoir, mais non les actes de harcèlement sexuel (à la p. D/3841):

> [TRADUCTION] Si le cuisinier poivrait trop la soupe, il est clair qu'il serait en train d'agir dans l'exercice de ses fonctions, tentant, mais de façon négligente, de préparer et d'offrir un repas acceptable. Si le cuisinier, contrairement aux directives, fumait en travaillant et causait alors par sa négligence une explosion de gaz dans la cuisine, on pourrait prétendre qu'il agissait toujours dans l'exercice de ses fonctions en ce sens qu'il essayait d'exercer ses fonctions de cuisinier. Mais qu'est-ce que le fait de tapoter les fesses d'une serveuse peut avoir à faire avec l'exécution des fonctions d'un cuisinier?

Le juge Huband a conclu que même si les actes de Grammas avaient violé la *Loi sur les droits de la personne*, Platy Enterprises Ltd. ne pouvait être tenue responsable en vertu de l'un ou l'autre volet de la théorie de la responsabilité des personnes morales.

Enfin, le juge Huband a examiné brièvement la question des dommages-intérêts. Il a affirmé que le juge Monnin avait eu raison de réduire les montants accordés par l'arbitre, conformément à l'arrêt *Re Dakota Ojibway Tribal Council and Bewza* (1985), 24 D.L.R. (4th) 374 de la Cour d'appel du Manitoba.

Comme le juge Huband, le juge Twaddle a catégoriquement exprimé son avis que le harcèlement sexuel n'était pas de la discrimination sexuelle. Selon le juge Twaddle, pour affirmer qu'il y a discrimination sexuelle en vertu du par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne*, trois éléments doivent être présents: (1) la discrimination; (2) en raison du sexe; et (3) en matière d'emploi. Il a donc examiné chacun de ces éléments. En ce qui concerne l'élément de discrimination, le juge Twaddle a conclu que l'intention du législateur au Manitoba était d'interdire les différences établies sur la base d'un regroupement en catégories. Ce n'était pas d'interdire les différences établies entre des personnes selon leurs caractéristiques ou qualités individuelles. Le juge Twaddle a

results in people being dealt with on account of group characteristics, unrelated to merit, rather than individual ability and qualifications". In his view, harassment could not be seen to constitute differentiation on a categorical basis (at p. D/3845):

> Harassment is as different from discrimination as assault is from random selection. The victim of assault may be chosen at random just as the victim of harassment may be chosen because of categorical distinction, but it is nonsense to say that assault is random selection just as it is nonsense to say that harassment is discrimination. The introduction of a sexual element, be it the nature of the conduct or the gender of the victim, does not alter the basic fact that harassment and assault are acts, whilst discrimination and random selection are methods of choice.
>
> The fact that harassment is sexual in form does not determine the reason why the victim was chosen. Only if the woman was chosen on a categorical basis, without regard to individual characteristics, can the harassment be a manifestation of discrimination. [Emphasis added.]

Twaddle J.A. next considered the second element, whether sexual harassment was differentiation based on sex. He began by providing the following definition of the word "sex" in the Manitoba *Human Rights Act* (at p. D/3845):

> Gender, as distinct from the physical attraction of the victim or the manner in which the discrimination is carried out, is in my view the meaning to be given to "sex" as it is used in s. 6 of the *Act*. Only in that sense does it constitute a category of persons as distinct from a personal quality.

Twaddle J.A. contrasted this meaning of the word sex with a different definition concerned with physical attractiveness (at pp. D/3845-46):

> "Sex" can also refer to that aura which attracts one person to another, particularly a person of one gender to a person of the other. In this meaning the word is frequently used in combination with another word, as in

expliqué comme suit ce qu'il entend par groupement en catégories (à la p. D/3844): [TRADUCTION] «une différenciation qui a pour effet que les gens sont traités selon des caractéristiques d'un groupe n'ayant aucun rapport avec les compétences, plutôt que selon des capacités ou des qualités personnelles». À son avis, on ne peut considérer le harcèlement comme une différence établie à partir d'une catégorie (à la p. D/3845):

> [TRADUCTION] Le harcèlement est tout aussi différent de la discrimination que les voies de fait le sont d'un choix fait au hasard. La victime de voies de fait peut être choisie au hasard tout comme la victime de harcèlement peut être choisie en raison d'une distinction fondée sur une catégorie, mais il est absurde d'affirmer que les voies de fait constituent un choix fait au hasard comme il est absurde d'affirmer que le harcèlement constitue de la discrimination. La présence d'un élément sexuel, qu'il s'agisse de la nature de la conduite ou du sexe de la victime, ne change rien au fait que le harcèlement et les voies de fait constituent des actes alors que la discrimination et le choix effectué au hasard constituent des façons de faire ce choix.
>
> Le fait que le harcèlement soit de nature sexuelle n'explique pas pourquoi la victime a été choisie. Ce n'est que si la femme a été choisie en fonction d'une catégorie, sans égard à ses caractéristiques individuelles, que le harcèlement peut constituer une manifestation de discrimination. [Je souligne.]

Le juge Twaddle a ensuite examiné le deuxième élément qui consiste à décider si le harcèlement constitue une différenciation fondée sur le sexe. Il a d'abord présenté la définition suivante du mot «sexe» dans la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba (à la p. D/3845):

> [TRADUCTION] À mon avis, c'est l'appartenance à un genre, par opposition à l'attrait physique de la victime ou à la manière dont la discrimination est exercée, qui est le sens à donner au mot «sexe» utilisé à l'art. 6 de la *Loi*. Ce n'est que dans ce sens que l'on peut affirmer qu'il représente une catégorie de personnes par opposition à une caractéristique individuelle.

Le juge Twaddle a comparé ce sens du mot «sexe» avec une autre définition qui mentionne l'attrait physique (aux pp. D/3845 et D/3846):

> [TRADUCTION] Le mot «*sex*» peut également évoquer cette aura qui attire une personne vers une autre, particulièrement une personne d'un sexe vers une personne de l'autre sexe. Dans ce sens, le terme est souvent combiné

"sex appeal"... The word in this sense, however, is not categorical in that the degree to which a person has it is determinable on a decidedly subjective basis.

Twaddle J.A. concluded that sexual harassment based on the "sex appeal" of the victim could not constitute sex discrimination (at p. D/3846):

> Where the conduct of an employer is directed at some but not all persons of one category, it must not be assumed that membership in the category is the reason for the distinction having been made. The distinction may have been based on another factor. Thus in *Bliss v. Attorney-General of Canada* (1978), 92 D.L.R. (3d) 417 it was held that statutory conditions applicable only at pregnant women did not discriminate against them as women ....
>
> The gender of a woman is unquestionably a factor in most cases of sexual harassment. If she were not a woman, the harassment would not have occurred. That, however, is not decisive. Only a woman can become pregnant, but that does not mean that she becomes pregnant because she is a woman. We are concerned with the effective cause of the harassment, be it a random selection, the conduct, or a particular characteristic of the victim, a wish on the part of the aggressor to discourage women from seeking or continuing in a position of employment or a contempt for women generally. Only in the last two instances is the harassment a manifestation of discrimination.

Twaddle J.A. then turned to the final issue, whether the discrimination occurred in respect of employment. He was of the view that if discriminatory conduct occurred in a way that directly prejudiced the employment opportunity, the conduct would be said to arise in respect of employment. He was also of the view that the Manitoba *Human Rights Act* only prohibited actions perpetrated by or on behalf of an employer. Co-employment of the discriminator and the victim was not, in Twaddle J.A.'s opinion, sufficient unless the discriminatory behaviour was authorized by the employer.

Applying these principles to the case, Twaddle J.A. concluded there had been no violation of s. 6 of the *Human Rights Act*. He dismissed the argu-

avec un autre terme en anglais, comme dans l'expression «*sex appeal*»... Le terme ne représente cependant pas une catégorie en ce sens que pour déterminer dans quelle mesure une personne en a, il faut faire appel à des critères totalement subjectifs.

Le juge Twaddle a conclu que le harcèlement sexuel fondé sur le «*sex appeal*» de la victime ne pouvait constituer une discrimination sexuelle (à la p. D/3846):

> [TRADUCTION] Si la conduite d'un employeur ne vise que certaines personnes d'une catégorie, il ne faut pas présumer que le fait d'appartenir à cette catégorie est la raison de la distinction effectuée. Un autre facteur a pu être à l'origine de la distinction. Ainsi, dans la décision *Bliss v. Attorney-General of Canada* (1978), 92 D.L.R. (3d) 417, il a été décidé que les conditions législatives applicables aux seules femmes enceintes n'étaient pas discriminatoires envers elles en tant que femmes...
>
> Nul doute que le fait d'être une femme constitue un facteur dans la plupart des cas de harcèlement sexuel. Si elle n'avait pas été une femme, il n'y aurait pas eu de harcèlement. Ce fait n'est cependant pas déterminant. Seule une femme peut être enceinte, ce qui ne signifie cependant pas qu'elle devient enceinte parce qu'elle est une femme. Nous nous intéressons à la cause réelle du harcèlement, qu'elle découle d'un choix au hasard, de la conduite ou d'une caractéristique particulière de la victime, du but que poursuit l'agresseur de décourager les femmes qui tentent d'obtenir ou de conserver un emploi ou du mépris pour les femmes en général. Le harcèlement est une manifestation de discrimination dans les deux derniers cas seulement.

Le juge Twaddle a ensuite abordé la dernière question, celle de savoir s'il y a eu discrimination en matière d'emploi. Selon lui, si la conduite discriminatoire s'est produite d'une façon qui a porté atteinte directement à la possibilité d'emploi, on peut affirmer que la conduite a eu lieu en matière d'emploi. Il était également d'avis que la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba n'interdisait que les actes commis par l'employeur ou pour son compte. Selon le juge Twaddle, il ne suffit pas que l'auteur de la discrimination et la victime soient tous deux employés par le même employeur à moins que le comportement discriminatoire n'ait été autorisé par l'employeur.

Appliquant ces principes à l'espèce, le juge Twaddle a conclu qu'il n'y avait eu aucune violation de l'art. 6 de la *Loi sur les droits de la*

ment that the sexual harassment that occurred amounted to sex discrimination (at p. D/3847):

> This is not a case in which an employer adopted a practice whereby women as a class were treated differently from men. Nor is it a case in which a rule of general application adversely affected the complainants because they were women. For the harassment to amount to discrimination, it must have occurred by reason of the categorical selection of the complainants because they were women.
>
> Although not conclusive, the sex of the victims and the sexual nature of the harassment is some evidence of the basis of their selection. There is, on the other hand, no evidence that women as a class were not welcome as employees or were subject to adverse treatment. On the contrary, the evidence discloses that at the restaurant in question women were the only employees other than the cook and the corporate officer. Another female employee testified that the cook touched her a lot by putting his arm around her or touching her neck, but she interpreted that as him being friendly . . . This evidence suggests that the complainants were chosen for the harassment because of characteristics peculiar to them rather than because of their sex. That is not discrimination no matter how objectionable the conduct. [Emphasis added.]

Twaddle J.A. also dismissed the argument that the discrimination, if any, occurred in respect of employment. In his view, there was not a sufficient connection between the employer and the allegedly discriminatory conduct (at p. D/3847):

> Finally, because of the personal nature of the conduct and the fact that the employer could not gain by it, even in the achievement of a discriminatory goal, I do not consider that the victims were affected directly in respect of their employment. The board held that the employer condoned the cook's conduct. That is not, in my view, enough. Adoption of his conduct by the employer, not forgiveness, would be required at the very least to bring the cook's conduct within the meaning of the words "on behalf of the employer".

Twaddle J.A. also concluded that the Manitoba *Human Rights Act* did not impose upon employers the duty to provide a workplace free from sexual harassment.

personne. Il a rejeté l'argument selon lequel le harcèlement sexuel qui avait eu lieu constituait de la discrimination sexuelle (à la p. D/3847):

> [TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'un cas où un employeur a adopté une mesure faisant que les femmes comme groupe sont traitées différemment des hommes. Ce n'est pas non plus un cas où une règle d'application générale était défavorable aux plaignantes parce qu'elles étaient des femmes. Pour que le harcèlement constitue de la discrimination, il doit avoir eu lieu en raison d'un choix des victimes fondé sur une catégorie à laquelle elles appartiennent en tant que femmes.
>
> Bien que non déterminant, le sexe des victimes et la nature sexuelle du harcèlement apportent une certaine preuve des raisons qui ont fait qu'elles ont été choisies. D'autre part, il n'y a aucune preuve que les femmes comme groupe n'aient pas été acceptées comme employées ou aient été traitées défavorablement. Au contraire, la preuve révèle qu'au restaurant en question, les femmes étaient les seules employées à l'exception du cuisinier et du dirigeant. Une autre employée a témoigné que le cuisinier la touchait beaucoup en mettant son bras autour d'elle ou en lui touchant le cou, mais selon son interprétation, c'était pour être gentil . . . Cette preuve indique que les plaignantes ont été choisies comme victimes du harcèlement en raison de caractéristiques qui leur étaient particulières plutôt qu'en raison de leur sexe. Cela n'est pas de la discrimination aussi contestable que soit la conduite. [Je souligne.]

Le juge Twaddle a également rejeté l'argument que la discrimination, s'il en est, a eu lieu en matière d'emploi. Selon lui, il n'y avait pas de lien suffisant entre l'employeur et la conduite qu'on prétendait discriminatoire (à la p. D/3847):

> [TRADUCTION] Enfin, en raison de la nature personnelle de la conduite et du fait que l'employeur ne pouvait en tirer profit, pas même dans la poursuite d'un but discriminatoire, je ne crois pas que les victimes en aient subi un préjudice direct dans leur emploi. Le tribunal a conclu que l'employeur tolérait la conduite du cuisinier. À mon avis, cela ne suffit pas. Il faudrait à tout le moins que l'employeur approuve la conduite du cuisinier, et non qu'il l'excuse, pour que celle-ci soit visée par l'expression «pour le compte de l'employeur».

Le juge Twaddle a également conclu que la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba n'obligeait pas les employeurs à prévoir un milieu de travail où il n'y aurait pas de harcèlement sexuel.

IV

Issues

In this Court the appellants raise four grounds of appeal. The first and central ground of appeal is that the Manitoba Court of Appeal erred in holding that sexual harassment of the type to which the appellants were subjected was not discrimination on the basis of sex. Second, the appellants challenge the appellate court's holding that the employer could not be held liable for the sexual harassment perpetrated by Grammas. The liability of an employer for harassment of this nature is no longer in issue following the decision of this Court in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*. Third, the appellants allege that the Court of Appeal erred in confirming the decision of Monnin J. to reduce the damages awarded by the adjudicator. Finally, the appellants submit that the Court of Appeal erred by ordering costs against the Human Rights Commission in respect of the hearing before the adjudication board.

The respondent, Platy Enterprises Ltd., did not participate in this appeal either through written submission or oral argument. As I noted earlier, Grammas did not participate in any of the proceedings.

V

Is Sexual Harassment Sex Discrimination?

It would appear that since the decision in 1980 in *Bell v. Ladas*, *supra*, human rights adjudication boards and courts in Canada have been to all intents unanimous in the recognition that certain forms of sexual harassment constitute sex discrimination. In *Bell*, in the course of determining whether sexual harassment was included in the concept of sex discrimination in s. 4 of the Ontario *Human Rights Code*, Adjudicator Shime, in *obiter*, made the following oft-quoted remarks (at p. D/156):

IV

Les questions en litige

Devant cette Cour, les appelantes ont soulevé quatre moyens d'appel. Selon le premier et principal moyen d'appel, la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur en décidant que le harcèlement sexuel du genre de celui dont les appelantes ont été victimes ne constitue pas de la discrimination fondée sur le sexe. Deuxièmement, les appelantes contestent la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'employeur ne peut être tenu responsable des actes de harcèlement sexuel commis par Grammas. La question de la responsabilité d'un employeur concernant des actes de harcèlement de cette nature ne se pose plus depuis l'arrêt de cette Cour *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité. Troisièmement, les appelantes affirment que la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la décision du juge Monnin de réduire les dommages-intérêts accordés par l'arbitre. Enfin, elles soutiennent que la Cour d'appel a commis une erreur en condamnant la Commission des droits de la personne aux dépens concernant l'audience devant le tribunal d'arbitrage.

L'intimée Platy Enterprises Ltd. n'a pas participé au pourvoi et n'a présenté aucun argument écrit ou oral. Comme je l'ai déjà mentionné, Grammas n'est intervenu dans aucune procédure.

V

Le harcèlement sexuel constitue-t-il de la discrimination sexuelle?

Il semblerait que, depuis la décision *Bell v. Ladas*, précitée, rendue en 1980, les tribunaux d'arbitrage en matière de droits de la personne et les tribunaux au Canada sont pratiquement unanimes à reconnaître que certaines formes de harcèlement sexuel constituent de la discrimination sexuelle. Dans l'affaire *Bell*, l'arbitre Shime, qui avait à décider si le harcèlement sexuel était compris dans la notion de discrimination sexuelle contenue à l'art. 4 du *Code des droits de la personne* de l'Ontario a, dans une opinion incidente, fait les remarques suivantes qui ont été souvent citées (à la p. D/156):

In my view, the purpose of The Code is to establish uniform working conditions for employees and to remove those matters enumerated in Section 4 as relevant considerations in the work place. Consideration of matters such as "race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality or place of origin" strikes at what the preamble of The Code refers to [as] "the foundation of freedom, justice and peace", and infringes on the "freedom of equality and dignity in rights" which this province and society revere as commonly held values and have enshrined those in The Code. Thus, The Code prohibits these values from becoming negative factors in the employment relationship.

Subject to the exception provided in Section 4(6), discrimination based on sex is prohibited by The Code. Thus, the paying of a female person less than a male person for the same job is prohibited, or dismissing an employee on the basis of sex is also prohibited. But what about sexual harassment? Clearly a person who is disadvantaged because of her sex, is being discriminated against in her employment when employer conduct denies her financial rewards because of her sex, or exacts some form of sexual compliance to improve or maintain her existing benefits. *The evil to be remedied is the utilization of economic power or authority so as to restrict a woman's guaranteed and equal access to the work-place, and all of its benefits, free from extraneous pressures having to do with the mere fact that she is a woman.* Where a woman's equal access is denied or when terms or conditions differ when compared to male employees, the woman is being discriminated against.

The forms of prohibited conduct that, in my view, are discriminatory run the gamut from overt gender based activity, such as coerced intercourse to unsolicited physical contact to persistent propositions to more subtle conduct such as gender based insults and taunting, which may reasonably be perceived to create a negative psychological and emotional work environment .... [Emphasis added. Italics in original.]

As Huband J.A. acknowledged, Adjudicator Shime's view that certain forms of sexual harassment fall within the statutory prohibition on sex discrimination has been adopted by human rights

[TRADUCTION] À mon avis, l'objet du Code est d'établir des conditions de travail uniformes pour les employées et d'éliminer les éléments énumérés à l'article 4 des considérations pouvant être prises en compte dans le milieu du travail. La considération d'éléments comme «la race, la croyance, la couleur, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la nationalité ou le lieu d'origine» heurte ce que le préambule du Code décrit comme «le fondement de la liberté, de la justice et de la paix» et porte atteinte «au libre exercice des droits en toute égalité et dignité» que cette province et cette société reconnaissent comme valeurs et ont enchâssés dans le Code. Le Code interdit donc que ces valeurs deviennent des facteurs négatifs dans les relations de travail.

Sous réserve de l'exception prévue au paragraphe 4(6), la discrimination fondée sur le sexe est interdite par le Code. Ainsi, il est interdit de verser à une employée une rémunération moindre qu'à un employé pour le même travail, ou encore de renvoyer un employé à cause de son sexe. Mais qu'en est-il du harcèlement sexuel? Il est manifeste qu'une personne, qui subit un désavantage à cause de son sexe, fait alors l'objet de discrimination dans son emploi lorsque la conduite de l'employeur la prive de rétributions financières à cause de son sexe ou lui soutire des faveurs sexuelles d'une forme ou d'une autre en retour de l'amélioration ou du maintien de ses avantages actuels. *Le tort qu'il s'agit de redresser, c'est le recours au pouvoir économique ou à l'autorité afin de refuser à une femme l'accès garanti ou égal au marché du travail et à tous ses avantages, libre de pressions extérieures fondées sur le seul fait qu'elle est une femme.* Lorsqu'on refuse à une femme l'accès égal ou lorsque les termes et conditions de son emploi sont différents en comparaison de ceux des employés masculins alors cette femme est l'objet de discrimination.

Les formes d'activités qui, à mon sens, sont interdites couvrent toute la gamme, à partir de l'activité manifestement d'ordre sexuel, telles les relations sexuelles obtenues par la contrainte en passant par les attouchements non sollicités et les sollicitations persistantes jusqu'à un comportement plus subtil, tels les reproches et les sarcasmes provocants d'ordre sexuel, des actes qui peuvent tous raisonnablement être pressentis comme créant un environnement de travail négatif sur les plans psychologique et émotif ... [Je souligne. Italiques dans l'original.]

Comme l'a reconnu le juge Huband, l'opinion de l'arbitre Shime que certaines formes de harcèlement sexuel sont visées par la discrimination sexuelle qu'interdit la loi a été adoptée par des

adjudication boards and tribunals across the country. For example: *Kotyk v. Canadian Employment and Immigration Commission* (1983), 4 C.H.R.R. D/1416 (Can.); *Phillips v. Hermiz* (1984), 5 C.H.R.R. D/2450 (Sask.); *Doherty v. Lodger's International Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/628 (N.B.); *Coutroubis v. Sklavos Printing* (1981), 2 C.H.R.R. D/457 (Ont.); *Hughes v. Dollar Snack Bar* (1981), 3 C.H.R.R. D/1014 (Ont.); *Cox v. Jagbritte Inc.* (1981), 3 C.H.R.R. D/609 (Ont.); *Mitchell v. Traveller Inn (Sudbury) Ltd.* (1981), 2 C.H.R.R. D/590 (Ont.); *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.*, *supra*; *Deisting v. Dollar Pizza (1978) Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/898 (Alta.); *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.*, *supra*; and *McPherson v. Mary's Donuts* (1982), 3 C.H.R.R. D/961 (Ont.)

With the exception of the Manitoba Court of Appeal in the case at bar, all of the courts in Canada which have considered the issue, including two appellate courts, have also found sexual harassment to be a form of sex discrimination: *Johnstone v. Zarankin* (1985), 6 C.H.R.R. D/2651 (B.C.S.C.); *Foisy v. Bell Canada* (1984), 6 C.H.R.R. D/2817 (Que. Sup. Ct.); *Commodore Business Machines Ltd. v. Ontario Minister of Labour* (1984), 6 C.H.R.R. D/2833 (Ont. S.C.); *Re Mehta and MacKinnon* (1985), 19 D.L.R. (4th) 198 (N.S.C.A.); and *Robichaud* (F.C.A.), *supra*.

Since the middle of the 1970's, courts in the United States, including the United States Supreme Court, to which reference will be made later, have also reached the conclusion that forms of sexual harassment constitute sex discrimination.

The Manitoba Court of Appeal departed radically from this apparently unbroken line of judicial opinion. To determine whether the Manitoba Court of Appeal was correct in rejecting the reasoning in these cases and in holding that sexual harassment of the sort to which the appellants were subjected could not amount to sex discrimination, it is necessary to consider what is meant by the terms "sex discrimination" and "sexual harassment". Both sex discrimination and sexual harassment are broad concepts, encompassing a wide

tribunaux d'arbitrage en matière de droits de la personne partout au Canada. Par exemple: *Kotyk v. Canadian Employment and Immigration Commission* (1983), 4 C.H.R.R. D/1416 (Can.); *Phillips v. Hermiz* (1984), 5 C.H.R.R. D/2450 (Sask.); *Doherty v. Lodger's International Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/628 (N.-B.); *Coutroubis v. Sklavos Printing* (1981), 2 C.H.R.R. D/457 (Ont.); *Hughes v. Dollar Snack Bar* (1981), 3 C.H.R.R. D/1014 (Ont.); *Cox v. Jagbritte Inc.* (1981), 3 C.H.R.R. D/609 (Ont.); *Mitchell v. Traveller Inn (Sudbury) Ltd.* (1981), 2 C.H.R.R. D/590 (Ont.); *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.*, précité; *Deisting v. Dollar Pizza (1978) Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/898 (Alb.); *Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.*, précité, et *McPherson v. Mary's Donuts* (1982), 3 C.H.R.R. D/961 (Ont.)

À la seule exception de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, tous les tribunaux canadiens qui ont examiné la question, y compris deux cours d'appel, ont également conclu que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination sexuelle: *Johnstone v. Zarankin* (1985), 6 C.H.R.R. D/2651 (C.S.C.-B.); *Foisy v. Bell Canada* (1984), 6 C.H.R.R. D/2817 (C.S. Qué.); *Commodore Business Machines Ltd. v. Ontario Minister of Labour* (1984), 6 C.H.R.R. D/2833 (C.S. Ont.); *Re Mehta and MacKinnon* (1985), 19 D.L.R. (4th) 198 (C.A.N.-É.); et *Robichaud* (C.A.F.), précité.

Depuis le milieu des années 1970, les tribunaux américains, y compris la Cour suprême des États-Unis dont il sera question plus loin, sont également parvenus à la conclusion que certaines formes de harcèlement sexuel constituent de la discrimination sexuelle.

La Cour d'appel du Manitoba s'est éloignée radicalement de cette orientation apparemment uniforme des décisions judiciaires. Pour décider si la Cour d'appel du Manitoba a eu raison de rejeter le raisonnement adopté dans ces décisions, en concluant que le harcèlement sexuel du genre de celui dont les appelantes ont été victimes ne constituait pas de la discrimination sexuelle, il faut examiner ce que signifient les expressions «discrimination sexuelle» et «harcèlement sexuel». Les deux notions sont larges et visent une grande diversité de com-

range of behaviour. For the purposes of this appeal I will restrict my discussion of each of these terms to their manifestations in the workplace. In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, a case raising a claim of systemic sex discrimination, the Court had occasion to consider the meaning of discrimination in the employment context. The Court adopted at pp. 1138-39 the definition of discrimination found in the Abella Report on equality in employment (Abella, Equality in Employment: Royal Commission Report (1984), at p. 2), which I quote in full below:

> Equality in employment means that no one is denied opportunities for reasons that have nothing to do with inherent ability. It means equal access free from arbitrary obstructions. Discrimination means that an arbitrary barrier stands between a person's ability and his or her opportunity to demonstrate it. If the access is genuinely available in a way that permits everyone who so wishes the opportunity to fully develop his or her potential, we have achieved a kind of equality. It is equality defined as equal freedom from discrimination.
>
> Discrimination in this context means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics. What is impeding the full development of the potential is not the individual's capacity but an external barrier that artificially inhibits growth.
>
> It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

In keeping with this general definition of employment discrimination, discrimination on the basis of sex may be defined as practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic related to gender.

Numerous definitions of sexual harassment have been proposed. Professor Catharine MacKinnon

portements. Aux fins du présent pourvoi, je vais restreindre mon analyse de chacune de ces expressions à leur manifestation dans le milieu du travail. Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne*, [1987] 1 R.C.S. 1114, un cas de discrimination systémique fondée sur le sexe, la Cour a eu l'occasion d'examiner le sens de la discrimination en matière d'emploi. Aux pages 1138 et 1139, la Cour a fait sienne la définition de la discrimination contenue dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi (Abella, Égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête (1984), à la p. 2) que je reproduis intégralement:

> L'égalité en matière d'emploi signifie que nul ne doit se voir refuser un débouché pour des raisons qui n'ont rien à voir avec sa compétence. Elle signifie le libre accès sans barrières arbitraires. La discrimination fait qu'un obstacle arbitraire vient souvent s'interposer entre la compétence d'une personne et sa possibilité d'en faire la preuve. Si quiconque désirant se réaliser a véritablement la possibilité d'accéder à l'emploi qui l'intéresse, on atteint alors une certaine égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité sans aucune discrimination.
>
> Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel.
>
> La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires.

En accord avec cette définition générale de la discrimination en matière d'emploi, on peut définir la discrimination fondée sur le sexe comme des pratiques ou des attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emploi de certains employés en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe.

De nombreuses définitions du harcèlement sexuel ont été proposées. Selon le professeur

describes sexual harassment, most broadly defined, as "the unwanted imposition of sexual requirements in the context of a relationship of unequal power" (*Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979), at p. 1). In *Sexual Harassment in the Workplace* (1987), Arjun P. Aggarwal states that sexual harassment (at p. 1) "is any sexually-oriented practice that endangers an individual's continued employment, negatively affects his/her work performance, or undermines his/her sense of personal dignity". As Aggarwal states, at p. 1:

> Sexual harassment is a complex issue involving men and women, their perceptions and behaviour, and the social norms of the society. Sexual harassment is not confined to any one level, class, or profession. It can happen to executives as well as factory workers. It occurs not only in the workplace and in the classroom, but even in parliamentary chambers and churches. Sexual harassment may be an expression of power or desire or both. Whether it is from supervisors, co-workers, or customers, sexual harassment is an attempt to assert power over another person.
>
> Sexual harassment is any sexually-oriented practice that endangers an individual's continued employment, negatively affects his/her work performance, or undermines his/her sense of personal dignity. Harassment behaviour may manifest itself blatantly in forms such as leering, grabbing, and even sexual assault. More subtle forms of sexual harassment may include sexual innuendos, and propositions for dates or sexual favours.

Professors Constance Backhouse and Leah Cohen cite a number of definitions in *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women* (1978), including the following description proposed by the Alliance Against Sexual Coercion (at p. 38) "[a]ny sexually oriented practice that endangers a woman's job—that undermines her job performance and threatens her economic livelihood". Backhouse and Cohen list a number of concrete illustrations of harassing behaviour (at p. 38):

> Sexual harassment can manifest itself both physically and psychologically. In its milder forms it can involve verbal innuendo and inappropriate affectionate gestures.

Catharine MacKinnon, le harcèlement sexuel, défini dans les termes les plus larges, est [TRADUCTION] «l'imposition non sollicitée d'exigences sexuelles dans le cadre d'un rapport de forces inégal» (*Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979), à la p. 1). Dans l'ouvrage *Sexual Harassment in the Workplace* (1987), Arjun P. Aggarwal affirme que le harcèlement sexuel (à la p. 1) [TRADUCTION] «est une pratique de nature sexuelle qui compromet l'emploi d'un individu, a des effets négatifs sur l'exécution de son travail ou porte atteinte à sa dignité personnelle». Comme l'affirme Aggarwal, à la p. 1:

> [TRADUCTION] Le harcèlement sexuel est une question complexe qui concerne les hommes et les femmes, leurs perceptions et leurs comportements et les normes sociales de la société. Le harcèlement sexuel n'est pas réservé à un niveau, à une classe ou à une profession. Tant les dirigeants que les ouvriers d'usines peuvent en être les victimes. Le harcèlement sexuel ne se produit pas seulement au travail et à l'école mais aussi dans les locaux du parlement et les églises. Il peut être la manifestation d'un pouvoir, d'un désir ou des deux. Qu'il soit le fait de surveillants, de collègues de travail ou de clients, le harcèlement sexuel est une tentative d'imposer un pouvoir sur une autre personne.
>
> Le harcèlement sexuel est une pratique de nature sexuelle qui compromet l'emploi d'un individu, a des effets négatifs sur l'exécution de son travail ou porte atteinte à sa dignité personnelle. Le harcèlement sexuel peut être flagrant comme les regards concupiscents, les attouchements, ou même l'agression sexuelle. Il peut être plus subtil et comprendre des insinuations sexuelles, des propositions de rendez-vous ou de faveurs sexuelles.

Les professeurs Constance Backhouse et Leah Cohen citent plusieurs définitions dans l'ouvrage *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women* (1978), y compris la définition suivante proposée par l'Alliance Against Sexual Coercion (à la p. 38), [TRADUCTION] «toute pratique de nature sexuelle qui met en danger l'emploi d'une femme, compromet le rendement de son travail et menace ses ressources économiques». Backhouse et Cohen énumèrent des exemples concrets d'actes de harcèlement sexuel (à la p. 38):

> [TRADUCTION] Le harcèlement sexuel peut se manifester tant sur le plan physique que psychologique. Ses formes les moins graves comprennent les insinuations

It can, however, escalate to extreme behaviour amounting to attempted rape and rape. Physically, the recipient may be the victim of pinching, grabbing, hugging, patting, leering, brushing against, and touching. Psychological harassment can involve a relentless proposal of physical intimacy, beginning with subtle hints which may lead to overt requests for dates and sexual favours.

Common to all of these descriptions of sexual harassment is the concept of using a position of power to import sexual requirements into the workplace thereby negatively altering the working conditions of employees who are forced to contend with sexual demands.

Legislative definitions of sexual harassment and guidelines promulgated by various organizations reflect this general view of sexual harassment. In 1980 the American Equal Employment Opportunity Commission produced one of the first set of guidelines dealing with sexual harassment (Equal Employment Opportunity Commission, *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C.F.R. 1604.11(a) (1985)). The Commission took the position that sexual harassment was a violation of Title VII of the *Civil Rights Act of 1964*, the prohibition against sex discrimination:

(a) harassment on the basis of sex is a violation of Sec. 703 of Title VII. Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment, when (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment.

These guidelines have been quoted with approval by courts and human rights tribunals in both the United States and Canada. The *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as amended by c. 9 (1st Supp.), s. 17, provides the following definition of "sexual harassment":

verbales et les marques d'affection importunes. Le harcèlement sexuel peut cependant prendre la forme d'un comportement extrême comme la tentative de viol ou le viol. Physiquement, il peut s'agir d'étreintes, d'attouchements, de frôlements, de pincements ou de regards concupiscents. Psychologiquement, le harcèlement peut comporter des invitations continuelles à des rapports physiques intimes qui prennent d'abord la forme de sous-entendus et peuvent aller jusqu'aux demandes explicites de rendez-vous et de faveurs sexuelles.

Le dénominateur commun de toutes ces descriptions du harcèlement sexuel est l'utilisation d'une situation de pouvoir pour imposer des exigences sexuelles dans le milieu du travail et de modifier ainsi de façon négative les conditions de travail d'employés qui doivent lutter contre ces demandes sexuelles.

Les définitions législatives du harcèlement sexuel et les directives adoptées par divers organismes font état de cette perspective générale du harcèlement sexuel. En 1980, l'American Equal Employment Opportunity Commission a adopté l'une des premières séries de directives sur le harcèlement sexuel (Equal Employment Opportunity Commission, *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C.F.R. 1604.11(a) (1985)). Selon la Commission, le harcèlement sexuel viole le Titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*, l'interdiction de discrimination sexuelle:

[TRADUCTION] (a) le harcèlement sexuel viole l'art. 703 du Titre VII. Les avances non sollicitées, les demandes de faveurs sexuelles et les autres conduites verbales ou physiques de nature sexuelle constituent des actes de harcèlement sexuel lorsque (1) le fait de s'y soumettre devient une condition de travail expresse ou implicite d'un individu, (2) le fait pour un individu de s'y soumettre ou de s'y opposer est utilisé comme fondement de décisions en matière d'emploi à son sujet, ou (3) ces conduites visent à porter atteinte de façon déraisonnable au rendement du travail d'un individu, ont cet effet ou créent un milieu de travail menaçant, hostile et offensant.

Les tribunaux d'arbitrage en matière de droits de la personne et les tribunaux judiciaires, tant aux États-Unis qu'au Canada, ont cité ces directives et les ont approuvées. Le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, modifié par le chap. 9 (1er suppl.), art. 17, définit de la façon suivante le «harcèlement sexuel»:

247.1 ... any conduct, comment, gesture or contact of a sexual nature

(*a*) that is likely to cause offence or humiliation to any employee; or

(*b*) that might, on reasonable grounds, be perceived by that employee as placing a condition of a sexual nature on employment or on any opportunity for training or promotion.

The Manitoba *Human Rights Code*, quoted earlier, which repeals and replaces the Manitoba *Human Rights Act* in force at the time of the initiation of the proceedings in this appeal, also explicitly defines sexual harassment.

The human rights legislation of Ontario and Newfoundland, both of which expressly prohibit sexual harassment, contain similar definition of "sexual solicitation": Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 6; *The Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N. 1970, c. 262, s. 10.1.

Emerging from these various legislative proscriptions is the notion that sexual harassment may take a variety of forms. Sexual harassment is not limited to demands for sexual favours made under threats of adverse job consequences should the employee refuse to comply with the demands. Victims of harassment need not demonstrate that they were not hired, were denied a promotion or were dismissed from their employment as a result of their refusal to participate in sexual activity. This form of harassment, in which the victim suffers concrete economic loss for failing to submit to sexual demands, is simply one manifestation of sexual harassment, albeit a particulary blatant and ugly one. Sexual harassment also encompasses situations in which sexual demands are foisted upon unwilling employees or in which employees must endure sexual groping, propositions, and inappropriate comments, but where no tangible economic rewards are attached to involvement in the behaviour.

The Manitoba Court of Appeal judges rejected a series of United States decisions which, over the past decade, considered the question whether

247.1 ... tout comportement, propos, geste ou contact qui, sur le plan sexuel:

a) soit est de nature à offenser ou humilier un employé;

b) soit peut, pour des motifs raisonnables, être interprété par celui-ci comme subordonnant son emploi ou une possibilité de formation ou d'avancement à des conditions à caractère sexuel.

Le *Code des droits de la personne* du Manitoba, précité, qui abroge et remplace la *Loi sur les droits de la personne* en vigueur au moment de l'introduction des procédures dans ce pourvoi, définit expressément le harcèlement sexuel.

Les lois sur les droits de la personne de l'Ontario et de Terre-Neuve, qui toutes les deux interdisent le harcèlement sexuel, contiennent des définitions semblables de l'expression «sollicitation sexuelle»: le *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, chap. 53, art. 6; *The Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N. 1970, chap. 262, art. 10.1.

Il ressort de ces diverses dispositions législatives que le harcèlement sexuel peut revêtir des formes variées. Le harcèlement sexuel ne se limite pas à des demandes de faveurs sexuelles faites sous la menace de conséquences défavorables en matière d'emploi si l'employé ne s'y conforme pas. Les victimes de harcèlement n'ont pas à établir qu'elles n'ont pas été embauchées, qu'on leur a refusé une promotion ou qu'elles ont été congédiées parce qu'elles ont refusé de participer à des activités sexuelles. Les cas de harcèlement où la victime a subi un préjudice économique réel parce qu'elle ne s'est pas soumise aux demandes sexuelles n'est qu'une manifestation particulièrement flagrante et répugnante du harcèlement sexuel. Le harcèlement sexuel englobe également les situations dans lesquelles les demandes sexuelles sont imposées à des employés qui s'y opposent ou dans lesquelles les employés doivent endurer des gestes, des propositions et des commentaires déplacés de nature sexuelle, sans qu'aucune rétribution économique tangible ne soit liée à la participation au comportement.

Les juges de la Cour d'appel du Manitoba ont rejeté une série de décisions américaines qui, au cours de la dernière décennie, ont examiné la

sexual harassment of the nature of that found here by Adjudicator Henteleff could constitute sex discrimination within the context of human rights legislation, namely, Title VII of the *Civil Rights Act of 1964*. Title VII states that it is an unlawful employment practice "... to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin".

The American courts have tended to divide sexual harassment into two categories: the *"quid pro quo"* variety in which tangible employment related benefits are made contingent upon participation in sexual activity, and conduct which creates a "hostile environment" by requiring employees to endure sexual gestures and posturing in the workplace. Both forms of sexual harassment have been recognized by the American Courts including the United States Supreme Court: *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977); *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981); *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (11th Cir. 1982); and *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 (1986). Canadian human rights tribunals have also tended to rely on the *quid pro quo*/hostile work environment dichotomy. I do not find this categorization particularly helpful. While the distinction may have been important to illustrate forcefully the range of behaviour that constitutes harassment at a time before sexual harassment was widely viewed as actionable, in my view there is no longer any need to characterize harassment as one of these forms. The main point in allegations of sexual harassment is that unwelcome sexual conduct has invaded the workplace, irrespective of whether the consequences of the harassment included a denial of concrete employment rewards for refusing to participate in sexual activity.

question de savoir si le harcèlement sexuel de la nature de celui décrit en l'espèce par l'arbitre Henteleff pouvait être de la discrimination sexuelle au sens d'une loi sur les droits de la personne, c'est-à-dire le Titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Le Titre VII prévoit que c'est une pratique illégale en matière d'emploi que [TRADUCTION] «... de faire de la discrimination à l'égard d'un individu en ce qui concerne son salaire, ses conditions d'emploi ou les avantages qui y sont rattachés, en raison de sa race, de sa couleur, de sa religion, de son sexe ou de son origine nationale».

Les tribunaux américains ont tendance à répartir le harcèlement sexuel en deux catégories: d'une part, le «donnant, donnant», c'est-à-dire les cas où des avantages tangibles reliés à l'emploi dépendent de la participation à des activités sexuelles, et, d'autre part, les cas où le comportement crée un «milieu hostile» en obligeant des employés à subir des attitudes et des gestes sexuels sur les lieux du travail. Ces deux formes de harcèlement sexuel ont été reconnues par les tribunaux américains y compris la Cour suprême des États-Unis dans les arrêts suivants: *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977); *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981); *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (11th Cir. 1982); et *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 (1986). Les tribunaux canadiens des droits de la personne ont aussi été portés à s'en remettre à la dichotomie «donnant, donnant»/«milieu de travail hostile». Je ne trouve pas cette classification particulièrement utile bien qu'elle ait pu être importante pour illustrer clairement la diversité des actes qui constituaient du harcèlement à une époque où le harcèlement sexuel n'était pas encore largement considéré comme ouvrant droit à poursuite. À mon sens, il n'est plus besoin de qualifier le harcèlement en fonction de l'une de ces catégories. Ce qui importe surtout dans les allégations de harcèlement sexuel, c'est qu'une conduite de nature sexuelle non sollicitée existe en milieu de travail, indépendamment du fait que le harcèlement ait eu ou non parmi ses conséquences la privation d'avantages concrets reliés au travail comme sanction du refus de participer à des activités sexuelles.

I am in accord with the following dictum of the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit in *Henson v. Dundee*, quoted with approval in the *Meritor Savings Bank* case:

> Sexual harassment which creates a hostile or offensive environment for members of one sex is every bit the arbitrary barrier to sexual equality at the workplace that racial harassment is to racial equality. Surely, a requirement that a man or woman run a gauntlet of sexual abuse in return for the privilege of being allowed to work and make a living can be as demeaning and disconcerting as the harshest of racial epithets.

Without seeking to provide an exhaustive definition of the term, I am of the view that sexual harassment in the workplace may be broadly defined as unwelcome conduct of a sexual nature that detrimentally affects the work environment or leads to adverse job-related consequences for the victims of the harassment. It is, as Adjudicator Shime observed in *Bell v. Ladas*, *supra*, and as has been widely accepted by other adjudicators and academic commentators, an abuse of power. When sexual harassment occurs in the workplace, it is an abuse of both economic and sexual power. Sexual harassment is a demeaning practice, one that constitutes a profound affront to the dignity of the employees forced to endure it. By requiring an employee to contend with unwelcome sexual actions or explicit sexual demands, sexual harassment in the workplace attacks the dignity and self-respect of the victim both as an employee and as a human being.

Perpetrators of sexual harassment and victims of the conduct may be either male or female. However, in the present sex stratified labour market, those with the power to harass sexually will predominantly be male and those facing the greatest risk of harassment will tend to be female. Professor Hickling documents this situation in an article entitled "Employer's Liability for Sexual Harassment" (1988), 17 *Man. L.J.* 124, at p. 127:

Je suis d'accord avec l'opinion incidente suivante de la United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, dans l'arrêt *Henson v. Dundee*, qui a été approuvée dans l'arrêt *Meritor Savings Bank*:

> [TRADUCTION] Le harcèlement sexuel qui crée un milieu de travail hostile et offensant constitue un obstacle arbitraire à l'égalité des sexes, en milieu de travail dans la même mesure que le harcèlement racial constitue un obstacle arbitraire à l'égalité des races. Assurément, forcer un homme ou une femme à subir toutes sortes de comportements sexuels abusifs pour avoir le privilège de travailler et de gagner sa vie, cela peut être aussi humiliant et déconcertant que lui infliger les épithètes raciales les plus dures.

Sans chercher à fournir une définition exhaustive de cette expression, j'estime que le harcèlement sexuel en milieu de travail peut se définir de façon générale comme étant une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes du harcèlement. C'est un abus de pouvoir, comme l'a souligné l'arbitre Shime dans la décision *Bell v. Ladas*, précitée, et comme cela a été largement reconnu par d'autres arbitres et commentateurs. Le harcèlement sexuel en milieu de travail est un abus de pouvoir tant économique que sexuel. Le harcèlement sexuel est une pratique dégradante, qui inflige un grave affront à la dignité des employés forcés de le subir. En imposant à un employé de faire face à des gestes sexuels importuns ou à des demandes sexuelles explicites, le harcèlement sexuel sur le lieu de travail est une atteinte à la dignité de la victime et à son respect de soi, à la fois comme employé et comme être humain.

Les auteurs et les victimes du harcèlement sexuel peuvent être des hommes ou des femmes. Cependant, dans la hiérarchie du marché actuel du travail, ceux qui disposent du pouvoir de harceler les autres sexuellement sont en majorité les hommes, alors que les personnes les plus susceptibles d'être harcelées sont surtout les femmes. Le professeur Hickling documente cette situation dans un article intitulé «Employer's Liability for Sexual Harassment» (1988), 17 *Man. L.J.* 124, à la p. 127:

Sexual harassment as a phenomenon of the workplace is not new. Nor is it confined to harassment of women by men, though this is by far the most prevalent and significant context. It may be committed by women against men, by homosexuals against members of the same sex. According to a Canadian survey published in 1983 [Canadian Human Rights Commission, Research and Special Studies Branch, *Unwanted Sexual Attention and Sexual Harassment: Result of a Survey of Canadians* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada (1983))], women reported far more exposure to all forms of unwanted sexual attention than did men. Forty-nine percent of women (as compared to 33% of men) stated that they had experienced at least one form of this kind of harassment. The frequency of sexual harassment directed against women was also significantly higher. In the case of sexual harassment experienced by women, most (93%) of the harassers were men, while men complained of harassment by women (62%) and men (24%). The victims of sexual harassment are not confined to any particular group, identifiable by age, sex, class, educational background, income or occupation, although younger single women (and interestingly, those at the lower end of the economic scale) tend to suffer the most. One characteristic that victims usually share in common is their vulnerability to economic sanctions both real and threatened.

[TRADUCTION] Le harcèlement sexuel au travail n'est pas un phénomène nouveau, et il ne se limite pas exclusivement au harcèlement des femmes par les hommes, bien que ce soit là de beaucoup la situation la plus fréquente et la plus importante. Le harcèlement peut en effet être infligé à des hommes par des femmes et par des homosexuels à des personnes de leur propre sexe. Selon un sondage effectué au Canada, publié en 1983, [Commission canadienne des droits de la personne, Direction de la recherche et des études spéciales, *Attentions sexuelles non sollicitées et harcèlement sexuel: Résultats d'un sondage auprès des Canadiens* (Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada (1983))], les femmes sont beaucoup plus exposées à toutes les formes d'attentions sexuelles non sollicitées que les hommes. Quarante-neuf pour cent des femmes (contre 33 p. 100 des hommes) ont déclaré avoir subi au moins une forme de ce genre de harcèlement. La fréquence du harcèlement sexuel imposé aux femmes était aussi considérablement plus élevée. En ce qui concerne le harcèlement sexuel subi par des femmes, la plupart des auteurs (93 p. 100) étaient des hommes, alors que les hommes se sont plaints de harcèlement par des femmes (62 p. 100) et par des hommes (24 p. 100). Les victimes du harcèlement sexuel ne se limitent pas à un groupe particulier, qui se distingue en raison de son âge, de son sexe, sa classe, de son éducation, de ses revenus ou de son métier, bien que les jeunes femmes célibataires (et chose intéressante, celles qui sont au bas de l'échelle économique) sont plus visées que les autres. Une caractéristique que les victimes ont généralement en commun est leur vulnérabilité à l'égard de sanctions économiques réelles ou de menaces de sanctions.

Professor Hickling's exposition suggests that women may be at greater risk of being sexually harassed because they tend to occupy low status jobs in the employment hierarchy. Arjun Aggarwal, in his article quoted earlier, offers an additional explanation for the increased vulnerability of women to sexual harassment. Drawing an analogy to the practice of racial discrimination where racial slurs reinforce perceived racial inequality, Aggarwal argues that sexual harassment is used in a sexist society to (at pp. 5-6) "underscore women's difference from, and by implication, inferiority with respect to the dominant male group" and to "remind women of their inferior ascribed status".

L'exposé du professeur Hickling indique que les femmes risquent peut-être davantage d'être harcelées sexuellement parce qu'elles ont tendance à occuper des fonctions subalternes dans la hiérarchie de l'emploi. Arjun Aggarwal, dans son article précité, donne une explication supplémentaire à la plus grande vulnérabilité des femmes à l'égard du harcèlement sexuel. Faisant une analogie avec les insultes raciales qui, en matière de discrimination fondée sur la race, servent à renforcer ce qui serait une inégalité raciale, Aggarwal soutient que le harcèlement sexuel est utilisé dans une société sexiste pour (aux pp. 5 et 6) [TRADUCTION] «souligner, par implication, la différence entre les sexes, l'infériorité des femmes par rapport au groupe masculin dominant», et pour «rappeler aux femmes la condition inférieure qu'on leur attribue».

In the context of this understanding of sexual harassment and discrimination on the basis of sex, the reasons of the Court of Appeal of Manitoba may be evaluated. Let me say at the outset that, in my opinion, the Court of Appeal erred to the extent that it relied on legislation enacted by the Parliament of Canada and three of the provinces, defining and prohibiting sexual harassment, for the inference that in the absence of such express legislation a prohibition against sexual discrimination could not embrace sexual harassment. The amendments were no doubt intended to make express and explicit what had previously been implicit. As the appellants point out in their factum:

> It is worth noting, however, that in those jurisdictions [Ontario, Quebec, Newfoundland, Canada] the decisions given prior to those amendments unanimously came to the conclusion that sexual harassment of the type we are dealing with here constituted sex discrimination. Moreover, most jurisdictions (eg. B.C., Alberta, Saskatchewan, Nova Scotia, etc.) have continued to rely on the prohibition against "sex discrimination" in employment, as a sufficient vehicle to cope with sexual harassment.

The amendments were meant to clarify and educate, not to alter the interpretation of the legislation. As one Ontario Adjudicator, Prof. Peter Cummings, has noted in a subsequent analysis of the Court of Appeal for Manitoba's reasoning:

> The question before the Court of Appeal in Janzen, however, was not, of course, whether a prohibition against sexual harassment should be a part of Manitoba's human rights legislation but rather whether such a prohibition is in fact implicit in the existing general anti-discrimination provisions of the Act. This must be the question in every jurisdiction examining the place of harassing behaviour under a general anti-discriminatory provision. In some provinces (Quebec, Newfoundland and Ontario) and in the federal sphere the legislatures have decided to use express language where before an implicit prohibition had been sufficient. Given this obvious advantage of clarify and certainty which an express prohibition allows, these new provisions are to be applauded. It seems ironic, however, at the least, that in making its own progressive policies explicit a legislature may endanger equally progressive implicit assumptions about general legislation in another province.

Dans le contexte de cette interprétation du harcèlement sexuel et de la discrimination fondée sur le sexe, on peut examiner les motifs de la Cour d'appel du Manitoba. Je dois dire pour commencer qu'à mon sens, la Cour d'appel a commis une erreur dans la mesure où elle s'est appuyée sur des lois édictées par le Parlement du Canada et par trois des provinces, qui définissent et interdisent le harcèlement sexuel, pour en déduire qu'en l'absence de telles dispositions expresses, l'interdiction de la discrimination sexuelle ne saurait comprendre le harcèlement sexuel. Les modifications avaient certainement pour but de rendre exprès et explicite ce qui était auparavant implicite. Les appelantes font remarquer ce qui suit dans leur mémoire:

> [TRADUCTION] Il y a lieu de noter, cependant, que dans ces juridictions [l'Ontario, le Québec, Terre-Neuve, le Canada] les décisions antérieures à ces modifications ont conclu unanimement que le harcèlement sexuel du genre de celui en l'espèce constituait de la discrimination sexuelle. En outre, la plupart des juridictions (par exemple la C.-B., l'Alberta, la Saskatchewan, la Nouvelle-Écosse) ont continué de s'en remettre à l'interdiction visant «la discrimination sexuelle» en matière d'emploi comme étant une arme suffisante pour lutter contre le harcèlement sexuel.

Les modifications visaient à clarifier et à instruire, et non pas à changer l'interprétation de la loi. Comme l'a souligné un arbitre de l'Ontario, le professeur Peter Cummings, dans une analyse ultérieure du raisonnement de la Cour d'appel du Manitoba:

> La question dont était saisie la Cour d'appel dans l'affaire Janzen, cependant, n'était pas de savoir si l'interdiction du harcèlement sexuel devrait faire partie de la loi manitobaine sur les droits de la personne, mais plutôt si une telle interdiction était implicite dans les dispositions générales antidiscriminatoires de la loi alors en vigueur. C'est la question que doit se poser toute instance qui étudie la place du harcèlement dans une disposition antidiscriminatoire générale. Les législateurs de quelques provinces (le Québec, Terre-Neuve et l'Ontario) et du fédéral ont décidé de s'exprimer de façon expresse là où l'interdiction implicite avait suffi auparavant. Étant donné l'avantage évident qu'offre une interdiction expresse du point de vue de la clarté et de la certitude, il faut applaudir ces nouvelles dispositions. Il semble toutefois pour le moins ironique qu'en rendant explicites ses propres politiques progressistes, une législature puisse nuire aux intentions également progressistes que l'on présume exister implicitement dans les lois générales d'une autre province.

The legislative history of the Ontario provision suggests that the government of the day viewed the explicit inclusions of harassment as a measure to clarify existing rights rather than to create new ones . . . .

In my view the more general language found in legislation without explicit provisions also prohibits sexual harassment in employment.

See *Boehm v. National System of Banking Ltd.*, (1987), 8 C.H.R.R. D/4110 at D/4119-20; and also *Zarankin*, supra, at D/2276-77.

There appear to be two principal reasons, closely related, for the decision of the Court of Appeal of Manitoba that the sexual harassment to which the appellants were subjected was not sex discrimination. First, the Court of Appeal drew a link between sexual harassment and sexual attraction. Sexual harassment, in the view of the Court, stemmed from personal characteristics of the victim, rather than from the victim's gender. Second, the appellate court was of the view that the prohibition of sex discrimination in s. 6(1) of the *Human Rights Act* was designed to eradicate only generic or categorical discrimination. On this reasoning, a claim of sex discrimination could not be made out unless all women were subjected to a form of treatment to which all men were not. If only some female employees were sexually harassed in the workplace, the harasser could not be said to be discriminating on the basis of sex. At most the harasser could only be said to be distinguishing on the basis of some other characteristic.

The two arguments raised by the Manitoba Court of Appeal may in fact be seen as alternate formulations of the following argument. Discrimination implies treating one group differently from other groups, thus all members of the affected group must be subjected to the discriminatory treatment. Sexual harassment, however, involves treating some persons differently from others, usually on the basis of the sexual attractiveness of the victim. The harasser will typically choose one, or several, persons to harass but will not harass all

Les antécédents législatifs de la disposition ontarienne permettent de penser que le gouvernement de l'époque considérait la mention explicite du harcèlement comme étant une mesure qui visait à clarifier des droits existants plutôt qu'à en créer de nouveaux . . .

À mon sens, le libellé plus général de la loi, sans dispositions explicites, interdit aussi le harcèlement sexuel en matière d'emploi.

Voir *Boehm v. National System of Banking Ltd.* (1987), 8 C.H.R.R. D/4110 à D/4119 et D/4120; voir aussi *Zarankin*, précité, aux pp. D/2276 et D/2277.

La décision de la Cour d'appel du Manitoba portant que le harcèlement sexuel dont les appelantes ont été victimes ne peut être assimilé à la discrimination fondée sur le sexe semble reposer sur deux raisons principales, étroitement liées. Tout d'abord, la Cour d'appel a établi un lien entre le harcèlement sexuel et l'attrait sexuel. Selon la Cour, le harcèlement sexuel résultait des caractéristiques personnelles de la victime plutôt que de son sexe. Ensuite, la Cour d'appel était d'avis que l'interdiction de la discrimination sexuelle faite au par. 6(1) de la *Loi sur les droits de la personne* entendait mettre fin uniquement à la discrimination à l'égard d'un genre ou d'une catégorie. Selon ce raisonnement, on ne pourrait alléguer la discrimination sexuelle que dans les cas où toutes les femmes sont soumises à une forme de traitement à laquelle aucun homme n'est soumis. Si certaines employées seulement étaient harcelées sexuellement à leur lieu de travail, celui qui les harcèle ne pourrait être accusé de discrimination fondée sur le sexe; tout au plus pourrait-on dire qu'il établit des distinctions fondées sur quelque autre caractéristique.

Les deux arguments soulevés par la Cour d'appel du Manitoba peuvent en fait être considérés comme des formulations différentes de l'argument suivant. La discrimination implique le fait de traiter un groupe de personnes différemment d'autres groupes, de sorte que tous les membres du groupe concerné doivent subir le traitement discriminatoire. Le harcèlement sexuel, toutefois, implique que certaines personnes sont traitées différemment d'autres personnes, généralement en raison de leur attrait sexuel. Celui qui se livre au harcèlement

members of one gender. As harassers select their targets on the basis of a personal characteristic, physical attractiveness, rather than on the basis of a group characteristic, gender, sexual harassment does not constitute discrimination on the basis of sex.

This line of reasoning has been considered in both Canada and the United States, and in my view, quite properly rejected. The reasons for the rejection were cogently expressed by Adjudicator Lynn Smith in *Zarankin v. Johnstone* (1984), 5 C.H.R.R. D/2274 (B.C. Bd.), at p. D/2276 (appeal to Supreme Court of British Columbia dismissed (1985), 6 C.H.R.R. D/2651):

> Although it might be thought that sexual harassment would not amount to sex discrimination unless all employees of the same gender were equally recipients of it, that is fallacious. So long as gender provides a basis for differentiation, it matters not that further differentiation on another basis is made. An analogy would be a complaint of sex discrimination against an employer who decided to dismiss all of his married female employees but none of his male employees and none of his unmarried female employees. The decision would affect one group adversely—female employees—even though it would not affect every member of that group. Similarly, an employer who selects only some of his female employees for sexual harassment and leaves other female employees alone is discriminatory by reason of sex because the harassment affects only one group adversely.

The fallacy in the position advanced by the Court of Appeal is the belief that sex discrimination only exists where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a

choisira normalement une ou plusieurs personnes comme victimes et non pas tous les membres d'un genre. Comme les auteurs du harcèlement choisissent leurs victimes en se fondant sur une caractéristique personnelle, l'attrait physique, plutôt que sur une caractéristique propre à un groupe, le genre, le harcèlement sexuel ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe.

Ce raisonnement a été étudié aussi bien au Canada qu'aux États-Unis, et, à mon avis, c'est à raison qu'il a été rejeté. Les motifs de son rejet ont été exposés de façon convaincante par l'arbitre Lynn Smith dans la décision *Zarankin v. Johnstone* (1984), 5 C.H.R.R. D/2274 (Com. C.-B.), à la p. D/2276 (appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique rejeté (1985), 6 C.H.R.R. D/2651):

> [TRADUCTION] Bien que l'on puisse croire que le harcèlement sexuel n'est pas assimilable à la discrimination sexuelle à moins que toutes les employées du même sexe n'en soient victimes, cela est faux. Dès lors que le sexe est une source de la différenciation, il importe peu que l'on fasse une autre différenciation en se fondant sur autre chose. On pourrait donner comme analogie l'accusation de discrimination sexuelle portée contre un employeur qui déciderait de renvoyer toutes ses employées mariées mais de garder tous ses employés du sexe masculin et toutes ses employées non mariées. Cette décision causerait du tort à un groupe—les employées du sexe féminin—bien qu'elle ne toucherait pas chaque membre de ce groupe. De la même façon, un employeur qui choisit seulement certaines de ses employées du sexe féminin comme cibles du harcèlement sexuel sans importuner les autres employées du sexe féminin établit une discrimination fondée sur le sexe, parce que le harcèlement en cause ne nuit qu'à un groupe.

L'erreur dans la thèse de la Cour d'appel réside dans la croyance qu'il y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe

finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. It is rare that a discriminatory action is so bluntly expressed as to treat all members of the relevant group identically. In nearly every instance of discrimination the discriminatory action is composed of various ingredients with the result that some members of the pertinent group are not adversely affected, at least in a direct sense, by the discriminatory action. To deny a finding of discrimination in the circumstances of this appeal is to deny the existence of discrimination in any situation where discriminatory practices are less than perfectly inclusive. It is to argue, for example, that an employer who will only hire a woman if she has twice the qualifications required of a man is not guilty of sex discrimination if, despite this policy, the employer nevertheless manages to hire some women.

The argument that discrimination requires identical treatment of all members of the affected group is firmly dismissed by this Court in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (judgment being delivered concurrently herewith). In *Brooks* I stated that pregnancy related discrimination is sex discrimination. The argument that pregnancy related discrimination could not be sex discrimination because not all women become pregnant was dismissed for the reason that pregnancy cannot be separated from gender. All pregnant persons are women. Although, in *Brooks*, the impugned benefits plan of the employer, Safeway, did not mention women, it was held to discriminate on the basis of sex because the plan's discriminatory effects fell entirely upon women.

The reasoning in *Brooks* is applicable to the present appeal. Only a woman can become pregnant; only a woman could be subject to sexual harassment by a heterosexual male, such as the

visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu'une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu'elle s'applique de façon identique à tous les membres du groupe-cible. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l'existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l'ensemble du groupe-cible. C'est affirmer, par exemple, que l'employeur qui n'engage une femme que si elle a deux fois plus de diplômes qu'un homme n'est pas coupable de discrimination sexuelle si, en dépit de cette politique, il engage tout de même quelques femmes.

La thèse selon laquelle la discrimination exige que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique a été énergiquement rejetée par cette Cour dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (jugement rendu en même temps que celui-ci). Dans l'arrêt *Brooks*, j'ai dit que la discrimination fondée sur la grossesse est de la discrimination fondée sur le sexe. L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne pouvait constituer de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne deviennent pas enceintes a été rejeté au motif que la grossesse est indissociable du sexe de la personne. Toutes les personnes enceintes sont des femmes. Bien que, dans l'affaire *Brooks*, le régime d'avantages sociaux de l'employeur Safeway alors en cause ne fît pas mention des femmes, on a conclu qu'il créait une discrimination fondée sur le sexe parce que les effets discriminatoires du régime n'atteignaient que les femmes.

Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Brooks* s'applique à ce pourvoi. Seule, une femme peut être enceinte; seule une femme peut être victime du harcèlement sexuel de la part d'un homme hétéro-

respondent Grammas. That some women do not become pregnant was no defence in *Brooks*, just as it is no defence in this appeal that not all female employees at the restaurant were subject to sexual harassment. The crucial fact is that it was only female employees who ran the risk of sexual harassment. No man would have been subjected to this treatment. The sexual harassment the appellants suffered fits the definition of sex discrimination offered earlier: "practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic related to gender".

To argue that the sole factor underlying the discriminatory action was the sexual attractiveness of the appellants and to say that their gender was irrelevant strains credulity. Sexual attractiveness cannot be separated from gender. The similar gender of both appellants is not a mere coincidence, it is fundamental to understanding what they experienced. All female employees were potentially subject to sexual harassment by the respondent Grammas. That his discriminatory behaviour was pinpointed against two of the female employees would have been small comfort to other women contemplating entering such a workplace. Any female considering employment at the Pharos Restaurant was a potential victim of Grammas and as such was disadvantaged because of her sex. A potential female employee would recognize that if she were a male employee she would not have to run the same risks of sexual harassment. In *Brooks*, in reference to a health benefits plan which imposed the costs of pregnancy upon women, I stated that "[r]emoval of such unfair impositions upon women and other groups in society is a key purpose of anti-discrimination legislation" (p. 1238). That statement is equally applicable to the sexual harassment that was suffered by the appellants in this appeal. Because they were women, the appellants were subject to a disadvantage to which no man at the restaurant would have been subject. As the LEAF factum puts it, " . . . sexual harassment is a form of sex discrimination because it denies women equality of

sexuel, tel l'intimé Grammas. Le fait que certaines femmes ne deviennent pas enceintes n'a pu constituer un moyen de défense dans l'affaire *Brooks*, tout comme il ne saurait être opposé en défense dans ce pourvoi que les employées du restaurant n'ont pas toutes été victimes du harcèlement sexuel. Ce qui importe, c'est que seules les employées étaient exposées au harcèlement sexuel. Aucun homme n'en aurait été la victime. Le harcèlement sexuel dont les appelantes ont été victimes répond à la définition de la discrimination fondée sur le sexe que j'ai déjà donnée: «des pratiques ou des attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emploi de certains employés en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe».

Soutenir que le seul facteur à la base de l'acte discriminatoire résidait dans l'attrait sexuel des appelantes et affirmer que leur sexe était sans importance met la crédulité à l'épreuve. L'attrait sexuel ne peut se dissocier du sexe. Ce n'est pas simple coïncidence que les deux appelantes sont du même sexe, c'est essentiel à la compréhension de ce qu'elles ont subi. Toutes les employées étaient virtuellement exposées au harcèlement sexuel de l'intimé Grammas. Le fait que sa conduite discriminatoire visait deux des employées n'aurait pas servi à rassurer les autres femmes qui auraient envisagé de travailler à cet endroit. Toute femme qui songeait à travailler au restaurant Pharos était une victime potentielle de Grammas et, comme telle, elle se trouvait désavantagée en raison de son sexe. Une employée potentielle se serait rendu compte que si elle avait été un employé masculin, elle n'aurait pas couru les mêmes risques d'être harcelée sexuellement. Dans l'arrêt *Brooks*, relativement à un régime d'assurance santé qui imposait aux femmes les coûts de la grossesse, j'ai déclaré que «[l]a suppression des fardeaux injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des lois anti-discrimination» (p. 1238). Cette déclaration s'applique également au harcèlement sexuel subi par les appelantes en l'espèce. Parce qu'elles étaient des femmes, les appelantes étaient exposées à un désavantage que ne risquait de subir aucun des employés masculins du restaurant. Comme le dit le mémoire du FAEJ, [TRADUCTION] «. . . le harcèlement sexuel est une

opportunity in employment because of their sex." It is one of the purposes of anti-discrimination legislation to remove such denials of equality of opportunity.

As noted earlier, the argument that sexual harassment is sex discrimination has been recognized by a long line of Canadian, American and English (see *Porcelli v. Strathclyde Regional Council*, [1985] I.C.R. 177 (E.A.T.-Scot.), aff'd [1986] I.C.R. 564 (Ct. of Session)) cases which have found sexual harassment to be sex discrimination.

In conclusion on this point, I offer a quotation from a leading American decision, *Bundy v. Jackson*, *supra*, at p. 942, which is equally applicable to the legislation at issue in this appeal:

> ... our task of statutory construction in *Barnes* was to determine whether the disparate treatment Barnes suffered was "based on ... sex." We heard arguments there that whatever harm Barnes suffered was not sex discrimination, since Barnes' supervisor terminated her job because she had refused sexual advances, not because she was a woman. We rejected those arguments as disingenuous in the extreme. The supervisor in that case made demands of Barnes that he would not have made of male employees. "But for her womanhood ... [Barnes'] participation in sexual activity would never have been solicited. To say, then, that she was victimized in her employment simply because she declined the invitation is to ignore the asserted fact that she was invited only because she was a woman subordinate to the inviter in the hierarchy of agency personnel."

We thus made it clear in *Barnes* that sex discrimination within the meaning of Title VII is not limited to disparate treatment founded solely or categorically on gender. Rather, discrimination is sex discrimination whenever sex is for no legitimate reason a substantial factor in the discrimination.

forme de discrimination fondée sur le sexe, car il prive les femmes de l'égalité des chances en matière d'emploi en raison de leur sexe». C'est l'un des objets des lois anti-discrimination que de faire disparaître de tels obstacles à l'égalité des chances.

Comme je l'ai déjà dit, l'argument selon lequel le harcèlement sexuel constitue de la discrimination fondée sur le sexe a été accepté dans de nombreux arrêts canadiens, américains et anglais (voir l'arrêt *Porcelli v. Strathclyde Regional Council*, [1985] I.C.R. 177 (E.A.T.-Écosse), conf. par [1986] I.C.R. 564 (Ct. of Session)) qui ont conclu que le harcèlement sexuel était de la discrimination sexuelle.

Comme conclusion à cet égard, je cite un arrêt américain faisant jurisprudence, *Bundy v. Jackson*, précité, à la p. 942, qui s'applique aussi à la législation en litige dans le cadre de ce pourvoi:

> [TRADUCTION] ... notre tâche d'interprétation législative dans l'arrêt *Barnes* consistait à déterminer si le traitement inégal imposé à Barnes était «fondé sur le sexe». On a fait valoir devant nous que le tort qu'a pu subir Barnes ne constituait pas de la discrimination sexuelle puisque son surveillant a mis fin à son emploi parce qu'elle avait repoussé ses avances de nature sexuelle et non parce qu'elle était une femme. Nous avons rejeté ces arguments comme étant extrêmement spécieux. Dans cette affaire, le surveillant a exigé de Barnes des choses qu'il n'aurait pas demandées à des employés du sexe masculin. «N'était-ce du fait que Barnes est une femme, elle n'aurait pas été invitée à participer à des activités sexuelles. Donc, affirmer qu'elle a été persécutée dans son emploi simplement parce qu'elle a décliné la proposition qui lui était faite, c'est ne pas tenir compte du fait allégué que cette proposition lui a été faite simplement parce qu'elle était une femme subordonnée à l'auteur de la demande dans la hiérarchie du personnel de l'agence.»

Nous avons donc établi clairement dans l'affaire *Barnes* que la discrimination sexuelle au sens du Titre VII ne se limite pas au traitement inégal fondé uniquement ou catégoriquement sur le sexe. La discrimination est de la discrimination sexuelle chaque fois que le sexe de la victime se trouve être, sans motif légitime, un facteur important de la discrimination.

VI

Is the Respondent Liable?

The liability of employers for the acts of their employees in situations such as in the present appeal has been settled by the recent decision of this Court in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*. This decision, which reversed the judgment of the Federal Court of Appeal, was delivered subsequent to the decision of the Manitoba Court of Appeal in the present case. In *Robichaud*, La Forest J., writing for the Court, considered the liability of an employer for sexual harassment under the *Canadian Human Rights Act*, where the harassment was committed by an employee. His words are equally applicable to the Manitoba legislation; each Act has a similar purpose and structure.

La Forest J. began by stating that human rights legislation (at p. 92):

> ... is not aimed at determining fault or punishing conduct. It is remedial. Its aim is to identify and eliminate discrimination. If this is to be done, then the remedies must be effective, consistent with the "almost constitutional" nature of the rights protected.

He continued two pages later:

> Indeed, if the Act is concerned with the effects of discrimination rather than its causes (or motivations), it must be admitted that only an employer can remedy undesirable effects; only an employer can provide the most important remedy—a healthy work environment.

La Forest J. then concluded that the statute requires that employers be held liable for the discriminatory acts of their employees where those actions are work-related. He did not try to apply principles of vicarious liability, saying that this was unhelpful and, in any event, unnecessary since the employer's liability could be found within the statute (at p. 95):

> Hence, I would conclude that the statute contemplates the imposition of liability on employers for all acts of their employees "in the course of employment", interpreted in the purposive fashion outlined earlier as being in some way related or associated with the

VI

L'intimée est-elle responsable?

La responsabilité des employeurs à l'égard des actes de leurs employés dans des situations comme celles en l'espèce a été exposée dans l'arrêt récent de cette Cour *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité. Cet arrêt, qui infirmait le jugement de la Cour d'appel fédérale, a été rendu après l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dans la présente affaire. Dans l'arrêt *Robichaud*, le juge La Forest, qui se prononçait au nom de la Cour, a examiné la responsabilité d'un employeur à l'égard du harcèlement sexuel visé par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, lorsque le harcèlement est le fait d'un employé. Ses conclusions s'appliquent également à la loi du Manitoba; chacune des deux lois a un objet et une structure semblables.

Le juge La Forest a tout d'abord déclaré que la loi sur les droits de la personne (à la p. 92):

> ... ne vise pas à déterminer la faute ni à punir une conduite. Elle est de nature réparatrice. Elle vise à déceler les actes discriminatoires et à les supprimer. Pour ce faire, il faut que les redressements soient efficaces et compatibles avec la nature «quasi constitutionnelle» des droits protégés.

Il ajoute, deux pages plus loin:

> En fait, si la Loi s'intéresse aux effets de la discrimination plutôt qu'à ses causes (ou motifs qui la sous-tendent), force est de reconnaître que seul l'employeur peut remédier à des effets peu souhaitables; seul l'employeur est en mesure de fournir le redressement le plus important, celui d'un milieu de travail sain.

Le juge La Forest a alors conclu que la loi exige que les employeurs soient tenus responsables des actes discriminatoires de leurs employés lorsque ces actes sont reliés à leur emploi. Il n'a pas tenté d'appliquer les principes de la responsabilité du fait d'autrui en disant que cela n'aidait en rien et, en tout état de cause, était inutile puisque la responsabilité de l'employeur était énoncée dans la loi (à la p. 95):

> En conséquence, je suis d'avis de conclure que la Loi envisage de rendre les employeurs responsables de tous les actes accomplis par leurs employés «dans le cadre de leurs emplois» (*in the course of employment*»), en interprétant cette dernière expression en fonction de l'objet

employment. It is unnecessary to attach any label to this type of liability; it is purely statutory.

Although the employer in the *Robichaud* case was the Crown, it is clear that La Forest J.'s words are meant to apply to all employment relationships. At no point in his judgment is any significance attached to the Crown status of the employer.

On the basis of La Forest J.'s decision, the respondent Platy Enterprises Ltd. must be held liable for the actions of the cook Grammas. Grammas' actions fall within the "course of his employment" as defined by La Forest J.'s purposive interpretation. On page 92, La Forest J. expanded on the meaning to be given to "course of employment", arguing that the term should not be interpreted as only referring to activities which fall narrowly within the employee's job description. To employ such a narrow definition, he said, would be wrongly to import tortious notions of vicarious liability into the field of discrimination law. He concluded that employers are liable for any action of their employees which is "work-related" (at p. 92):

> It would appear more sensible and more consonant with the purpose of the Act to interpret the phrase "in the course of employment" as meaning work- or job-related . . .

The difference between the words of the Manitoba Act, "in respect of employment", and those of the Canadian Act, "course of employment", is not significant. La Forest J.'s words apply equally to both Acts.

In light of this interpretation it cannot be argued that Grammas was not acting in respect of his employment when he sexually harassed the appellants. His actions were clearly work related. Grammas' opportunity to harass the appellants sexually was directly related to his employment position as the next in line in authority to the employer. Grammas used his position of authority, a position accorded him by the respondent, to take advantage of the appellants. The authority granted

de la Loi, c'est-à-dire comme signifiant «reliés de quelque manière à l'emploi». Il s'agit là d'un type de responsabilité qui se passe de tout qualificatif et qui découle purement et simplement de la loi.

Bien que l'employeur dans l'affaire *Robichaud* ait été le gouvernement, il est clair que les paroles du juge La Forest visent toutes les relations d'emploi. Nulle part dans sa décision il n'accorde une quelconque importance au fait que l'employeur se trouvait être le gouvernement.

Compte tenu de la décision du juge La Forest, l'intimée Platy Enterprises Ltd. doit être tenue responsable des actes du cuisinier Grammas. Les actes de ce dernier ont été accomplis «dans le cadre de son emploi», selon l'interprétation en fonction de l'objet définie par le juge La Forest. À la page 92, le juge La Forest a discuté de la signification de l'expression «dans le cadre de son emploi», affirmant que ces mots ne doivent pas s'interpréter simplement comme visant des actes étroitement liés à l'exposé de fonctions de l'employé. Une définition aussi étroite, a-t-il dit, introduirait à tort les notions de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle dans le domaine de la législation visant la discrimination. Il conclut que les employeurs sont responsables de tous les actes de leurs employés «reliés à leur emploi» (à la p. 92):

> Il semblerait plus raisonnable et plus conforme à l'objet de la Loi d'interpréter l'expression «*in the course of employment*» que l'on trouve dans le texte anglais de l'article, comme signifiant «relié aux fonctions ou à l'emploi», . . .

La différence entre le texte de la loi manitobaine «*in respect of employment*» et ceux de la loi canadienne «dans le cadre de son emploi» n'a pas d'importance. Ce qu'a dit le juge La Forest s'applique également aux deux lois.

Étant donné cette interprétation, on ne peut affirmer que Grammas n'agissait pas dans le cadre de son emploi lorsqu'il a harcelé sexuellement les appelantes. Ses actes étaient clairement reliés à son emploi. La possibilité qu'avait Grammas de harceler sexuellement les appelantes était directement reliée au fait qu'il venait en second dans l'ordre hiérarchique, après l'employeur. Grammas s'est servi de la supériorité hiérarchique que l'intimée lui avait accordée pour s'en prendre aux appe-

to Grammas, both through his control in running the restaurant, including his control over food orders and work hours, and through his purported ability to fire waitresses, gave him power over the waitresses. It was the respondent's responsibility to ensure that this power was not abused. This it clearly did not do, even after the appellants made specific complaints about the harassment. So it is liable for the actions of Grammas.

VII

The Damages Award

I quoted earlier the remarks of Monnin J. in reducing the award of damages to Janzen and Govereau. With great respect, no persuasive arguments were presented by Monnin J. as to why Adjudicator Henteleff erred in his award. The amounts are not inordinate in light of the seriousness of the complaints.

VIII

Costs Before the Board of Adjudication

The Court of Appeal awarded costs to the respondents and against the Commission not only before the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal, but also before the Board of Adjudication itself. The order with respect to costs will be set aside because of this Court's decision on the respondent's liability. I wish however to comment briefly on the Court of Appeal's decision to award costs against the Commission in respect of the hearing before the Board of Adjudication. Even if the Court of Appeal's decision on liability had been upheld in this Court, I would see no justification for this award of costs against the Commission. Under the Act, the Board of Adjudication itself is given no authority to award costs. One reason for this is that the Commission has a duty under s. 20 of the Act to bring complaints before the Board, unless those complaints are, *per* s. 19(4), "without merit". Therefore, while appreciating that courts do have a discretion with

lantes. L'autorité dont Grammas se trouvait investi en raison du contrôle qu'il exerçait dans la direction du restaurant, notamment sur les commandes des clients et sur les heures de travail, et en raison du pouvoir qu'il aurait eu de congédier les serveuses, lui donnait du pouvoir sur ces dernières. Il incombait à l'intimée de s'assurer qu'il n'y avait pas abus de ce pouvoir. Il est évident qu'elle ne l'a pas fait, même après que les appelantes eurent porté des plaintes précises au sujet du harcèlement dont elles faisaient l'objet. L'intimée est donc responsable des actes de Grammas.

VII

Adjudication des dommages-intérêts

J'ai déjà cité les remarques du juge Monnin lorsqu'il a réduit les dommages-intérêts accordés à Janzen et Govereau. Avec beaucoup d'égards, le juge Monnin n'a présenté aucun argument persuasif pour expliquer la raison pour laquelle l'arbitre Henteleff aurait commis une erreur dans l'adjudication des dommages-intérêts. Les montants ne sont pas exagérés compte tenu de la gravité des plaintes.

VIII

Les dépens devant le tribunal d'arbitrage

La Cour d'appel a adjugé des dépens en faveur des intimées et à l'encontre de la Commission non seulement devant la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel, mais aussi devant le tribunal d'arbitrage lui-même. L'adjudication des dépens est annulée en raison de la décision de cette Cour à l'égard de la responsabilité de l'intimée. Je tiens cependant à faire de brefs commentaires sur la décision de la Cour d'appel d'adjuger des dépens à l'encontre de la Commission en ce qui concerne l'audience devant le tribunal d'arbitrage. Même si notre Cour avait confirmé la décision de la Cour d'appel sur la responsabilité, je ne trouverais aucune justification à cette adjudication des dépens contre la Commission. En vertu de la Loi, le tribunal d'arbitrage lui-même n'a pas le pouvoir d'adjuger des dépens. L'une des raisons est que la Commission est tenue, en vertu de l'art. 20 de la Loi, de soumettre les plaintes au tribunal, à moins qu'elles ne soient, selon le par. 19(4), [TRADUC-

respect to costs, I believe costs should only be ordered against the Manitoba Human Rights Commission in exceptional circumstances. There was no reason to exercise that discretion on the facts of this case, even as these facts were interpreted by the Court of Appeal. The complaint brought forth by the Commission was clearly with merit. It succeeded before the Board and the Court of Queen's Bench. For the Commission to have refused to have brought forth the complaint would have been a neglect of its statutory duty.

IX

Disposition

For the aforementioned reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the judgment of Monnin J. of the Court of Queen's Bench, except as to the award of damages which should be as stated by Adjudicator Henteleff. The appellants are entitled to costs at all levels, except before the Board of Adjudication.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Tanner Elton, Winnipeg.

Solicitors for the intervener: Fillmore & Riley, Winnipeg.

TION] «sans fondement». Par conséquent, tout en étant conscient que les tribunaux disposent du pouvoir discrétionnaire d'adjuger des dépens, j'estime que ceux-ci ne devraient être adjugés à l'encontre de la Commission des droits de la personne du Manitoba que dans des circonstances exceptionnelles. L'exercice de ce pouvoir ne se justifiait aucunement par les faits de l'espèce, même compte tenu de leur interprétation par la Cour d'appel. La plainte transmise par la Commission avait clairement un fondement. Elle a été accueillie par le tribunal et la Cour du Banc de la Reine. La Commission aurait failli à l'obligation que lui impose la Loi si elle avait refusé de soumettre la plainte.

IX

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Monnin de la Cour du Banc de la Reine, sauf en ce qui concerne l'adjudication des dommages-intérêts qui devrait être celle qu'a établie l'arbitre Henteleff. Les dépens sont adjugés aux appelantes à tous les niveaux, sauf devant le tribunal d'arbitrage.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelantes: Tanner Elton, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Sharon Turpin and Latif Siddiqui *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* TURPIN

File Nos.: 20509, 20510.

1988: June 16; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial by jury — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that an accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused may waive their Charter right to a jury trial.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Trial by jury — Whether an accused may waive his Charter right to a jury trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

Criminal law — Trial by jury — Murder — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Sharon Turpin et Latif Siddiqui *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* TURPIN

N^os^ du greffe: 20509, 20510.

1988: 16 juin; 1989: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès par jury — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les prévenus peuvent-ils renoncer au droit que leur garantit la Charte à un procès par jury?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Procès par jury — Un prévenu peut-il renoncer au droit que lui garantit la Charte à un procès par jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

Droit criminel — Procès par jury — Meurtre — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit

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

judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate ss. 11(f) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Except in Alberta, an accused charged with murder must, under ss. 427, 429 and 430 of the *Criminal Code*, be tried by a judge and jury. The appellants and a co-accused, who were charged with first degree murder in Ontario, made a pre-trial motion for a trial by a judge alone. The trial judge granted the motion holding that the effect of s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was to allow an accused to elect whether to be tried by a judge and jury or by a judge alone. He also held that ss. 427, 428 and 429 of the *Criminal Code* violated s. 15 of the *Charter* because s. 430 gave individuals charged with the same offence in Alberta an election to be tried by a judge alone. At trial, T was acquitted and S and the co-accused were convicted of second degree murder. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal on the ground that the trial judge had conducted the trial without jurisdiction, set aside the verdicts and ordered a new trial on the original charge for all three accused. The Court found that there had been no violations of ss. 11(*f*) and 15 of the *Charter*. These appeals are to determine (1) whether ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*, which require, except in Alberta, a murder trial to be conducted before a judge and jury, violate appellants' right to waive a trial by jury under s. 11(*f*) of the *Charter*; and (2) whether s. 430 of the *Code*, which gives accused persons in Alberta (but not in any other province) an election to be tried before a judge alone, violates appellants' equality rights under s. 15 of the *Charter*.

Held: The appeals should be dismissed.

(1) *Section 11(f)*

Sections 429 and 430 of the *Code* do not violate s. 11(*f*) of the *Charter*. The purpose of s. 11(*f*) is to ensure that the interests of the accused are respected. It gives an accused the right to the benefit of a jury trial but does not force a jury trial on an accused if it is not to his benefit. The accused in these circumstances may waive the right. The accused, and not the courts, will decide which course is in his best interests in any given case. This interpretation accords with this Court's intention to interpret *Charter* rights in a broad and generous manner designed to ensure that those protected receive the full benefit of the protection. Further, to prevent an accused from waiving his right to the benefit of a jury trial would be to elevate the interests of society over the

jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils les art. 11f) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Sauf en Alberta, un prévenu accusé de meurtre doit, en vertu des art. 427, 429 et 430 du *Code criminel*, être jugé devant un juge et un jury. Les appelants et un coaccusé, qui ont été inculpés de meurtre au premier degré en Ontario, ont présenté une requête préliminaire pour être jugés devant un juge seul. Le juge du procès a fait droit à cette requête et a conclu que l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permettait à un accusé de choisir d'être jugé devant un juge et un jury ou devant un juge seul. Il a aussi statué que les art. 427, 428 et 429 du *Code criminel* violent l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 permet aux personnes inculpées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. Au procès, T a été acquitté et S et leur coaccusé ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public pour le motif que le juge du procès avait tenu le procès sans en avoir la compétence, a infirmé les verdicts et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation originale pour les trois accusés. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de violations de l'al. 11*f*) et de l'art. 15 de la *Charte*. Les présents pourvois visent à déterminer (1) si les art. 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigent, sauf en Alberta, qu'un procès pour meurtre se déroule devant un juge et un jury, violent le droit des appelants de renoncer à un procès avec jury que leur confère l'al. 11*f*) de la *Charte*; et (2) si l'art. 430 du *Code*, qui donne aux personnes inculpées en Alberta (mais dans aucune autre province) le choix d'être jugées devant un juge seul, viole le droit à l'égalité devant la loi que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux appelants.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

(1) *L'alinéa 11f)*

Les articles 429 et 430 du *Code* ne violent pas l'al. 11*f*) de la *Charte*. L'objet de l'al. 11*f*) est d'assurer que les intérêts de l'inculpé sont respectés. Il donne à l'inculpé le droit de bénéficier d'un procès par jury, mais ne le lui impose pas si l'inculpé ne juge pas cela avantageux. Dans ces circonstances, l'inculpé peut renoncer à ce droit. C'est à l'inculpé et non aux tribunaux de décider ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'accusé dans un cas particulier. Cette interprétation s'accorde avec l'intention de cette Cour d'interpréter largement et généreusement les droits garantis par la *Charte* de manière à ce qu'ils protègent pleinement ceux à qui ils sont destinés. En outre, empêcher un inculpé de renoncer à son droit de bénéficier d'un procès par jury équi-

interests of the individual. Here, the appellants clearly waived their right to a jury trial. But a constitutional right to waive is not a constitutional right to elect. It cannot defeat the operation of s. 429 of the *Code*, which requires the appellants to be tried by a judge and jury. Nothing in s. 11(*f*) gives the appellants a constitutional right to elect their mode of trial or a constitutional right to be tried by judge alone so as to put the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code* into conflict with s. 11(*f*) of the *Charter*. When the appellants waived their *Charter* rights to a jury trial, their reliance on the Constitution ceased and the provisions of the *Criminal Code* governed.

Further, the appellants were not entitled to a declaration, under s. 24(1) of the *Charter*, that s. 429 of the *Code* did not apply to them on the ground that they had waived their *Charter* right to a jury trial. A section 24(1) remedy is available only where a *Charter* right of an accused has been infringed or denied. Section 429 of the *Code* does not infringe s. 11(*f*) of the *Charter* as there is no constitutional right to a non-jury trial included in s. 11(*f*).

(2) *Section 15*

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others. Here, the impugned provisions denied the appellants equality before the law. The appellants, who wished to be tried by a judge alone, were precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a judge alone. The impugned provisions of the *Code* treated the appellants and those charged with the offences listed in s. 427 more harshly than those charged with the same offences in the province of Alberta who, because of s. 430, have an opportunity to be tried by judge alone if they deem this to be to their advantage. However, while the distinction created by s. 430 resulted in a violation of appellants' rights to equality before the law, such distinction was not discriminatory in its purpose or effect and, therefore, did not violate s. 15 of the *Charter*. Persons resident outside Alberta and charged with s. 427 offences outside Alberta do not constitute a

vaut manifestement à faire passer l'intérêt de la société avant celui du particulier. En l'espèce, les appelants ont clairement renoncé à leur droit à un procès par jury. Mais un droit constitutionnel de renoncer n'est pas un droit constitutionnel de choisir. Il ne peut pas écarter l'application de l'art. 429 du *Code* qui exige que les appelants soient jugés devant un juge et un jury. Il n'y a rien dans l'al. 11*f*) qui confère aux appelants le droit constitutionnel de choisir le mode de procès ou le droit constitutionnel d'être jugé devant un juge seul, et qui le rende incompatible avec les dispositions impératives du *Code criminel* qui prescrivent un procès par jury. Lorsque les appelants renoncent au droit à un procès par jury que leur confère la *Charte*, ils ne peuvent plus invoquer la Constitution et le *Code criminel* les régit.

En outre, les appelants n'ont pas droit à une déclaration en vertu du par. 24(1) de la *Charte* portant que l'art. 429 du *Code* ne leur est pas applicable pour le motif qu'ils ont renoncé au droit à un procès par jury que leur garantit la *Charte*. Une réparation en vertu du par. 24(1) n'est possible que si on a porté atteinte à un droit que la *Charte* garantit à un inculpé. L'article 429 du *Code* ne viole pas l'al. 11*f*) de la *Charte* car cet alinéa ne confère pas de droit constitutionnel à un procès sans jury.

(2) *L'article 15*

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir le principe que toutes les personnes sont assujetties aux mêmes exigences et aux mêmes obligations en vertu de la loi et que nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. En l'espèce, les dispositions contestées privent les appelants du droit à l'égalité devant la loi. Les appelants qui veulent subir un procès devant un juge seul, en sont empêchés à cause de l'effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D'autre part, l'art. 430 du *Code* permet aux personnes accusées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. Les dispositions contestées du *Code* traitent les appelants et ceux qui sont accusés des infractions énumérées à l'art. 427 plus durement que les personnes accusées des mêmes infractions en Alberta qui, à cause de l'art. 430, ont la possibilité de choisir de subir un procès devant un juge seul si elles croient que c'est dans leur intérêt. Toutefois, quoique la distinction créée par l'art. 430 constitue une violation des droits des appelants à l'égalité devant la loi, cette distinction n'est pas discriminatoire par son objet ou par ses effets et ne viole donc pas l'art. 15 de la *Charte*. Les personnes qui ne résident pas en Alberta et qui sont accusées en dehors de l'Alberta des infractions énumérées à l'art. 427 ne constituent pas

disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **distinguished**: *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965); *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136; *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930); *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; **disapproved**: *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; **discussed**: *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193; **referred to**: *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257, leave to appeal refused April 9, 1987, [1987] 1 S.C.R. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41, leave to appeal granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1; *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Re B.C. Motor Vehicles Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III [now R.S.C., 1985, App. III], s. 1(*b*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*f*), 15, 24(1).
Commonwealth of Australia Constitution Act, s. 80.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States, Art. III, Sixth Amendment.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 426, 427 [am. 1972, c. 13, s. 33; am. 1974-75-76, c. 93, s. 37; c. 105, s. 29], 428, 429, 430, 520(3), 618(2) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)].
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 64.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "waiver".
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 8th ed., 1778.

un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **distinction d'avec les arrêts**: *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965); *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136; *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930); *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; **arrêt critiqué**: *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; **arrêts analysés**: *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193; **arrêts mentionnés**: *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257, autorisation de pourvoi rejetée le 9 avril 1987, [1987] 1 R.C.S. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41, autorisation de pourvoi accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1; *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Renvoi: Motor Vehicles Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*f*), 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 426, 427 [mod. 1972, chap. 13, art. 33; mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 37; chap. 105, art. 29], 428, 429, 430, 520(3), 618(2) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)].
Commonwealth of Australia Constitution Act, art. 80.
Constitution des États-Unis, art. III, Sixième amendement.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III [maintenant L.R.C. (1985), app. III], art. 1*b*).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 64.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «waiver».
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 8th ed., 1778.

Canada. Law Reform Commission. *The Jury* (Report 16). Ottawa: Law Reform Commission, 1982.
Canada. Law Reform Commission. *The Jury in Criminal Trials* (Working Paper 27). Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "waiver".
Lepofsky, David and Hart Schwartz. "Constitutional Law—Charter of Rights and Freedoms—Section 15—An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee: *R.* v. *Ertel*" (1988), 67 *Can. Bar. Rev.* 115.
Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan, 1883.
Whitebread, Charles and Christopher Slobogin. *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1986.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of first degree murder. Appeals dismissed.

Michael D. Edelson and *Mark Ledwell*, for the appellant Siddiqui.

Donald B. Bayne, for the appellant Turpin.

W. J. Blacklock and *K. L. Campbell*, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., *Irit Weiser* and *Michael Zigayer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Houston, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellants claim in these appeals that certain provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 426-430, which

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury* (Rapport 16). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1982.
Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury en droit pénal* (Document de travail 27). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, «waiver».
Lepofsky, David and Hart Schwartz. «Constitutional Law—Charter of Rights and Freedoms—Section 15—An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee: *R.* v. *Ertel*» (1988), 67 *R. du B. can.* 115.
Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan, 1883.
Whitebread, Charles and Christopher Slobogin. *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1986.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement des accusés relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvois rejetés.

Michael D. Edelson et *Mark Ledwell*, pour l'appelant Siddiqui.

Donald B. Bayne, pour l'appelante Turpin.

W. J. Blacklock et *K. L. Campbell*, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., *Irit Weiser* et *Michael Zigayer*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Houston, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Dans les présents pourvois, les appelants soutiennent que les dispositions des art. 426 à 430 du *Code criminel*, S.R.C. 1970,

require their trial for murder to be conducted before a judge and jury, violate their right to waive a trial by jury under s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1. They also claim that s. 430 of the *Criminal Code* which gives accused persons in Alberta, but not in any other province, an election to be tried before a judge alone violates their equality rights under s. 15 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

chap. C-34, qui exigent que leur procès pour meurtre se déroule devant un juge et un jury, violent le droit de renoncer à un procès avec jury que leur confère l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elles ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier. Ils soutiennent aussi qu'en offrant aux personnes inculpées en Alberta, mais non à celles inculpées dans les autres provinces, la possibilité de choisir un procès devant un juge seul, l'art. 430 du *Code criminel* viole les droits à l'égalité devant la loi que leur garantit l'art. 15 de la *Charte* et qu'il ne saurait être justifié en vertu de l'article premier.

The following are the relevant provisions of the *Code* and of the *Charter*:

Voici les dispositions pertinentes du *Code* et de la *Charte*:

Criminal Code

426. Every superior court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try any indictable offence.

427. Every court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try an indictable offence other than

(*a*) an offence under any of the following sections, namely,

(i) section 47,
(ii) section 49,
(iii) section 51,
(iv) section 53,
(v) section 62,
(vi) section 75,
(vii) section 76, or
(viii) section 218,

(*b*) the offence of being an accessory after the fact to high treason or treason or murder,

(*c*) an offence under section 108 by the holder of a judicial office,

(*d*) the offence of attempting to commit any offence mentioned in subparagraphs (*a*)(i) to (vii), or

(*e*) the offence of conspiring to commit any offence mentioned in paragraph (*a*).

428. Subject to this Act, every superior court of criminal jurisdiction and every court of criminal jurisdiction that has power to try an indictable offence is competent to try an accused for that offence

(*a*) if the accused is found, is arrested or is in custody within the territorial jurisdiction of the court; or

(*b*) if the accused has been committed for trial to, or has been ordered to be tried by

Code criminel

426. Toute cour supérieure de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel.

427. Toute cour de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel autre

a) qu'une infraction visée par l'un des articles suivants, savoir:

(i) article 47,
(ii) article 49,
(iii) article 51,
(iv) article 53,
(v) article 62,
(vi) article 75,
(vii) article 76, ou
(viii) article 218.

b) que l'infraction d'être complice après le fait d'une haute trahison, d'une trahison ou d'un meurtre,

c) qu'une infraction aux termes de l'article 108 par le détenteur de fonctions judiciaires,

d) que l'infraction de tentative de commettre une infraction mentionnée aux sous-alinéas *a*)(i) à (vii), ou

e) que l'infraction de comploter en vue de commettre une infraction mentionnée à l'alinéa *a*).

428. Sous réserve de la présente loi, toute cour supérieure de juridiction criminelle, comme toute cour de juridiction criminelle qui a le pouvoir de juger un acte criminel, est compétente pour juger un accusé à l'égard de ladite infraction,

a) si le prévenu est trouvé, arrêté ou sous garde dans la juridiction territoriale de la cour; ou

b) si le prévenu a été renvoyé pour subir son procès, ou s'il lui a été ordonné d'être jugé

(i) that court, or

(ii) any other court, the jurisdiction of which has by lawful authority been transferred to that court.

429. Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury.

430. Notwithstanding anything in this Act, an accused who is charged with an indictable offence in the Province of Alberta may, with his consent, be tried by a judge of the superior court of criminal jurisdiction of Alberta without a jury.

I note that the above s. 430 was repealed by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 64, and the following substituted in its place:

430. (1) Notwithstanding anything in this Act, an accused charged with an offence listed in section 427 may, with his consent and that of the Attorney General, be tried without a jury by a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

(2) Notwithstanding anything in this Act, where the consent of an accused and the Attorney General is given in accordance with subsection (1), such consent shall not be withdrawn unless both the accused and the Attorney General agree to the withdrawal.

The new section did not, however, come into force until December 4, 1985 after the trial judge had ruled in this matter.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups

(i) devant cette cour, ou

(ii) devant toute autre cour dont la juridiction a été, par autorité légitime, transférée à cette cour.

429. Sauf dans le cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.

430. Nonobstant toute disposition de la présente loi, un prévenu inculpé d'un acte criminel dans la province d'Alberta peut être jugé, de son propre consentement, par un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle d'Alberta, sans jury.

Je souligne que l'art. 430 a été abrogé et remplacé par ce qui suit dans la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 64:

430. (1) Nonobstant toute disposition de la présente loi, une personne accusée d'une infraction visée à l'article 427 peut être jugée sans jury par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle si elle-même et le procureur général y consentent.

(2) Nonobstant toute disposition de la présente loi, le consentement accordé par le procureur général et l'accusé conformément au paragraphe (1) ne peut être retiré que si l'accusé et le procureur général y consentent tous deux.

Le nouvel article n'est cependant entré en vigueur que le 1er décembre 1985, c'est-à-dire après la décision du juge du procès en l'espèce.

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notam-

including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. The Facts

The appellants Sharon Turpin and Latif Siddiqui were jointly charged along with Whitley Clauzel with the first degree murder of Paul Turpin. Paul Turpin was Sharon Turpin's husband and he was killed on February 8, 1983. The appellant Sharon Turpin made a pre-trial motion on April 29, 1985 under s. 520(3) of the *Criminal Code* to be tried separately from the two co-accused claiming that she would be prejudiced by the introduction at her trial of statements made by them. On May 3, 1985 the trial judge granted the motion for a separate trial on the condition that Sharon Turpin would only be entitled to a separate trial if she was tried by a judge and jury and not by a judge alone. The trial judge stated:

> Without repeating the evidence, I would conclude that before a jury, that is, if presented before a jury such statements would be clearly prejudicial to the applicant as they are totally inadmissible against her. I would therefore conclude that the ends of justice require, or would require that an order be made that she be tried separately if she is to be tried by a jury . . . .

On May 9, 1985 the trial judge ruled on a motion made by the appellants and the co-accused Whitley Clauzel for a trial by a judge alone. The trial judge held that the effect of s. 11(*f*) of the *Charter* was to allow the accused to elect whether to be tried by a judge and jury or by a judge alone. He also ruled that ss. 427, 428 and 429 of the *Criminal Code* violated s. 15 of the *Charter* because s. 430 gave individuals charged with the same offence in Alberta an election to be tried by a judge alone. All three forthwith elected to be tried by a judge alone and the trial proceeded.

ment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. Les faits

Les appelants Sharon Turpin et Latif Siddiqui ont été conjointement inculpés, avec Whitley Clauzel, du meurtre au premier degré de Paul Turpin. Paul Turpin, le mari de Sharon Turpin, a été assassiné le 8 février 1983. Le 29 avril 1985, l'appelante Sharon Turpin a présenté une requête préliminaire au procès en application du par. 520(3) du *Code criminel* afin d'être jugée séparément des deux autres accusés pour le motif que, selon elle, la présentation à son procès des déclarations des autres accusés lui porterait préjudice. Le 3 mai 1985, le juge du procès a fait droit à cette requête de procès distinct à la condition que Sharon Turpin subisse son procès devant un juge et un jury et non devant un juge seul. Le juge du procès a dit:

> [TRADUCTION] Sans répéter la preuve, je suis d'avis qu'en présence d'un jury, c'est-à-dire si les déclarations étaient soumises au jury, elles nuiraient manifestement à l'appelante puisqu'elles sont complètement inadmissibles contre elle. Je suis donc d'avis que la justice commande une ordonnance de procès distinct, à la condition qu'elle subisse un procès avec jury . . .

Le 9 mai 1985, le juge du procès a statué sur la requête présentée par les appelants et leur coaccusé Whitley Clauzel en vue de subir un procès devant un juge seul. Le juge du procès a conclu que l'al. 11*f*) de la *Charte* avait pour effet de permettre à un accusé de choisir d'être jugé devant un juge et un jury ou devant un juge seul. Il a aussi statué que les art. 427, 428 et 429 du *Code criminel* violent l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 permet aux personnes inculpées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. Les trois accusés ont alors choisi de subir leur procès devant un juge seul et le procès a commencé.

On July 25, 1985 the trial judge acquitted the appellant Sharon Turpin and convicted the appellant Latif Siddiqui and the co-accused Whitley Clauzel of second degree murder. The Crown appealed and on August 20, 1987 the Ontario Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the trial judge had conducted the trial without jurisdiction. The Court of Appeal set aside the verdicts and ordered a new trial for first degree murder for all three accused. The appellants appealed to this Court as of right pursuant to s. 618(2) of the *Criminal Code*.

Le 25 juillet 1985, le juge du procès a acquitté l'appelante Sharon Turpin et a déclaré l'appelant Latif Siddiqui et leur coaccusé Whitley Clauzel coupables de meurtre au deuxième degré. La poursuite a interjeté appel et, le 20 août 1987, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel pour le motif que le juge du procès avait tenu le procès sans avoir compétence pour le faire. La Cour d'appel a infirmé les verdicts et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au premier degré pour les trois accusés. Les appelants se pourvoient de plein droit devant cette Cour, conformément au par. 618(2) du *Code criminel*.

2. The Courts Below

Ontario High Court

On May 9, 1985 Sirois J. granted the appellants' motion for a trial by a judge alone based on his interpretation of their rights under ss. 11(*f*) and 15 of the *Charter*: (1985), 18 C.R.R. 323. He found that there was an implied right in s. 11(*f*) to waive the benefit of a jury trial and to have a trial by judge alone. He stated at p. 328:

> Since the enactment on April 17, 1982, of the *Constitution Act, 1982* s. 11(*f*) of the Charter has given any person charged in the case of an offence where the punishment is imprisonment for five years or more, the right to the benefit of the jury trial or impliedly the right to waive such jury trial and elect to be tried by a judge alone. That person may insist upon the benefit of a trial by a jury that cannot be removed by a section of the Code as stated in *R. v. Bryant, supra*, but that same person may waive such a benefit and choose to be tried by a judge alone. Section 11(*f*) of the Charter therefore, in my opinion, is the exception referred to in s. 429 of the *Criminal Code* which starts by saying: "Except where otherwise provided expressly by law".

Sirois J. also held in the alternative that the appellants were entitled to the benefit of a trial by a judge alone under s. 15 of the *Charter* because such benefit was provided by s. 430 of the *Criminal Code* then in force to those in the same position as the appellants in the province of Alber-

2. Les tribunaux d'instance inférieure

La Haute Cour de l'Ontario

Le 9 mai 1985, le juge Sirois a fait droit à la requête présentée par les appelants en vue d'obtenir un procès devant un juge seul en raison de l'interprétation qu'il a donnée des droits que l'al. 11*f*) et l'art. 15 de la *Charte* leur conféraient: (1985), 18 C.R.R. 323. Il a conclu que l'al. 11*f*) permet implicitement de renoncer au bénéfice d'un procès avec jury et de choisir un procès devant un juge seul. Il dit, à la p. 328:

> [TRADUCTION] Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le 17 avril 1982, l'al. 11*f*) de la Charte confère à toute personne accusée d'une infraction qui rend passible de cinq ans d'emprisonnement ou plus le droit de bénéficier d'un procès avec jury ou, implicitement, le droit de renoncer à ce procès avec jury et de choisir d'être jugée devant un juge seul. Cette personne peut exiger de bénéficier d'un procès avec jury sans qu'aucun article du Code ne puisse l'en priver, comme on l'affirme dans l'arrêt *R. v. Bryant*, précité, mais la même personne peut renoncer à ce bénéfice et choisir de subir un procès devant un juge seul. Par conséquent, j'estime que l'al. 11*f*) de la Charte constitue l'exception dont parle l'art. 429 du *Code criminel* qui commence par les mots: «Sauf dans le cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente».

Le juge Sirois a aussi statué, à titre subsidiaire, que les appelants avaient le droit de bénéficier d'un procès devant un juge seul en vertu de l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 du *Code criminel*, alors en vigueur, accordait cet avantage à ceux qui, en Alberta, se trouvaient dans la même

ta. Sirois J. quoted s. 15 of the *Charter* and concluded at p. 331:

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* states that to the extent of the inconsistency of that section, it is of no force and effect if it does not pass step No. 1, which is the purpose test, and its effects also offend the rights and therefore the effect test is not met by the legislation, the onus is then on the Crown to show that ss. 428 and 429 constitute a reasonable limit that is reasonably justifiable in a free and democratic society, but I find that the Crown has failed to do so. The Crown has not met the burden of persuading me that ss. 428, 429 and 430 are a reasonable limit on the right of the Ontario accused to equal benefit of the law as can be demonstrated [*sic*] justified in a free and democratic society.

Therefore, under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 429 and 428, to the extent of that inconsistency, are of no force or effect to prevent the accused from exercising the right of election granted by s. 430 to the citizens of Alberta. I will therefore grant the accused their application, subject to their electing today, pursuant to the wording analogous to the one in s. 492, and counsel I am referring to the one in s-s. (3), a re-election will take this form "You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed by a judge and jury. Do you now elect to be tried by a judge without a jury?"

Ontario Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal (Martin, Grange and Tarnopolsky JJ.A.) allowed the Crown's appeal, finding that there were no violations of ss. 11(*f*) or 15 of the *Charter*: (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193 (hereinafter cited to C.C.C.) They stated at p. 293:

Even if we assume that trial by jury in a murder case is a benefit only to the accused (and not also to the Crown representing the public) we do not see how he can waive that benefit for two reasons. First, the *Criminal Code* at the relevant time provided for no other method of trying a murder case and secondly, the granting of the benefit does not mean the converse, namely that the accused necessarily has a right to decline the benefit or to have the benefit of not being tried by jury.

situation que les appelants. Le juge Sirois conclut après avoir cité l'art. 15, à la p. 331:

[TRADUCTION] L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* affirme que, dans la mesure où il est incompatible, cet article est inopérant s'il ne résiste à la première épreuve, qui est le critère de l'objet visé, et de plus, étant donné que ses effets violent aussi les droits dont il est question, la disposition législative ne satisfait pas au critère de l'effet. Alors, il incombe à la poursuite de démontrer que les art. 428 et 429 constituent une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, mais, quant à moi, la poursuite n'a pas réussi à le faire. La poursuite ne s'est pas acquittée de l'obligation de me convaincre que les art. 428, 429 et 430 constituent une limite raisonnable au droit des accusés de l'Ontario à l'égalité devant la loi, dont la justification puisse démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En conséquence, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où ils sont ainsi incompatibles, les art. 429 et 428 sont inopérants afin d'empêcher les accusés de se prévaloir du droit de choisir dont jouissent les citoyens de l'Alberta. Je ferai donc droit à la demande des accusés, pourvu qu'ils exercent leur choix maintenant, selon la formulation de l'art. 492 et, pour les avocats, je veux dire celle que prévoit le par. (3), selon la formule: «Vous avez choisi ou êtes censés avoir choisi d'être jugés par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugés par un juge sans jury?»

La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Grange et Tarnopolsky) a accueilli l'appel interjeté par la poursuite et a conclu qu'il n'y avait eu violation ni de l'al. 11*f*) ni de l'art. 15 de la *Charte*: (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193 (ci-après cité au C.C.C.) La cour affirme, à la p. 293:

[TRADUCTION] Même en présumant que le procès avec jury dans une affaire de meurtre profite seulement à l'accusé (et qu'il ne profite pas à la poursuite qui représente la société), nous ne voyons pas comment il peut renoncer à cet avantage pour deux motifs. Premièrement, à l'époque en cause, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ne permettaient pas d'autre manière de tenir le procès dans une affaire de meurtre et, deuxièmement, l'attribution d'un avantage ne signifie pas que l'inverse est vrai, savoir que l'accusé a forcément le droit de renoncer à cet avantage et de ne pas être jugé devant un juge et un jury.

They cited the American authorities on this matter with approval and stated at pp. 294-95:

> We agree that in this country, also, the government (*i.e.*, the Crown) has a legitimate interest in the method of trial of the most heinous of crimes. The *Criminal Code* has decreed that it will be by jury. Until the amendment of December, 1985, there was no other method provided for outside Alberta. Section 11(*f*) of the Charter simply assured that trial by jury for murder (and other serious crimes) would continue as a right of the accused. It in no way affected the similar right in the Crown nor granted any unilateral right of waiver in the accused. Indeed, there was no right of waiver even with the consent of the Crown until the enactment in December, 1985, of the new s. 430 of the *Code*.

In finding that there was no violation of s. 15 of the *Charter* the Court of Appeal followed the three step test set out in *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257 (Ont. C.A.) The Court of Appeal first rejected the Crown's submission that a class protected under s. 15 must be defined by some personal characteristic and found that there was a class of individuals here who were treated differently. The Court of Appeal stated at p. 296:

> In the case now before the court, therefore, the question is: does the law treat that class of persons who are charged with murder in Ontario differently from the class of persons charged with murder in Alberta? The effect of ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* is to treat individuals charged with murder in Alberta differently from their counterparts in other provinces because the latter class of persons is limited to a trial by a judge and a jury while the former class can, with the agreement of the judge, be tried by a judge alone.

They then found that the identified class of accused persons in Alberta was similarly situated to accused persons charged with the same offences in the rest of Canada. They stated at p. 298:

> Although the historical difficulties of obtaining 12-person juries in sparsely settled territories may have been a rational basis for deciding that the two classes were not

La cour a mentionné, en l'approuvant, la jurisprudence américaine sur cette question, pour affirmer aux pp. 294 et 295:

> [TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'ici aussi, l'État (c'est-à-dire la poursuite) a un intérêt légitime dans la façon de juger les crimes les plus odieux. Le *Code criminel* édicte que le procès se fera avec jury. Jusqu'à la modification de décembre 1985, il n'existait pas d'autre méthode pour les personnes hors de l'Alberta. L'alinéa 11*f*) de la *Charte* garantit simplement que le procès avec jury continuera d'exister pour le meurtre (et les autres crimes graves) à titre de droit de l'accusé. Il n'a modifié en rien le droit semblable de la poursuite, ni n'a accordé à l'accusé le droit d'y renoncer unilatéralement. Il n'y avait même pas de droit de renonciation, même avec le consentement de la poursuite, jusqu'à l'adoption en décembre 1985 du nouvel article 430 du *Code*.

Pour conclure qu'il n'y avait pas eu de violation de l'art. 15 de la *Charte*, la cour a appliqué le critère en trois étapes énoncé dans l'arrêt *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257 (C.A. Ont.) La Cour d'appel a d'abord rejeté la prétention de la poursuite selon laquelle une catégorie de personnes protégées en vertu de l'art. 15 doit se définir en fonction d'une caractéristique personnelle et elle a conclu qu'il y avait, en l'espèce, une catégorie de personnes traitées différemment des autres. La Cour d'appel dit, à la p. 296:

> [TRADUCTION] Dans l'affaire dont nous sommes saisis, la question qui se pose est celle-ci: la loi traite-elle la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Ontario différemment de la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Alberta? Les articles 429 et 430 du *Code criminel* font en sorte que les personnes inculpées de meurtre en Alberta sont traitées différemment de leur homologues dans les autres provinces parce que les personnes de cette dernière catégorie sont confinées à un procès devant un juge et un jury alors que celles de la première catégorie peuvent, avec l'assentiment du juge, subir un procès devant un juge seul.

La cour a ensuite conclu que la catégorie définie des personnes accusées en Alberta était dans une situation semblable à celle des personnes accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada. La cour dit ceci, à la p. 298:

> [TRADUCTION] Bien que la difficulté, dans le passé, de constituer des jurys de 12 personnes dans les territoires peu densément peuplés puisse avoir justifié de décider

similarly situated at *that* time, and although such historical differences may be a factor in the determination of the third step in a s. 15(1) analysis or in a s. 1 justification, it cannot be the basis for concluding that in 1985 the class of persons charged with murder in Ontario was not similarly situated to the class of persons charged with murder in Alberta. This conclusion is supported by the decision that was made by Parliament in 1985 to change s. 430 so as to provide the same right of election throughout Canada, although only with the consent of the Crown.

que les deux catégories n'étaient pas dans la même situation à *cette* époque, et que ces différences historiques puissent constituer un facteur à considérer dans la troisième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) ou dans la justification en vertu de l'article premier, elle ne permet pas de conclure qu'en 1985 la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Ontario n'était pas dans une situation semblable à la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Alberta. Cette conclusion est appuyée par la décision prise par le Parlement en 1985 de modifier l'art. 430 de manière à accorder le même droit de choisir partout au Canada, sous réserve uniquement du consentement de la poursuite.

The Court of Appeal then went on to address the question whether the difference in treatment was discriminatory. They first found that accused persons outside Alberta suffered a disadvantage in not having the right to elect their mode of trial. They stated at pp. 299-300:

La Cour d'appel a alors examiné si la différence de traitement est discriminatoire. Elle a d'abord conclu que les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta ont le désavantage de ne pas avoir le droit de choisir leur mode de procès. La cour affirme, aux pp. 299 et 300:

Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as: the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage.

[TRADUCTION] Me Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès», constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. Il faut considérer comme un avantage le choix de subir ou non un procès avec jury (même si ce choix est limité par la décision prépondérante du juge du procès), si l'on tient compte des avantages qu'offre un mode de procès par rapport à l'autre à cause de toute une gamme de facteurs comme la nature et les circonstances de l'assassinat, la publicité qui a entouré l'affaire, la réaction du public, la taille de la collectivité d'où le jury sera tiré et même la préférence de l'avocat de la défense pour ce qui est de convaincre un jury ou un juge de la véracité de la version des faits données par la défense (ou de susciter chez eux un doute raisonnable). Il faut considérer l'absence de cet avantage en Ontario comme un désavantage.

The next step, then, is to determine whether the disadvantage is "so unfair as to be discriminatory, having regard to the purpose and effect of the legislation". Is the disadvantage so "invidious" or "unfair" or "irrational" as to be discriminatory? In answering this question it is important to keep in mind that in this case the difference in the classes compared is a geographic one, that it arises not so much because of a decision to deny a benefit in nine provinces as to continue a benefit in one, and that for historical reasons.

La prochaine étape consiste à déterminer si ce désavantage est «injuste au point d'être discriminatoire, compte tenu de l'objet et de l'effet de la loi.» Est-il «odieux», «injuste» ou «déraisonnable» au point d'être discriminatoire. En répondant à cette question, il faut se rappeler que la différence entre les catégories comparées est d'ordre géographique, qu'elle tient moins à la décision de priver neuf provinces d'un avantage qu'à en perpétuer un dans une province pour des motifs historiques.

The Court of Appeal concluded that the disadvantage was not invidious, unfair or irrational. They noted at p. 301:

Because of the general jurisdiction of the provinces over the administration of justice, including the prosecution of the criminal laws enacted by Parliament, absolute uniformity of criminal procedure as it applies throughout Canada, may be impossible or undesirable, especially given historical differences.

Canada has a long history of substantial variations in the procedure applicable in various provinces with respect to the trial of criminal cases.

After noting variations in the criminal trial procedures available under the *Criminal Code* in different provinces, the Court of Appeal concluded at p. 302:

If any of these variations were found to be an advantage, would Parliament have had to extend them to every other province? It seems unreasonable to so require. If it is unreasonable to so require, can one conclude that there is such an "invidious" or "unfair" or "irrational" distinction with respect to the requirement for jury trials for charges of murder in all provinces except Alberta as to amount to "discrimination" for purposes of s. 15? It cannot be so. We would have to conclude, therefore, that the limited option of a non-jury trial of a murder charge in Alberta, whereas that option was not available in any of the other provinces or the two Territories, did not amount to discrimination in the sense of a denial of equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the Charter.

They stated that it was not necessary to address the issue of justification under s. 1 of the *Charter* but added at p. 302:

However, if the conclusion had been reached in this case that s. 15(1) was violated, then for the same reasons concerning geographical distinctions in a federal system, we would have held that whatever disadvantage the respondents may have had in 1985, was the result of a reasonable limitation which was demonstrably justified in a free, democratic and *federally organized* society. [Emphasis in original.]

La Cour d'appel a conclu que le désavantage subi n'est ni odieux, ni injuste, ni déraisonnable. Elle précise, à la p. 301:

[TRADUCTION] En raison de la compétence générale des provinces en matière d'administration de la justice, y compris les poursuites nécessaires à l'application du droit criminel adopté par le Parlement, il est peut-être impossible ou peu souhaitable d'arriver à l'uniformité absolue de la procédure criminelle partout au Canada, compte tenu particulièrement des différences historiques.

Le Canada connaît depuis toujours des différences importantes dans la procédure applicable d'une province à l'autre relativement aux procès en matière criminelle.

Après avoir souligné les différences qui existent d'une province à l'autre dans la procédure applicable aux procès criminels, en vertu du *Code criminel*, la Cour d'appel conclut, à la p. 302:

[TRADUCTION] Si on concluait que l'une ou l'autre de ces différences constitue un avantage, le Parlement serait-il tenu d'offrir cet avantage à toutes les autres provinces? Il semble déraisonnable de l'exiger. S'il est déraisonnable de l'exiger, peut-on conclure que la distinction que résulte du fait d'imposer un procès avec jury relativement aux accusations de meurtre dans toutes les provinces autres que l'Alberta, est «odieuse», «injuste» ou «déraisonnable» au point de constituer de la «discrimination» au sens de l'art. 15? C'est impossible. Nous devrions alors conclure que le choix restreint de subir un procès sans jury relativement à une accusation de meurtre en Alberta, quand ce choix n'est pas possible dans aucune autre province, ni dans les deux Territoires, ne constitue pas de la discrimination au sens d'un déni de protection égale de la loi selon le par. 15(1) de la Charte.

La cour précise qu'il ne lui est pas nécessaire d'aborder la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais elle ajoute, à la p. 302:

[TRADUCTION] Cependant, si nous avions conclu en l'espèce qu'il y a eu violation du par. 15(1), alors pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent aux distinctions d'ordre géographique dans un régime fédéral, nous aurions statué que, quel que soit le désavantage que les intimés peuvent avoir subi en 1985, il découlait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et *organisée en État fédéral*. [En italique dans l'original.]

On the appellants' appeals to this Court as of right the Chief Justice set the following questions for both appeals:

1. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario a jury trial in murder cases, contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by denying the right of an accused person to waive the benefit of the guarantee by trial by jury.
2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario in 1985 a jury trial in murder cases, but permitting in Alberta in 1985 a non-jury murder trial, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes aux fins des deux pourvois formés de plein droit devant cette Cour par les appelants:

1. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario (selon le texte existant en mai 1985) un procès avec jury dans les affaires de meurtre, violent-ils les droits et les libertés garantis par l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en privant un accusé du droit de renoncer au bénéfice de la garantie d'un procès avec jury?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario, en 1985 (selon le texte existant en mai 1985), un procès avec jury dans les affaires de meurtre, mais autorisaient en Alberta, en 1985, un procès pour meurtre sans jury, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. The Issues

Section 11(f) of the Charter

The appellants' claims require an examination of the nature and purpose of the guarantee of a jury trial contained in s. 11(*f*) of the *Charter*. The right of the accused to receive a trial before a judge and jury of his or her peers is an important right which individuals have historically enjoyed in the common law world. The jury has often been praised as a bulwark of individual liberty. Sir William Blackstone, for example, called the jury "the glory of the English law" and "the most transcendent privilege which any subject can enjoy": Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8th ed. 1778), vol. 3, at p. 379.

The jury serves collective or social interests in addition to protecting the individual. The jury advances social purposes primarily by acting as a vehicle of public education and lending the weight

3. Les questions en litige

L'alinéa 11f) de la Charte

Les demandes des appelants exigent d'examiner la nature et l'objet de la garantie d'un procès avec jury que comporte l'al. 11*f*) de la *Charte*. Le droit d'un accusé de subir un procès devant un juge et un jury composé de ses pairs est un droit important dont les personnes jouissent depuis fort longtemps dans les pays de *common law*. Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] «gloire du droit anglais» et de [TRADUCTION] «privilège le plus transcendant dont tout sujet peut jouir»: Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8e éd. 1778), vol. 3, à la p. 379.

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d'assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d'éducation du public et en incorporant les

of community standards to trial verdicts. Sir James Stephen underlined the collective interests served by trial by jury when he stated:

> ... trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573.)

In both its study paper (*The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-17) and in its report to Parliament (*The Jury* (1982), at p. 5) the Law Reform Commission of Canada recognized that the jury functions both as a protection for the accused and as a public institution which benefits society in its educative and legitimizing roles.

Accepting then that the jury serves both individual and societal interests, the question we have to answer is: what interests are protected by s. 11(*f*) of the *Charter*?

I start with the proposition that, whatever other interests s. 11(*f*) of the *Charter* may be designed to protect, it is certainly designed to protect the interests of those charged with criminal offences and to place corresponding duties on the state to respect such interests. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, Lamer J., in his analysis of the right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter*, referred to the separate individual and collective interests served by timely trials but concluded at p. 917 that the real purpose of the s. 11(*b*) right was to protect the interests of the individual and not of society:

> Section 11(*b*) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in

normes de la société aux verdicts des procès. Sir James Stephen souligne le rôle collectif que remplit le procès par jury dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] ... le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l'administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d'importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l'administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d'une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, à la p. 573.)

Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pp. 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la p. 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l'égard de la protection de l'accusé qu'à titre d'institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d'éducation et de légitimation.

Après avoir reconnu que le jury sert les intérêts tant de l'individu que ceux de la société, nous devons maintenant répondre à la question suivante: quels intérêts sont protégés par l'al. 11*f*) de la *Charte*?

Je commencerai par affirmer que, quels que soient les intérêts protégés par l'al. 11*f*) de la *Charte*, il vise certainement à protéger les droits de ceux qui sont inculpés d'infractions criminelles et à imposer à l'État des obligations correspondantes de respecter ces droits. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer analyse le droit d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11*b*) de la *Charte* et mentionne les intérêts individuels et collectifs que les procès tenus dans des délais raisonnables favorisent pour conclure, à la p. 917, que l'al. 11*b*) a pour objet véritable de protéger les intérêts de l'individu et non ceux de la société:

> L'alinéa 11*b*) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugés dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11*b*),

s. 11(*b*), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual.

This conclusion seems a sound one. The state can legitimately advance its interests in jury trials through legislation, e.g. the impugned provisions of the *Criminal Code*, but those interests are not embraced in a section of the *Charter* designed to protect the individual. Moreover, to the extent such legislation might infringe interests of the individual protected by s. 11(*f*), it would have to be justified under s. 1 of the *Charter*. What then is the range of the accused's interests which are protected by s. 11(*f*)?

(a) The "Benefit" of Trial by Jury

Section 11(*f*) accords to individuals charged with an offence the right to the "benefit" of a trial by jury in certain prescribed circumstances. A crucial question is the significance of the word "benefit" in this context.

The word "benefit" could be held to have a declarative or deeming function. The legislature, in other words, could have proceeded on the basis of a pre-supposition that a jury trial is always a benefit to the accused regardless of whether in a particular case it is in fact a benefit or not. This seems to be the approach taken at trial by Van Camp J. in *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193 (Ont. H.C.) and by the Court of Appeal in this case. Both Van Camp J. and the Court of Appeal reviewed the historical role of the jury and concluded that, because it had played a fundamental role in the administration of justice and had discharged the function of defending individual liberty in the past, trial by jury must be a benefit even to those accuseds who do not want it. Van Camp J. quoted at p. 198 a passage from the judgment of Blair J.A. in *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408 (Ont. C.A.), at p. 423:

This history demonstrates that the right of trial by jury is not only an essential part of our criminal justice system, but also is an important constitutional guarantee of the rights of the individual in our democratic society.

quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu.

Cette conclusion me paraît juste. L'État peut légitimement promouvoir ses intérêts dans la tenue de procès avec jury grâce à des textes de loi, comme par exemple les dispositions contestées du *Code criminel*, mais ces intérêts ne sont pas visés par un article de la *Charte* conçu pour protéger les individus. De plus, dans la mesure où ces textes pourraient porter atteinte aux droits individuels garantis par l'al. 11*f*), ils devraient pouvoir se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Quelle est alors la portée des droits de l'accusé qui sont garantis par l'al. 11*f*)?

a) «Bénéficier» d'un procès avec jury

L'alinéa 11*f*) garantit à toute personne inculpée le droit de «bénéficier» d'un procès avec jury dans certaines circonstances précises. La question déterminante porte sur le sens du mot «bénéficier» dans ce contexte.

Le mot «bénéficier» pourrait être interprété comme ayant une fonction d'assertion ou de présomption. En d'autres termes, le législateur pourrait avoir agi en présumant que le procès avec jury constitue toujours un avantage pour l'accusé indépendamment de la question de savoir si, dans un cas particulier, il y a réellement avantage ou non. Cela semble être le point de vue adopté par le juge Van Camp dans la décision *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193 (H.C. Ont.), et par la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Van Camp et la Cour d'appel ont examiné la fonction historique du jury et conclu que, parce qu'il avait joué un rôle fondamental dans l'administration de la justice et qu'il avait servi à préserver les libertés individuelles dans le passé, le procès avec jury devait constituer un avantage même pour les accusés qui n'en veulent pas. Le juge Van Camp cite, à la p. 198, le passage suivant des motifs rédigés par le juge Blair dans l'affaire *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408 (C.A. Ont.), à la p. 423:

[TRADUCTION] L'histoire démontre que le droit à un procès avec jury est non seulement essentiel à notre système de justice criminelle, mais qu'il constitue également une garantie constitutionnelle importante des droits de l'individu dans notre société démocratique.

Van Camp J. then continued:

In light of that philosophical and historical context, it seems to me that the thrust of s. 11 is to entrench the right to benefit of trial by jury. The courts have recognized that in lesser offences it may be waived. The Code has recognized that, but the Code has made it mandatory for this the most serious of crimes.

In this context, it cannot be said that the Code had infringed the *Charter*. When one looks also at the philosophical and historical concept, in my opinion, one should not look for inferences which would give the right of choice and remove that right to trail by jury in the most serious of crimes.

Similarly, the Court of Appeal in this case quoted at pp. 294-95 from the decision of the United States Supreme Court in *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965), at p. 36:

In light of the Constitution's emphasis on jury trial, we find it difficult to understand how the petitioner can submit the bald proposition that to compel a defendant in a criminal case to undergo a jury trial against his will is contrary to his right to a fair trial or to due process. A defendant's only constitutional right concerning the method of trial is to an impartial trial by jury. We find no constitutional impediment to conditioning a waiver of this right on the consent of the prosecuting attorney and the trial judge when, if either refuses to consent, the result is simply that the defendant is subject to an impartial trial by jury—the very thing that the Constitution guarantees him. The Constitution recognizes an adversary system as the proper method of determining guilt, and the Government, as a litigant, has a legitimate interest in seeing that cases in which it believes a conviction is warranted are tried before the tribunal which the Constitution regards as most likely to produce a fair result.

The Court of Appeal then concluded that the appellants had no right to waive their *Charter* right to a jury trial.

The word "benefit", on the other hand, can just as easily be read as importing a qualification on the right to a jury trial, a qualification which recognizes the reality that in some circumstances a jury trial may not be a benefit and may even be a burden on the accused. As Professor Charles

Le juge Van Camp poursuit:

[TRADUCTION] Dans ce contexte philosophique et historique, il me semble que la portée de l'art. 11 vise à constitutionnaliser le droit de bénéficier d'un procès avec jury. Les cours de justice ont reconnu qu'il est possible d'y renoncer relativement aux infractions les moins graves. Le Code reconnaît cette possibilité, mais il l'impose dans le cas des crimes les plus graves.

Dans ce contexte, on ne saurait dire que le Code enfreint la *Charte*. Si l'on considère également le contexte historique et philosophique, à mon avis, on ne peut chercher de conclusions qui accorderaient cette faculté de choisir et écarteraient le droit au procès avec jury dans le cas des crimes les plus graves.

De même, la Cour d'appel en l'espèce a cité, aux pp. 294 et 295, le passage suivant de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965), à la p. 36:

[TRADUCTION] En raison de l'insistance de la Constitution sur le procès avec jury, nous comprenons difficilement comment le requérant peut soutenir la proposition simpliste qu'obliger un accusé dans une affaire criminelle à subir un procès avec jury contre son gré viole son droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi. Le seul droit constitutionnel que possède un accusé relativement au mode de procès est celui à un procès impartial avec jury. Nous ne voyons pas d'empêchement constitutionnel à soumettre la renonciation à ce droit au consentement du procureur de la poursuite et du juge du procès quand, en cas de refus de l'un ou l'autre, la seule conséquence pour l'accusé est de subir un procès impartial avec jury, ce qui est précisément ce que la Constitution lui garantit. La Constitution reconnaît dans un système contradictoire la méthode appropriée de décider de la culpabilité de l'accusé et l'État a, comme partie, un intérêt légitime à faire juger les affaires où il croit qu'une déclaration de culpabilité est justifiée devant le tribunal que la Constitution considère comme le plus susceptible d'arriver à une conclusion juste.

La Cour d'appel conclut ensuite que les appelants ne peuvent pas renoncer au droit à un procès avec jury que leur garantit la *Charte*.

D'autre part, le mot «bénéficier» pourrait tout aussi bien s'interpréter comme apportant au droit à un procès avec jury une réserve qui tient compte du fait qu'il se peut que, dans certaines circonstances, le procès avec jury ne constitue pas un avantage pour l'accusé et qu'il constitue même un

Whitebread and Christopher Slobogin observe in their treatise *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts* (2nd ed. 1986), at p. 607:

> The defendant may want to waive a jury trial when he feels that a jury panel composed of members of the community will be prejudiced against his case. This may be especially true when the defendant's alleged crime has received wide publicity or is particularly gruesome. The defendant may also feel that a judge would be less apt than a jury to draw negative conclusions from the defendant's appearance or manner of speech. Or, he may merely prefer that the arbiter of his fate be one person trained in the law rather than twelve laypersons.

In other words, the intent of the provision could be to guarantee an accused the benefit of a jury trial where a jury trial is in fact from his or her perspective a benefit but not to impose it on the accused when it is not. In my view, this latter interpretation of the s. 11(*f*) right is more in tune with the purpose of the provision if that purpose is correctly perceived as being to protect the interests of the accused. The accused's interests would seem to be better served by construing s. 11(*f*) as conferring a "benefit" on the accused which can be waived by him if it seems to be in his best interests to do so. To compel an accused to accept a jury trial when he or she considers a jury trial a burden rather than a benefit would appear, in Frankfurter J.'s words, "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution": see *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 280. I fully recognize that a right to waive a jury trial is not specifically spelled out in s. 11(*f*); it has to be implied. Nevertheless, it seems to me that this is the only approach to the interpretation of s. 11(*f*) which attaches real significance to the presence of the word "benefit" in the section and at the same time provides the individual with the full measure of the protection which it appears the accused was intended to receive under the section: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

This interpretation of the word "benefit" is also supported by the French text which reads:

fardeau pour lui. Les professeurs Charles Whitebread et Christopher Slobogin font remarquer dans leur traité intitulé *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts* (2e éd. 1986), à la p. 607:

> [TRADUCTION] L'accusé peut vouloir renoncer au procès avec jury s'il juge qu'un jury composé de membres de la collectivité aura des préjugés contre lui. Ce peut être le cas particulièrement si le crime reproché à l'accusé a fait l'objet de beaucoup de publicité ou s'il est particulièrement horrible. L'accusé peut aussi croire qu'un juge serait moins porté qu'un jury à tirer des conclusions défavorables de son apparence ou de sa manière de s'exprimer. Ou encore, il peut préférer s'en remettre à une personne rompue au droit plutôt qu'à douze profanes.

En d'autres termes, la disposition pourrait viser à garantir à l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury s'il estime qu'un jury constitue réellement un avantage, mais ne pas le lui imposer si l'accusé ne juge pas cela avantageux. À mon avis, cette dernière interprétation de l'al. 11*f*) cadre mieux avec l'objet de cette disposition à supposer que cet objet consiste vraiment à protéger les intérêts de l'accusé. Les intérêts de l'accusé sembleraient mieux servis si l'on considérait que l'al. 11*f*) confère à l'accusé un «avantage» auquel il peut renoncer s'il lui paraît dans son intérêt de le faire. Obliger l'accusé à subir un procès avec jury quand il considère qu'un tel procès constitue un fardeau plutôt qu'un avantage semblerait revenir, pour reprendre l'expression du juge Frankfurter, [TRADUCTION] «à enchaîner un homme à ses privilèges et [à] qualifier cela de Constitution»: voir *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), à la p. 280. Je reconnais parfaitement que le droit de renoncer au procès avec jury n'est pas énoncé expressément à l'al. 11*f*); il faut en supposer l'existence. Néanmoins, il me semble que c'est la seule façon d'interpréter l'al. 11*f*) qui donne un sens véritable à l'inclusion du mot «bénéficier» à cet alinéa et en même temps accorde toute la protection que l'alinéa est destiné à procurer à l'accusé: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

La version française de l'article justifie cette interprétation du mot «bénéficier».

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Sirois J. noted at trial the difference between the English and French texts and stated at p. 325:

In French the wording is slightly different and it speaks of the person's right to benefit from a trial with a jury.

To the extent that resort to the French text helps to resolve an ambiguity in the English text and particularly in a way which would appear to reflect better the purpose underlying the right, it seems to me that it should be adopted. The provision should be read as giving the accused the right to benefit from a trial by jury. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for example, my colleague Lamer J. adopted the French text of s. 24(2) of the *Charter* stating at p. 287:

As one of the purposes of s. 24(2) is to protect the right to a fair trial, I would favour the interpretation of s. 24(2) which better protects that right, the less onerous French text.

I would apply the same reasoning in construing s. 11(*f*) and adopt the less onerous French text here also.

The choice is between an interpretation of s. 11(*f*) which would allow a jury trial to be forced upon an unwilling accused in the guise of a "benefit" and an interpretation which would permit the accused to waive the "benefit" if in fact he or she viewed it as prejudicial and more in the nature of a burden. The latter interpretation, in my view, accords with this Court's intention to interpret *Charter* rights in a broad and generous manner designed to ensure that those protected receive the full benefit of the protection. It will be for the accused and his or her counsel and not for the courts to decide which course will be in the best interests of the accused in any given case.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

En première instance, le juge Sirois a souligné la différence entre la version anglaise et la version française en affirmant, à la p. 325:

[TRADUCTION] En français, la formulation est légèrement différente et l'alinéa parle du droit de bénéficier d'un procès avec jury.

Si le recours à la version française d'un texte aide à résoudre une ambiguïté du texte anglais et s'il le fait d'une manière qui semble mieux refléter l'objet sous-jacent du droit, je crois qu'il faut adopter cette version. Il faut interpréter la disposition comme permettant à l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, mon collègue le juge Lamer a suivi la version française du par. 24(2) de la *Charte*, à la p. 287:

Comme l'un des buts du par. 24(2) est de protéger le droit à un procès équitable, je préfère l'interprétation du par. 24(2) la mieux à même de protéger ce droit, c'est-à-dire celle qui se dégage du texte français qui est moins exigeant.

Je suis d'avis d'appliquer le même raisonnement à l'interprétation du l'al. 11*f*) et d'adopter également, en l'espèce, le texte français moins exigeant.

Nous avons le choix entre une interprétation de l'al. 11*f*) qui permettrait d'imposer, à titre d'avantage, le procès avec jury à un accusé qui n'en veut pas et une autre qui permettrait à l'accusé de renoncer à cet «avantage» s'il le considère en réalité comme nuisible et tenant davantage d'un fardeau. À mon avis, la deuxième interprétation s'accorde avec l'intention de cette Cour d'interpréter largement et généreusement les droits garantis par la *Charte* de manière à ce qu'ils protègent pleinement ceux à qui ils sont destinés. Il revient à l'accusé ou à son avocat, et non à la cour, de décider ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'accusé dans un cas particulier.

(b) The Doctrine of Waiver

In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, Lamer J. enunciated at p. 48 the general rule as to the circumstances in which waiver can take place:

> Some procedural requirements are enacted for the protection of the rights of one of the parties, Crown and accused, and others for both. A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit, the concurrence of both being required when enacted for both.

Likewise, Gibbs C.J. of the Australian High Court noted in *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136 (in dissent, but not on this point) at p. 138:

> However, it has been a principle of statutory interpretation ever since the time of Sir Edward Coke—expressed in the maxim quilibet potest renunciare juri pro se introducto—that any person can waive a statutory provision introduced entirely for his or her own benefit: see, for example, *Wilson v McIntosh* [1894] AC 129 at 133 and *Corporation of the City of Toronto v Russell* [1908] AC 493 at 500, and, more recently, *Korponey v Attorney-General of Canada* (1982) 132 DLR (3d) 354 at 362. If, on the other hand, the provision is enacted for the benefit of the public, a private individual cannot waive it: *Davies v Davies* (1919) 26 CLR 348 at 355. The same principle applies to the interpretation of constitutional enactments, and perhaps with even greater force. A constitutional guarantee restricts the power of the legislature, and may last indefinitely, and a guarantee given for the benefit of a class of individuals, such as accused persons, might, in an unforeseen set of circumstances, cause the members of that class hardship rather than benefit if it prevented an accused person, whom it was intended to protect, from exercising some other right; in those circumstances, what was contrived for the protection of the accused would be turned into fetters, to adapt the words of Frankfurter J in *Adams v United States*; *Ex rel McCann* (1942) 317 US 269 at 279; 87 Law Ed 268 at 275.

The principles outlined above suggest that an individual right such as the right to the benefit of a jury trial guaranteed by s. 11(*f*) should be capable of waiver by the individual whom the right is

b) Le principe de la renonciation

Dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, le juge Lamer formule, à la p. 48, la règle générale qui permet de déterminer dans quelles circonstances il est permis de renoncer à un droit:

> Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble.

De même, le juge en chef Gibbs de la Haute Cour d'Australie fait observer, dans l'arrêt *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136 (le juge étant dissident, mais non sur ce point), à la p. 138:

> [TRADUCTION] Cependant, le principe d'interprétation des lois énoncé dans la maxime quilibet potest renunciare juri pro se introducto a toujours été admis, même à l'époque de sir Edward Coke, c'est-à-dire que quelqu'un peut renoncer à une disposition de la loi adoptée pour son seul avantage: voir, à titre d'exemple, *Wilson v McIntosh* [1894] AC 129, à la p. 133, et *Corporation of the City of Toronto v Russell* [1908] AC 493, à la p. 500, et, plus récemment, l'arrêt *Korponey v Attorney-General of Canada* (1982) 132 DLR (3d) 354, à la p. 362. D'autre part, si la disposition a été adoptée au profit du public en général, un particulier ne peut y renoncer: *Davies v Davies* (1919) 26 CLR 348, à la p. 355. Le même principe s'applique à l'interprétation des textes constitutionnels, et peut-être même avec plus de vigueur. Une garantie constitutionnelle limite la compétence du législateur et elle peut durer indéfiniment; aussi, une garantie accordée au profit d'une catégorie de personnes, notamment les personnes inculpées, pourrait, dans des circonstances imprévues, constituer pour une personne appartenant à cette catégorie un fardeau plutôt qu'un avantage si elle empêche l'accusé, qu'elle vise à protéger, d'exercer quelque autre droit. Dans ces circonstances, ce qui a été conçu pour la protection d'un accusé deviendra une entrave, selon l'idée exprimée par le juge Frankfurter dans l'arrêt *Adams v United States*; *Ex rel McCann* (1942) 317 US 269, à la p. 279; 87 Law Ed 268, à la p. 275.

Selon les principes énoncés ci-dessus, un droit individuel, comme celui de bénéficier d'un procès avec jury que garantit l'al. 11*f*), devrait pouvoir faire l'objet d'une renonciation de la part de la

designed to protect. In *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 396, it was recognized that once a voluntary and informed waiver has taken place, an individual's right to counsel "cannot be forced upon an unwilling accused".

Waiver may not be permitted of statutory provisions in which there is a substantial public interest. For example, in *Korponay*, *supra*, Lamer J. noted at p. 48 that paramount to the accused's right to waive procedural provisions for re-election was the right of the trial judge to further the requirements of the judicial process:

> Paramount to such a right is that of the trial judge to require compliance notwithstanding a desire to waive, he being the ultimate judge of what procedural safeguards need nevertheless be respected in order to protect the certainty and the integrity of the judicial process.

I believe, however, that in the case of individual constitutional rights the priorities are different and that an accused cannot be compelled to take advantage of rights intended for his or her benefit even if such rights may have a public interest aspect. I conclude, therefore, that an accused is entitled to waive the benefit of the s. 11(*f*) right if it is his or her interests to do so.

Have the appellants succeeded in waiving their right to the benefit of a jury trial? I believe they have. During these lengthy proceedings they have at each turn clearly and unequivocally expressed their desire to waive their right to a jury trial. They are fully aware of the consequences of their waiver and are anxious to obtain a trial by judge alone.

(c) The Relevance of American and Australian Authorities

The respondent in his argument placed considerable reliance on the fact that the jury trial provisions of the American and Australian constitutions have not been construed as giving an accused an unconditional right to waive his or her right and to a jury trial: see *Singer v. United States*, *supra*; *R. v. Brown*, *supra*. However, care must be taken in

personne qu'il vise à protéger. Dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 396, on a reconnu que suite à une renonciation volontaire et éclairée, le droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être «être imposé[. . .] à un accusé qui n'en veut pas».

Il peut ne pas être permis de renoncer au bénéfice de dispositions législatives qui présentent un intérêt important pour la société. Par exemple, dans l'arrêt *Korponay*, précité, le juge Lamer souligne, à la p. 48, que le droit du juge de faire respecter les exigences du système judiciaire passe avant le droit de l'accusé de renoncer à des dispositions de procédure permettant de faire un nouveau choix:

> Mais l'exercice de ce droit est assujetti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a exprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire.

Je crois toutefois que, dans le cas de droits constitutionnels protégeant l'individu, les priorités sont différentes et qu'un accusé ne saurait être forcé de se prévaloir de droits destinés à le favoriser même si ces droits peuvent présenter un intérêt pour la société. Je suis donc d'avis qu'un accusé a le droit de renoncer au bénéfice de l'al. 11*f*) s'il a intérêt à le faire.

Les appelants ont-ils réussi à renoncer à leur droit au bénéfice d'un procès avec jury? Je crois que oui. Pendant ces longues procédures, ils ont chacun leur tour exprimé de façon claire et nette leur désir de renoncer à leur droit à un procès avec jury. Ils connaissent très bien les conséquences de leur renonciation et ils tiennent beaucoup à subir un procès devant un juge seul.

c) Pertinence des jurisprudences américaine et australienne

Dans son argumentation, l'intimée s'est fortement appuyée sur le fait qu'on n'a pas interprété les dispositions relatives au procès avec jury, que l'on trouve dans les constitutions américaine et australienne, comme autorisant l'accusé à renoncer inconditionnellement au droit d'avoir un procès avec jury: voir les arrêts *Singer v. United States* et

placing reliance on the interpretation of constitutions different in structure and purpose from our own: see *Re B.C. Motor Vehicles Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 498. This is especially so in this context because the structure of our *Charter* differs significantly from the structure of those two constitutions. Section 11(*f*) is contained in a section of the *Charter* designed to protect the legal rights of individuals accused of crimes. Section 1 then permits limits to be placed on those rights if such limits can be justified when the right of the individual is balanced against the collective interests of society: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. By way of contrast, the interests of the individual and society are found within the jury provisions of the United States and Australian constitutions. The American jury provisions read as follows:

Article III, section 2, of the United States' Constitution provides:

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

The Sixth Amendment provides:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Section 80 of the Australian Constitution was modelled on Article III, section 2 of the United States' Constitution and provides:

The trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury, and every such trial shall be held in the State where the offence was committed, and if the offence was not committed within

R. v. Brown, précités. Cependant, c'est avec prudence que l'on doit se fonder sur l'interprétation de constitutions dont l'économie et l'objet diffèrent de la nôtre: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 498. Cela est particulièrement vrai dans le cadre de l'espèce puisque l'économie de notre *Charte* diffère sensiblement de celle de ces deux constitutions. L'alinéa 11*f*) fait partie de l'article de la *Charte* qui vise à protéger les droits des personnes accusées de crimes. L'article premier permet alors d'imposer des restrictions à ces droits si ces restrictions peuvent se justifier lorsque le droit du particulier est soupesé en fonction des intérêts sociaux collectifs: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Par contre, les dispositions relatives au jury que l'on trouve dans les constitutions américaine et australienne comportent des droits individuels et collectifs. Les dispositions américaines relatives au jury sont ainsi formulées:

Article III, section 2, de la Constitution des États-Unis:

[TRADUCTION] Le jugement de tous les crimes, sauf le cas d'*impeachment*, sera effectué par un jury; et ce jugement aura lieu dans l'État où lesdits crimes auront été commis; mais quand ils n'auront été commis dans aucun État particulier, le jugement aura lieu à tel endroit ou tels endroits que le Congrès pourra avoir déterminés par une loi.

Le Sixième amendement:

[TRADUCTION] Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement prompt et public par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis, ce district ayant été préalablement déterminé par la loi, et d'être instruit de la nature et du motif de l'accusation; d'être confronté avec les témoins à charge; de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense.

L'article 80 de la Constitution de l'Australie est calqué sur l'article III, section 2, de la Constitution américaine:

[TRADUCTION] Le procès sur acte d'accusation de toute infraction à une loi du Commonwealth sera avec jury et il se tiendra dans l'État où l'infraction aura été commise et, si l'infraction n'a pas été commise dans un

any State the trial shall be held at such place or places as the Parliament prescribes.

Article III, section 2 of the United States' Constitution and s. 80 of the Australian Constitution do not address the jury trial in the context of the rights of accused individuals but as a procedural requirement for certain trials. The Sixth Amendment of the American Bill of Rights could be construed as an individual right but, as will be seen below, it has not been interpreted in that way. The emphasis has been on the public interest in trial by jury.

In *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930), the United States Supreme Court rejected the notion that individuals had a right to waive their jury trial. Quoting from the judgment of Sutherland J. at pp. 312-13:

> In affirming the power of the defendant in any criminal case to waive a trial by a constitutional jury and submit to trial by a jury of less than twelve persons, or by the court, we do not mean to hold that the waiver must be put into effect at all events. That, perhaps, sufficiently appears already. Trial by jury is the normal and, with occasional exceptions, the preferable mode of disposing of issues of fact in criminal cases above the grade of petty offenses. In such cases the value and appropriateness of jury trial have been established by long experience, and are not now to be denied. Not only must the right of the accused to a trial by a constitutional jury be jealously preserved, but the maintenance of the jury as a fact finding body in criminal cases is of such importance and has such a place in our traditions, that, before any waiver can be effective, the consent of government counsel and the sanction of the court must be had, in addition to the express and intelligent consent of the defendant. And the duty of the trial court in that regard is not to be discharged as a mere matter of rote, but with sound and advised discretion, with an eye to avoid unreasonable or undue departures from that mode of trial or from any of the essential elements thereof, and with a caution increasing in degree as the offenses dealt with increase in gravity. [Emphasis added.]

Similarly in *Singer v. United States*, *supra*, the same Court concluded at p. 36:

État particulier, le procès sera tenu à l'endroit ou aux endroits que le parlement déterminera.

L'article III, section 2, de la Constitution des États-Unis et l'art. 80 de la Constitution de l'Australie abordent le procès avec jury non pas dans le contexte des droits de la personne accusée, mais à titre de condition de procédure applicable à certains procès. Le Sixième amendement de l'American Bill of Rights pourrait s'interpréter comme un droit individuel, mais, comme nous le verrons plus loin, on ne l'a pas interprété de cette façon. On a mis l'accent sur l'intérêt que présente pour la société la tenue de procès avec jury.

Dans l'arrêt *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930), le Cour suprême des États-Unis a rejeté la notion selon laquelle les particuliers ont le droit de renoncer au procès avec jury. Le juge Sutherland dit ceci dans ses motifs, aux pp. 312 et 313:

> [TRADUCTION] En confirmant que l'accusé, dans une affaire criminelle, peut renoncer au procès avec jury prévu par la Constitution et subir un procès devant un jury composé de moins de douze personne ou devant un juge seul, nous ne voulons pas dire que la renonciation doit être mise à exécution à n'importe quelle condition. Cela est peut-être déjà assez manifeste. Le procès avec jury est la façon normale et, à quelques exceptions près, celle qu'il faut préférer, de trancher les questions de fait dans les affaires criminelles relatives à des infractions autres que des infractions mineures. Dans ces affaires, une longue expérience a permis d'établir la valeur et l'à-propos du procès avec jury, valeur et à-propos qu'il faut reconnaître maintenant. Il faut non seulement préserver jalousement le droit de l'accusé à un procès avec jury prévu par la Constitution, mais encore, le maintien du jury comme juge des faits dans les affaires criminelles a une telle importance et une place si grande dans nos traditions, qu'avant de mettre à exécution une renonciation, il faut obtenir le consentement du ministère public et l'assentiment de la cour, en plus du consentement explicite et éclairé de l'accusé. Le tribunal ne doit pas remplir machinalement son rôle à cet égard, mais il doit le faire avec sagesse et retenue, en prenant garde d'éviter les écarts injustifiés et abusifs de ce mode de procès ou de l'un quelconque de ses attributs essentiels, et le degré de prudence exercé devra augmenter avec la gravité de l'infraction. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Singer v. United States*, précité, le même tribunal conclut, à la p. 36:

In light of the Constitution's emphasis on jury trial, we find it difficult to understand how the petitioner can submit the bald proposition that to compel a defendant in a criminal case to undergo a jury trial against his will is contrary to his right to a fair trial or to due process. A defendant's only constitutional right concerning the method of trial is to an impartial trial by jury. We find no constitutional impediment to conditioning a waiver of this right on the consent of the prosecuting attorney and the trial judge when, if either refuses to consent, the result is simply that the defendant is subject to an impartial trial by jury—the very thing that the Constitution guarantees him. The Constitution recognizes an adversary system as the proper method of determining guilt, and the Government, as a litigant, has a legitimate interest in seeing that cases in which it believes a conviction is warranted are tried before the tribunal which the Constitution regards as most likely to produce a fair result. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] En raison de l'insistance de la Constitution sur le procès avec jury, nous comprenons difficilement comment le requérant peut soutenir la proposition simpliste qu'obliger un accusé dans une affaire criminelle à subir un procès avec jury contre son gré viole son droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi. Le seul droit constitutionnel que possède un accusé relativement au mode de procès est celui à un procès impartial avec jury. Nous ne voyons pas d'empêchement constitutionnel à soumettre la renonciation à ce droit au consentement du procureur de la poursuite et du juge du procès quand, en cas de refus de l'un ou l'autre, la seule conséquence pour l'accusé est de subir un procès impartial avec jury, ce qui est précisément ce que la Constitution lui garantit. La Constitution reconnaît dans un système contradictoire la méthode appropriée de décider de la culpabilité de l'accusé et l'État a, comme partie, un intérêt légitime à faire juger les affaires où il croit qu'une déclaration de culpabilité et justifiée devant le tribunal que la Constitution considère comme le plus susceptible d'arriver à une conclusion juste. [Je souligne.]

In denying the individual's ability to waive his or her right to a jury trial these cases advance a collective interest in the utilization of a jury in serious criminal charges.

En refusant à l'accusé la possibilité de renoncer au droit à un procès avec jury, ces arrêts font valoir l'intérêt que présente pour la collectivité le recours au procès avec jury dans le cas d'accusations d'infractions graves.

The collective interest has been articulated more clearly by the Australian courts. Deanne J. pointed out in *R. v. Brown*, *supra*, at p. 156, that the "constitutional guarantee is, however, for the benefit of the community as a whole as well as for the benefit of the particular accused". In the same case Dawson J. commented at p. 164 on the American emphasis on the public interest in jury trials which can only be waived if the court and the prosecutor consent:

Les cours de justice australiennes ont mieux expliqué cet intérêt collectif. Le juge Deanne mentionne, à la p. 156 de l'arrêt *R. v. Brown*, précité, que la [TRADUCTION] «garantie constitutionnelle vise cependant à profiter autant à la collectivité dans son ensemble, qu'à l'accusé en particulier». Dans le même arrêt, le juge Dawson explique, à la p. 164, à propos de l'insistance de la jurisprudence américaine sur l'intérêt que présente pour la société le procès avec jury, auquel il n'est permis de renoncer qu'avec l'assentiment du tribunal et de la poursuite:

I must confess that these remarks and the additional requirements which they impose for the effective exercise of the waiver, seem to me to deny the personal nature of the guarantee of trial by jury and to admit to public circumstances which, upon ordinary principles, would preclude the right of the individual to waive a benefit.

[TRADUCTION] Je dois admettre que ces observations et les conditions supplémentaires qu'elles imposent à la validité d'une renonciation me paraissent aller contre la nature personnelle de la garantie à un procès avec jury et en reconnaître le caractère public qui, selon les principes ordinaires, empêche un particulier de renoncer à un avantage.

Dawson J. referred to the implications of the United States Supreme Court's decision in *Adams v. United States ex rel. McCann*, *supra*, at p. 165:

Le juge Dawson commente ainsi les conséquences de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Adams v. United States ex rel. McCann*, précité, à la p. 165:

The Court held that whilst the Constitution guaranteed trial by jury—a privilege which might be waived—it conferred no correlative right to trial by a judge alone. Accordingly, the conviction was upheld. The comment may, however, be made that the effect of the decision was to deny to the accused his right to waive his privilege upon a ground involving the public interest, namely, the lack of governmental consent, suggesting once again that the right to trial by jury under the Constitution is not merely a private right, which might for the reason be waived, but that it also exists for the public benefit so as to preclude waiver upon ordinary principles.

Dawson J. contrasted the American provisions with our s. 11(*f*):

> The position in the United States may be contrasted with that in Canada. There the Canadian Charter of Rights and Freedoms in the *Constitution Act, 1982* provides in s. 11(f) that any person charged with an offence has the right to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment. Quite clearly this provision is couched in terms of a personal guarantee and the courts have so regarded it, allowing an accused to waive trial by jury in accordance with those sections of the Criminal Code which provided for waiver both before and after adoption of the Charter of Rights and Freedoms .... [Emphasis added.]

To prevent an individual from waiving his or her right to the benefit of a jury trial is clearly to elevate the interests of society over the interests of the individual. This is normally achieved under the *Charter* through the application of s. 1 and not through reading a limit into the right itself.

I would conclude therefore that the American and Australian authorities do not provide a sound basis for denying an accused the right to waive his s. 11(*f*) right having regard to the significantly different structure of the Canadian *Charter*.

(d) The Effect of a Valid Waiver

Having concluded that an accused is entitled to waive the benefit of the s. 11(*f*) right if it is in his or her interests to do so, what is the effect of the

[TRADUCTION] La Cour a statué que bien que la Constitution garantisse le droit à un procès avec jury, privilège auquel il est possible de renoncer, elle ne confère pas de droit correspondant à un procès devant un juge seul. Aussi, a-t-elle confirmé la déclaration de culpabilité. On pourrait cependant dire que cet arrêt a eu pour effet de priver l'accusé, pour un motif d'intérêt public, savoir l'absence de consentement de l'État, de son droit de renoncer à son privilège, ce qui, là encore, donne à entendre que le droit au procès avec jury garanti par la Constitution n'est pas seulement un droit privé, auquel on peut renoncer, mais un droit qui existe dans l'intérêt public de manière à empêcher la renonciation selon les principes ordinaires.

Le juge Dawson met en contraste les dispositions américaines avec notre al. 11*f*):

> [TRADUCTION] On peut souligner la différence entre la situation aux États-Unis et celle qui prévaut au Canada. Dans le dernier cas, l'al. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés, qui fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*, prévoit que tout inculpé a le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction est de cinq ans d'emprisonnement ou une peine plus grave. Manifestement, cette disposition est rédigée sous forme de garantie personnelle et les tribunaux l'ont ainsi considérée, reconnaissant à un accusé le droit de renoncer à un procès avec jury conformément aux articles du Code criminel qui autorisent la renonciation aussi bien avant qu'après l'adoption de la Charte des droits et libertés ... [Je souligne.]

Empêcher un particulier de renoncer à son droit à un procès avec jury équivaut manifestement à faire passer les intérêts de la société avant ceux du particulier. En vertu de la *Charte*, on arrive normalement à ce résultat par l'application de l'article premier et non en interprétant le droit de façon restrictive.

Je conclurai donc que les jurisprudences américaine et australienne ne fournissent pas un fondement suffisant pour permettre de refuser à un accusé le droit de renoncer au droit que lui confère l'al. 11*f*) à cause de la structure sensiblement différente de la *Charte* canadienne.

d) L'effet d'une renonciation valide

Ayant conclu qu'un accusé a le droit de renoncer au droit que lui confère l'al. 11*f*) s'il a intérêt à le faire, quel est l'effet de la renonciation des

appellants' waiver in the circumstances of this case? The respondent submits that even if the appellants can waive their s. 11(*f*) rights, such waiver cannot defeat the operation of s. 429 of the *Criminal Code* which requires the appellants to be tried by a judge and jury. As the Court of Appeal noted, the appellants were faced with mandatory trial by jury under the *Criminal Code*. The Court of Appeal stated at p. 294:

> The *Criminal Code* has decreed that it will be by jury. Until the amendment of December 1985 there was no other method provided for outside Alberta.

The respondent argues that once the appellants waive their s. 11(*f*) rights their reliance on the Constitution is exhausted and the *Criminal Code* operates in accordance with its terms. It seems to me that this is correct. The appellants' counter argument is that an ordinary piece of legislation, in this case the *Criminal Code*, cannot render nugatory a right guaranteed by the Constitution. While this proposition is sound, its application in this case is not. There is no constitutional right to a non-jury trial. There is a constitutional right to a jury trial and there may be a "right", using that term loosely, in an accused to waive the right to a jury trial. An accused may repudiate his or her s. 11(*f*) right but such repudiation does not, in my view, transform the constitutional right to a jury trial into a constitutional right to a non-jury trial so as to overcome the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code*. I believe that the appellants, if they are to succeed in having the impugned sections of the *Criminal Code* struck down as being in violation of their s. 11(*f*) constitutional right, must succeed in elevating their "right", or perhaps more accurately their power, to waive their s. 11(*f*) right into a constitutional right to a non-jury trial. Only then would it be possible to say that the mandatory jury provisions of the *Criminal Code* violated their s. 11(*f*) right and were therefore inconsistent with the provisions of the Constitution within the meaning of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

appelants dans les circonstances de l'espèce? L'intimée soutient que même si les appelants peuvent renoncer aux droits que leur confère l'al. 11*f*), cette renonciation ne saurait écarter l'application de l'art. 429 du *Code criminel* qui exige que les appelants soient jugés devant un juge et un jury. Comme l'a souligné la Cour d'appel, les appelants sont tenus de subir un procès avec jury en vertu des dispositions du *Code criminel*. La Cour d'appel affirme, à la p. 294:

> [TRADUCTION] Le *Code criminel* décrète que ce sera un procès avec jury. Jusqu'à la modification de décembre 1985, il n'y avait pas d'autre méthode possible pour les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta.

L'intimée soutient qu'après avoir renoncé aux droits que leur confère l'al. 11*f*), les appelants ne peuvent plus invoquer la Constitution et que le *Code criminel* s'applique intégralement. Il me semble que ce raisonnement est juste. Les appelants répliquent à cet argument qu'une loi ordinaire, savoir en l'espèce le *Code criminel*, ne peut rendre inopérant un droit garanti par la Constitution. Bien que cette proposition soit juste, son application à l'espèce ne l'est pas. Il n'existe pas de droit constitutionnel à un procès sans jury. Il existe un droit constitutionnel à un procès avec jury et il existe peut-être un «droit», au sens large de ce terme, pour l'accusé de renoncer au droit à un procès avec jury. Un accusé peut rejeter le droit que lui confère l'al. 11*f*), mais ce rejet ne transforme pas, à mon avis, le droit constitutionnel à un procès avec jury en un droit constitutionnel à un procès sans jury, de manière à écarter l'application des dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury. Je crois que pour réussir à faire déclarer inopérants les articles du *Code criminel* qu'ils contestent pour le motif qu'ils portent atteinte au droit constitutionnel que leur confère l'al. 11*f*), les appelants doivent réussir à ériger leur «droit» ou peut-être plus exactement leur faculté, de renoncer au droit que leur confère l'al. 11*f*) en un droit constitutionnel à un procès sans jury. Alors seulement pourront-ils dire que les dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury portent atteinte au droit que leur confère l'al. 11*f*) et qu'en conséquence elles sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution au sens de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

I note that the Alberta Court of Appeal in *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, at pp. 129-30, construed s. 11(*f*) as including a right in the accused to choose between a jury and non-jury trial:

> Section 11(*f*) confers the right to trial by jury. It does not make trial by jury obligatory and can only be read as requiring that an accused have a choice. There is nothing in s. 11(*f*) of the Charter to prevent an accused who has elected trial by judge and jury to re-elect for trial by judge alone.

Professor Peter Hogg also construes the word "benefit" in this way and concludes that the s. 11(*f*) right to the benefit of a jury trial encompasses the right to elect trial by a judge alone. He writes in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 773-74:

> Section 11(f) confers the right to "the benefit" of trial by jury. This is to make clear that an accused may elect against trial by jury. So long as any other mode of trial depends upon the choice of the accused (and not the Crown or the court), the accused may be said to have the benefit of trial by jury. Indeed, it may safely be assumed that any of the Charter rights which exist solely for the benefit of a person may be waived by that person.

I agree with the Alberta Court of Appeal that s. 11(*f*) does not make trial by jury obligatory. It merely confers a right to a jury trial on the accused. The accused may repudiate that right. He may say that he does not wish to exercise his constitutional right to a jury trial. However, s. 429 of the *Criminal Code* does make trial by jury mandatory for those offences listed in s. 427. Section 429 then can only be overridden if there is a constitutional right to have a trial by judge alone. With all due respect I cannot agree with the Alberta Court of Appeal and Professor Hogg that s. 11(*f*) can be read as conferring on the accused a choice or an election between trial by judge and jury and trial by judge alone. The purpose of s. 11(*f*) is to give an accused the right to a jury trial and to ensure that, if a jury trial is not a benefit to the accused, the accused may waive the right to a jury trial. Once the right is waived, however, reliance on the Constitution ceases and the provisions

Je souligne que, dans l'arrêt *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, aux pp. 129 et 130, la Cour d'appel de l'Alberta a considéré que l'al. 11*f*) comporte un droit pour l'accusé de choisir entre un procès avec jury et un procès sans jury.

> [TRADUCTION] L'alinéa 11*f*) confère le droit à un procès avec jury. Il ne rend pas ce procès avec jury obligatoire et il faut l'interpréter comme exigeant que l'accusé ait le choix. Il n'y a rien dans l'al. 11*f*) de la Charte qui empêche un accusé qui a choisi de subir son procès devant un juge et un jury de choisir par la suite de subir son procès devant un juge seul.

Le professeur Peter Hogg interprète aussi le mot «bénéficier» de cette façon et conclut que le droit conféré par l'al. 11*f*) de bénéficier d'un procès avec jury comporte le droit de choisir un procès devant un juge seul. Voici ce qu'il écrit dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), aux pp. 773 et 774:

> [TRADUCTION] L'alinéa 11f) confère le droit de «bénéficier» d'un procès avec jury. Il en ressort clairement qu'un accusé peut choisir de refuser de subir un procès avec jury. Pour autant qu'un autre mode de procès dépend du choix de l'accusé (et non de celui de la poursuite ou du tribunal), on peut dire que l'accusé bénéficie d'un procès avec jury. On peut en toute quiétude assumer qu'une personne peut renoncer à tous les droits conférés par la Charte pour son seul avantage.

Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Alberta que l'al. 11*f*) ne rend pas obligatoire le procès avec jury. Il ne fait que conférer à l'accusé le droit à un procès avec jury. L'accusé peut rejeter ce droit. Il peut dire qu'il ne veut pas exercer son droit constitutionnel à un procès avec jury. Cependant, l'art. 429 du *Code criminel* rend obligatoire le procès avec jury pour les infractions énumérées à l'art. 427. Seul un droit constitutionnel à un procès devant un juge seul, à supposer qu'il existe, peut écarter l'application de l'art. 429. En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis exprimé par la Cour d'appel de l'Alberta et le professeur Hogg selon lequel il est possible de considérer que l'al. 11*f*) confère à l'accusé le droit de choisir entre un procès devant un juge et un jury et un procès devant un juge seul. L'alinéa 11*f*) a pour objet de conférer à un accusé le droit à un procès avec jury et de garantir que, si un procès avec jury n'est pas à l'avantage de l'accusé, celui puisse y renoncer.

of the *Criminal Code* govern. There is, in my view, nothing in s. 11(*f*) to give the appellants a constitutional right to elect their mode of trial or a constitutional right to be tried by judge alone so as to make s. 11(*f*) inconsistent with the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code*.

The appellants, however, seek an alternative remedy. They say that if the Court should be unwilling or unable to strike down the impugned provisions of the *Criminal Code* simply because some accused persons may waive their right to a jury trial under s. 11(*f*), then it should fashion an appropriate remedy for such accused persons under s. 24(1) of the *Charter*. At first blush this submission is appealing. If an accused can waive his s. 11(*f*) right to a jury trial and if that waiver is to be meaningful, should the accused not be sheltered from the impact of s. 429 by declaring that it does not apply to him? The problem, I believe, lies in the language of s. 24(1) itself. Section 24(1) reads:

> **24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

It is a prerequisite for the fashioning of a s. 24(1) remedy that a person's *Charter* right has been infringed or denied. Again, it seems to me that the appellants have to cross the same hurdle. They have to elevate their power to waive their constitutional right to a jury trial into a constitutional right to a non-jury trial. Only if they can do so are they in a position to say that s. 429 of the *Criminal Code* violates their constitutional right to a non-jury trial.

The essential problem for the appellants, it seems to me, lies in the nature of waiver. "Waiver" is described in *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), vol. 2, at p. 1876, as follows:

Cependant, une fois qu'on a renoncé à ce droit, le recours à la Constitution est épuisé et les dispositions du *Code criminel* s'appliquent. À mon avis, il n'y a rien dans l'al. 11*f*) qui confère aux appelants un droit constitutionnel de choisir leur mode de procès ou un droit constitutionnel d'être jugé devant un juge seul, de manière à le rendre incompatible avec les dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury.

Cependant les appelants demandent une autre réparation. Ils affirment que si jamais la Cour ne veut pas ou ne peut pas invalider les dispositions contestées du *Code criminel* uniquement parce que certains accusés peuvent renoncer au droit à un procès avec jury que leur confère l'al. 11*f*), alors elle devrait concevoir une réparation convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour les personnes ainsi accusées. À première vue, cette proposition paraît intéressante. Si un accusé peut renoncer au droit à un procès avec jury que lui confère l'al. 11*f*) et si cette renonciation doit avoir un sens, l'accusé ne devrait-il pas être mis à l'abri des effets de l'art. 429 par une déclaration que cet article ne s'applique pas à lui? Le problème, je crois, tient au texte du par. 24(1) lui-même qui est ainsi conçu:

> **24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Il est essentiel pour concevoir une réparation au sens du par. 24(1) qu'il y ait eu violation ou négation d'un droit que la *Charte* confère à une personne. Encore ici, les appelants doivent surmonter le même obstacle. Ils doivent ériger leur faculté de renoncer à leur droit constitutionnel à un procès avec jury en un droit constitutionnel à un procès sans jury. C'est à cette seule condition qu'ils seront en mesure d'affirmer que l'art. 429 du *Code criminel* viole leur droit constitutionnel à un procès sans jury.

Le plus grand problème des appelants réside, me semble-t-il, dans la nature de la renonciation. Le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2e éd. 1977), vol. 2, à la p. 1876, définit ainsi le mot «*waiver*» («renonciation»).

A person is said to waive a benefit when he renounces or disclaims it . . . .

In *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), the following appears at p. 1417:

Waiver. The intentional or voluntary relinquishment of a known right, or such conduct as warrants an inference of the relinquishment of such right, or when one dispenses with the performance of something he is entitled to exact . . . . The renunciation, repudiation, abandonment, or surrender of some claim, right, privilege . . . .

Waiver is essentially unilateral, resulting as legal consequence from some act or conduct of party against whom it operates, and no act of party in whose favor it is made is necessary to complete it.

Simply put, waiver does not confer rights, it repudiates them. If you waive your right to A, it does not mean that you are entitled to B. It means only that you are no longer entitled to A. What you are entitled to may then have to be found elsewhere, as in this case, in the *Criminal Code*. The fact that the *Criminal Code* undoes the effect of the accused's waiver because it reflects collective or social interests in a trial by jury should not surprise us. However, the amendments to the *Criminal Code* passed in 1985 (as reproduced earlier in these reasons) do give effect to the accused's waiver, albeit in a qualified manner. The accused's waiver is a necessary preliminary under the new s. 430 currently in force to a trial by judge alone in a case where the Attorney General consents. Indeed, if s. 11(*f*) were construed so as to deny the accused the power to waive, I believe that the new s. 430 would be virtually unworkable. I make no comment as to the validity of subs. (2) of that section which appears to make any waiver by an accused of the s. 11(*f*) right irrevocable in the absence of the consent of the Attorney General.

I conclude that even if an accused can waive his s. 11(*f*) right and does so, he is still faced with the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code* which do not violate his s. 11(*f*) right. Neither remedy claimed by the appellants is therefore available to them.

[TRADUCTION] On dit qu'une personne renonce à un avantage lorsqu'elle l'abandonne ou refuse de s'en prévaloir . . .

Dans le *Black's Law Dictionary* (5e éd. 1979), on trouve ceci, à la p. 1417:

[TRADUCTION] «**Waiver.**» («renonciation») Abandon volontaire ou délibéré d'un droit connu, conduite qui fait présumer l'abandon de ce droit, omission d'exiger ce à quoi on a droit[. . .] La renonciation, la répudiation, l'abandon ou l'abdication d'une demande, d'un droit ou d'un privilège . . .

La renonciation est essentiellement un acte unilatéral et constitue une conséquence légale du fait ou de la conduite d'une partie contre qui elle s'applique et n'exige aucun acte de la part de celui en faveur de qui elle est faite.

Tout simplement, la renonciation ne confère pas de droit, elle consiste à en abandonner. Si on renonce au droit à une chose, il ne s'ensuit pas qu'on a droit à une autre. Il s'ensuit seulement qu'on n'a plus droit à la première. Il se peut qu'on ait à trouver ce à quoi on a droit ailleurs, comme en l'espèce, dans le *Code criminel*. Le fait que le *Code criminel* annule l'effet de la renonciation de l'accusé parce qu'il traduit des intérêts collectifs ou sociaux au procès avec jury ne doit pas nous surprendre. Cependant, les modifications apportées au *Code criminel* en 1985 (déjà citées dans les présents motifs) ont pour effet de mettre à exécution la renonciation de l'accusé, quoique sous certaines réserves. Aux termes du nouvel art. 430 actuellement en vigueur, la renonciation de l'accusé constitue une condition préalable à la tenue d'un procès devant un juge seul à la condition que le procureur général y consente. En fait, si on interprétait l'al. 11*f*) de manière à refuser à l'accusé la faculté de renoncer, le nouvel art. 430 deviendrait, selon moi, quasi inapplicable. Je ne me prononce pas sur la validité du par. (2) de cet article qui paraît rendre la renonciation de l'accusé irrévocable si le procureur général n'autorise pas son retrait.

Je conclus que même si un accusé peut renoncer au droit qu'il a en vertu de l'al. 11*f*) et s'il le fait, il doit quand même se soumettre aux dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury. Aucune des réparations demandées par les appelants n'est donc applicable.

Section 15 of the Charter

The appellants submit that their equality rights under s. 15 of the *Charter* were infringed by the fact that accused persons in their position in Alberta had by law under s. 430 of the *Criminal Code* an opportunity to be tried by a judge alone but that they, as persons accused of one of the offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* and tried outside Alberta, had no such opportunity. For convenience I reproduce the text of s. 15:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The first question to be addressed is whether the combined effect of ss. 427, 429 and 430 is to deny the appellants any of their four basic equality rights under s. 15 of the *Charter*.

(a) The Equality Rights

In defining the scope of the four basic equality rights it is important to ensure that each right be given its full independent content divorced from any justificatory factors applicable under s. 1 of the *Charter*. This is particularly important in the context of the right to equality before the law which was protected in a very different form in s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III (now R.S.C., 1985, App. III). Justificatory factors are, of course, relevant to the determination of whether a valid federal objective justifies a departure from the principle of equality before the law under the *Canadian Bill of Rights*. However, as in the case of the jurisprudence of other countries, great care must be taken not to import concepts and analytical processes derived from

L'article 15 de la Charte

Les appelants soutiennent que parce qu'en Alberta, un accusé dans la même situation peut, en vertu de l'art. 430 du *Code criminel*, être jugé devant un juge seul mais qu'eux, parce qu'ils sont accusés d'une des infractions énumérées à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils sont jugés ailleurs qu'en Alberta, ne le peuvent pas, il y a violation des droits à l'égalité que leur garantit l'art. 15 de la *Charte*. Pour des raisons de commodité, je cite le texte de l'art. 15:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

La première question à résoudre est celle de savoir si l'effet conjugué des art. 427, 429 et 430 est de porter atteinte aux quatre principaux droits à l'égalité dont les appelants jouissent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

a) Les droits à l'égalité

Pour déterminer l'étendue des quatre principaux droits à l'égalité, il importe de s'assurer que chacun de ces droits se voie attribuer son plein sens indépendamment de tout facteur justificatif applicable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est particulièrement important dans le contexte du droit à l'égalité devant la loi que l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III (maintenant L.R.C. (1985), app. III), protège très différemment. Évidemment, les facteurs justificatifs sont pertinents quand il s'agit de déterminer si un objectif fédéral régulier justifie de s'écarter du principe de l'égalité devant la loi selon la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, comme pour la jurisprudence des autres pays, il faut se garder d'importer des concepts et

documents different in structure and content from the *Charter*: see *Re B.C. Motor Vehicles Act*, *supra*, at p. 498; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at pp. 765-66. I would emphasize in this connection the following passage from the judgment of McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, at p. 178:

> Any justification of an infringement which is found to have occurred must be made, if at all, under the broad provisions of s. 1.

The existence of s. 1 of the *Charter* and the demands it places on the state to justify limitations on rights is a distinctive feature of the *Charter* not found in the *Canadian Bill of Rights*.

Do the impugned statutory provisions operate so as to deprive the appellants of their rights to equality before the law and equality under the law and their rights to the equal protection and equal benefit of the law? I note at the outset that in these early days of interpreting s. 15 it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

The guarantee of equality before the law must be interpreted in its *Charter* context which may involve entirely different considerations from the comparable provision in the *Canadian Bill of Rights*. I would for this reason respectfully decline to import into the *Charter* the reasoning of the majority of this Court in *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693. The majority found that s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* was not violated by a provision in the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1970, c. P-21, s. 150, which was made applicable only to British Columbia. In reaching this conclusion Martland J. stated at p. 705:

> It is quite clear that, in 1960, when the *Bill of Rights* was enacted, the concept of "equality before the law" did not and could not include the right of each individual to insist that no statute could be enacted which did

des formes d'analyse qui se rattachent à des textes dont la structure et le contenu sont différents de ceux de la *Charte*: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 498; *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, aux pp. 765 et 766. Je voudrais souligner à cet égard l'extrait des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 178:

> Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier.

L'existence de l'article premier et l'obligation qu'il impose à l'État de justifier les restrictions apportées à des droits constituent une caractéristique distinctive de la *Charte* qu'on ne trouve pas dans la *Déclaration canadienne des droits*.

Les dispositions législatives contestées ont-elles pour effet de priver les appelants de leurs droits à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi? Je fais d'abord remarquer que puisque nous en sommes aux premières interprétations de l'art. 15, nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l'égalité pour les années à venir.

Il faut interpréter la garantie d'égalité devant la loi dans le contexte de la *Charte*, lequel peut faire intervenir des considérations entièrement différentes de celles auxquelles fait appel la disposition comparable de la *Déclaration canadienne des droits*. Pour ce motif, je refuse, en toute déférence, d'adopter relativement à la *Charte* le raisonnement des juges formant la majorité de cette Cour dans l'arrêt *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693. La Cour à la majorité a conclu qu'une disposition de l'art. 150 de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, qui ne s'appliquait qu'à la Colombie-Britannique, ne violait pas l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. En arrivant à cette conclusion, le juge Martland affirme, à la p. 705:

> Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le concept de «l'égalité devant la loi» ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre le droit pour tout individu de faire valoir qu'aucune loi qui

not have application to everyone and in all areas of Canada. Such a right would have involved a substantial impairment of the sovereignty of Parliament in the exercise of its legislative powers under s. 91 of the *British North America Act* and could only have been created by constitutional amendment, or by statute. In my opinion the wording of the *Bill of Rights* did not do this, because, as has already been noted, by its express wording it declared and continued existing rights and freedoms. It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize, in paras. (*a*) to (*g*), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1, but the right claimed by the respondent does not fall within any of those seven paragraphs.

Such considerations are, in my view, inappropriate in interpreting the provisions of the *Charter* which by its terms and status entrenches rights available to all individuals and permits the invalidation by the courts of legislation inconsistent with the provisions of the Constitution.

The Ontario Court of Appeal, it seems to me, took a very similar route in this case to the one taken by the majority of this Court in *Burnshine*. In finding that there was no violation of s. 15, the Court stated at p. 301:

> Because of the general jurisdiction of the provinces over the administration of justice, including the prosecution of the criminal laws enacted by Parliament, absolute uniformity of criminal procedure as it applies throughout Canada, may be impossible or undesirable, especially given historical differences.
>
> Canada has a long history of substantial variations in the procedure applicable in various provinces with respect to the trial of criminal cases.

The Court of Appeal then listed several examples of such variations in criminal procedure among the provinces and concluded at p. 302:

> If any of these variations were found to be an advantage, would Parliament have had to extend them to every other province? It seems unreasonable to so

ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada ne pouvait être adoptée. Un droit de cette nature aurait comporté une atteinte grave à la souveraineté du Parlement dans l'exercice de sa compétence législative sous le régime de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et n'aurait pu être créé que par un amendement à la constitution, ou par une loi. À mon avis le libellé de la *Déclaration des droits* n'a pas pour effet de créer un tel droit puisque, comme déjà mentionné, elle porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes exprès. Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas *a*) à *g*), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1, mais le droit invoqué par l'intimé n'est compris dans aucun de ces sept alinéas.

À mon avis, ces considérations ne s'appliquent pas à l'interprétation des dispositions de la *Charte* qui, de par ses termes et son statut, constitutionnalise les droits accordés à tous les individus et autorise l'invalidation par les tribunaux judiciaires des dispositions législatives incompatibles avec celles de la Constitution.

La Cour d'appel de l'Ontario me paraît avoir suivi en l'espèce, un raisonnement très semblable à celui des juges formant la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Burnshine*. En concluant qu'il n'y a pas eu de violation de l'art. 15, elle affirme, à la p. 301:

> [TRADUCTION] En raison de la compétence générale des provinces en matière d'administration de la justice, y compris les poursuites nécessaires à l'application du droit criminel adopté par le Parlement, il est peut-être impossible ou peu souhaitable d'arriver à l'uniformité absolue de la procédure criminelle partout au Canada, compte tenu des différences historiques.
>
> Le Canada connaît depuis toujours des différences importantes dans la procédure applicable d'une province à l'autre relativement aux procès en matière criminelle.

La Cour d'appel donne ensuite un certain nombre d'exemples de ces différences d'une province à l'autre en procédure criminelle et conclut, à la p. 302:

> [TRADUCTION] Si on concluait que l'une ou l'autre de ces différences constitue un avantage, le Parlement serait-il tenu d'offrir cet avantage à toutes les autres

require. If it is unreasonable to so require, can one conclude that there is such an "invidious" or "unfair" or "irrational" distinction with respect to the requirement for jury trials for charges of murder in all provinces except Alberta as to amount to "discrimination" for purposes of s. 15? It cannot be so. We would have to conclude, therefore, that the limited option of a non-jury trial of a murder charge in Alberta, whereas that option was not available in any of the other provinces or the two Territories, did not amount to discrimination in the sense of a denial of equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the Charter.

The argument that s. 15 is not violated because departures from its principles have been widely condoned in the past and that the consequences of finding a violation would be novel and disturbing is not, in my respectful view, an acceptable approach to the interpretation of *Charter* provisions. Moreover, the Court of Appeal's test of whether a distinction is "unreasonable", "invidious", "unfair" or "irrational" imports limitations into s. 15 which are not there. It is inconsistent with the proper approach to s. 15 described by McIntyre J. in *Andrews*. The equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1. Balancing legislative purposes against the effects of legislation within the rights sections themselves is fundamentally at odds with this Court's approach to the interpretation of *Charter* rights. I would respectfully agree with the observations of M. David Lepofsky and Hart Schwartz in a case comment on *R. v. Ertel*, *supra*, to the effect that the Ontario Court of Appeal's approach places an unfair burden on the *Charter* claimant to prove that a law is unreasonable and that it invites a less onerous balancing of the interests of the state against those who suffer violations of s. 15 than would be allowed under s. 1 of the *Charter*: see (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115, at pp. 125-28.

provinces? Il semble déraisonnable de l'exiger. S'il est déraisonnable de l'exiger, peut-on conclure que la distinction qui résulte du fait d'imposer un procès avec jury relativement aux accusations de meurtre dans toutes les provinces autres que l'Alberta, est «odieuse». «injuste» ou «déraisonnable» au point de constituer de la «discrimination» au sens de l'art. 15? C'est impossible. Nous devrions alors conclure que le choix restreint de subir un procès sans jury relativement à une accusation de meurtre en Alberta, quand ce choix n'est pas possible dans aucune autre province, ni dans les deux Territoires, ne constitue pas de la discrimination au sens d'un déni de protection égale de la loi selon le par. 15(1) de la Charte.

L'argument selon lequel il n'y a pas de violation de l'art. 15 parce que, dans le passé, on a toléré la transgression de ses principes et parce qu'une conclusion qu'il y a eu violation aurait des conséquences nouvelles et troublantes, me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d'aborder l'interprétation des dispositions de la *Charte*. De plus, le critère utilisé par la Cour d'appel qui consiste à déterminer si la distinction est «déraisonnable», «odieuse», «injuste» ou «irrationnelle», a pour effet de prêter à l'art. 15 des restrictions qui ne s'y trouvent pas. Cela est incompatible avec la bonne façon d'aborder l'art. 15 que décrit le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*. Il faut donner aux droits à l'égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu'il convient d'examiner en vertu de l'article premier. Soupeser les objectifs des lois en fonction de leurs effets, à partir des articles qui confèrent les droits, ne cadre pas du tout avec la méthode d'interprétation des droits garantis par la *Charte* adoptée par cette Cour. Je souscris en toute déférence aux observations formulées par M. David Lepofsky et Hart Schwartz dans leur commentaire de l'arrêt *R. v. Ertel*, précité, selon lesquelles la méthode adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario impose un fardeau injustifié à celui qui invoque la *Charte* en l'obligeant à prouver qu'une disposition législative est déraisonnable et que cette méthode incite à effectuer une évaluation moins exigeante, que ne l'exige l'article premier de la *Charte*, des intérêts de l'État en fonction des intérêts de ceux qui subissent des atteintes aux droits que leur garantit l'art. 15: (1988), 67 *R. du B. can.* 115, aux pp. 125 à 128.

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others. This value has historically been associated with the requirements of the rule of law that all persons be subject to the law impartially applied and administered. It was held by a majority of this Court in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, to require a law which made it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve to be struck down. As Ritchie J. stated at p. 297:

> I think that the word "law" as used in s. 1(*b*) of the *Bill of Rights* is to be construed as meaning "the law of Canada" as defined in s. 5(2) (i.e. Acts of the Parliament of Canada and any orders, rules or regulations thereunder) and without attempting any exhaustive definition of "equality before the law" I think that s. 1(*b*) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under that law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed an offence or having been made subject to any penalty.

Taking the above definition as the minimal content of the right to equality before the law found in s. 15 of the *Charter*, I would conclude that the impugned provisions deny the appellants equality before the law. The appellants wish to be tried by a judge alone but they are precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Criminal Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a judge alone. The appellants are accordingly denied an opportunity which is available to others, a denial which, as the Court of Appeal noted at pp. 299-300, could work to the disadvantage of the appellants:

> What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, *i.e.*, whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. Cette valeur est, par tradition, associée aux exigences de la primauté du droit selon lesquelles tous doivent être assujettis à l'application impartiale de la loi. Cette Cour a statué, à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, que ce principe rend inopérante une loi qui déclare que le fait pour un Indien d'être en état d'ébriété hors d'une réserve constitue une infraction. Le juge Ritchie affirme, à la p. 297:

> Je pense que le mot «loi» dans l'art. 1(*b*) de la *Déclaration des droits* doit s'interpréter comme signifiant une «loi du Canada» au sens de la définition à l'art. 5(2) (c'est-à-dire, une loi du Parlement du Canada, ou une ordonnance, une règle ou un règlement établis sous son régime). Sans rechercher une définition complète de l'expression «égalité devant la loi», je pense que l'art. 1(*b*) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

Partant de l'hypothèse que la définition qui précède donne le contenu minimal du droit à l'égalité devant la loi que garantit l'art. 15 de la *Charte*, je suis d'avis de conclure que les dispositions contestées portent atteinte à l'égalité des appelants devant la loi. Les appelants veulent subir un procès devant un juge seul, mais ils en sont empêchés à cause de l'effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D'autre part, l'art. 430 du *Code criminel* permet aux personnes accusées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. En conséquence, les appelants sont privés de la possibilité de se prévaloir de ce qui est accessible aux autres, privation qui, comme l'a souligné la Cour d'appel aux pp. 299 et 300, peut défavoriser les appelants:

> [TRADUCTION] En l'espèce, il ne s'agit pas de décider si une forme de procès est plus avantageuse qu'une autre, c'est-à-dire, si une personne accusée de meurtre est mieux protégée par un procès devant un juge et un

judge alone. Rather, the question is whether having that *choice* is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as: the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage.

In short, the impugned provisions of the *Criminal Code* treat the appellants and those charged with the offences listed in s. 427 more harshly than those charged with the same offences in the province of Alberta who, because of s. 430, have an opportunity to be tried by judge alone if they deem this to be to their advantage. I would conclude, therefore, that the appellants' right to equality before the law has been violated.

Given that one of the appellants' four basic equality rights has been violated, it is not necessary to address the question whether the appellants' rights to equality under the law and to the equal benefit and protection of the law have also been violated.

(b) Discrimination

Having concluded that the appellants have been denied at least one of the equality rights listed in s. 15 of the *Charter*, I must move to the next step and determine whether the denial can be said to result in discrimination. Differential treatment is permitted under s. 15 provided it is "without discrimination". As McIntyre J. stated in *Andrews* (at p. 182):

jury que par un procès devant un juge seul. Il s'agit plutôt de savoir si le fait d'avoir ce *choix* est un avantage au sens d'un bénéfice de la loi. Me Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès» constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. Il faut considérer comme un avantage le choix de subir ou non un procès avec jury (même si ce choix est limité par la décision prépondérante du juge du procès), si l'on tient compte des avantages qu'offre un mode de procès par rapport à l'autre à cause de toute une gamme de facteurs comme la nature et les circonstances de l'assassinat, la publicité qui a entouré l'affaire, la réaction du public, la taille de la collectivité d'où le jury sera tiré et même la préférence de l'avocat de la défense pour ce qui est de convaincre un jury ou un juge de la véracité de la version des faits données par la défense (ou de susciter chez eux un doute raisonnable). Il faut considérer l'absence de cet avantage en Ontario comme un désavantage.

En résumé, les dispositions contestées du *Code criminel* traitent les appelants et ceux qui sont accusés des infractions énumérées à l'art. 427 plus durement que les personnes accusées des mêmes infractions dans la province d'Alberta qui, à cause de l'art. 430, ont la possibilité de choisir de subir leur procès devant un juge seul si elles croient que cela est à leur avantage. Je suis donc d'avis de conclure que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé.

Puisqu'il y a eu violation de l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité des appelants, il n'est pas nécessaire de déterminer si les droits des appelants à l'égalité dans la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi ont aussi été violés.

b) La discrimination

Après avoir conclu que les appelants ont été privés d'au moins un des droits à l'égalité énumérés à l'art. 15 de la *Charte*, je dois passer à l'étape suivante et déterminer s'il est possible de dire que cette privation constitue de la discrimination. L'article 15 autorise des différences de traitement pourvu que cela se fasse «indépendamment de toute discrimination». Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 182):

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be "without discrimination" is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court's legitimate role as the protector of such values comes into play.

Can it be said then that the appellants' right to equality before the law has been denied with discrimination? In *Andrews*, McIntyre J., after noting with approval the deeper understanding of discrimination developed under the Human Rights Codes, offered the following definition of discrimination (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. McIntyre J. emphasized in *Andrews* (at p. 167):

For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether,

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

La réserve intrinsèque de l'art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s'il y a eu violation de l'article. Ce n'est que si l'un des quatre droits à l'égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l'art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

Peut-on dire que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé de manière discriminatoire? Dans l'arrêt *Andrews*, après avoir souligné et approuvé la meilleure compréhension de la discrimination acquise en vertu des Codes des droits de la personne, le juge McIntyre propose la définition suivante de la discrimination (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge McIntyre a souligné dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 167):

En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une

contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

McIntyre J. recognized in *Andrews* that the "'enumerated and analogous grounds' approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above" (p. 182) and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were "a good example of a 'discrete and insular minority' who came within the protection of s. 15" (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is "not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society" (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

The appellants claim that because they are accused of one of the indictable offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* but do not have an opportunity, as do persons charged with the same offence in Alberta, to be tried by a judge alone, they are victims of discrimination. I disagree. In my respectful view, it would be stretching the

inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Le juge McIntyre reconnaît dans l'arrêt *Andrews* que le «point de vue [...] «des motifs énumérés et analogues» correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l'affaire *Andrews*, c.-à-d. celles qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [... d'une] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15» (p. 183). De même, j'ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination parce qu'ils sont accusés d'un des actes criminels énumérés à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils n'ont pas la possibilité, comme l'ont les personnes accusées de la même infraction en Alberta, de subir un procès devant un juge seul. Je ne suis pas de cet avis. Je crois, en toute

imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a "discrete and insular minority". I hasten to add that this categorization is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is designed to protect. It is a means of ensuring that equality rights are given the same kind of broad, purposive interpretation accorded to other *Charter* rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344.

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here. Persons resident outside Alberta and charged with s. 427 offences outside Alberta do not constitute a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15.

déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. Je m'empresse d'ajouter que cette catégorisation est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit qu'un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l'art. 15 de la *Charte* est destiné à protéger. Il s'agit d'un moyen de garantir que les droits à l'égalité reçoivent la même sorte d'interprétation large et fondée sur l'objet visé que les autres droits protégés par la *Charte*: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce. Les personnes qui résident ailleurs qu'en Alberta et qui sont accusées de l'une des infractions énumérées à l'art. 427 hors de l'Alberta ne constituent pas un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15.

In concluding that s. 15 is not violated in this case, I realize that I am rejecting the proposition accepted by several Courts of Appeal in Canada that it is a fundamental principle under s. 15 of the *Charter* that the criminal law apply equally throughout the country: see *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at p. 281, leave to appeal refused April 9, 1987, [1987] 1 S.C.R. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163 (Ont. C.A.); *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (N.S.C.A.), at pp. 230-31; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (Sask. C.A.), at pp. 613-14; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), leave to appeal granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408 (N.W.T.C.A.), at pp. 419-20. See also *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (Sask. Q.B.); *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1 (Y.T.S.C.); *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289 (N.W.T.S.C.)

I do not think, with all due respect to those who think otherwise, that this can be stated in terms of "fundamental principle" and in bald and absolute form for the purposes of s. 15. In my view, s. 15 mandates a case by case analysis as was undertaken by this Court in *Andrews* to determine 1) whether the distinction created by the impugned legislation results in a violation of one of the equality rights and, if so, 2) whether that distinction is discriminatory in its purpose or effect.

In this particular case the appellants claim to be part of a disadvantaged group comprising all those charged with s. 427 offences being tried outside the province of Alberta and it is this claim which I have rejected. This does not, in my view, preclude the possibility that some variations in criminal law and procedure among the different provinces could give rise to discrimination in the sense defined by a majority of this Court in *Andrews*.

As section 7 of the *Charter* was not pleaded in this case I make no comment on whether equal

Je me rends compte qu'en arrivant à la conclusion qu'il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce, je rejette la proposition acceptée par plusieurs cours d'appel du Canada selon laquelle c'est un principe fondamental en vertu de l'art. 15 de la *Charte* que le droit criminel s'applique également partout au pays: voir *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la p. 281, autorisation de pourvoi refusée le 9 avril 1987, [1987] 1 R.C.S. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163 (C.A. Ont.); *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (C.A.N.-É.), aux pp. 230 et 231; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (C.A. Sask.), aux pp. 613 et 614; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408 (C.A.T.N.-O.), aux pp. 419 et 420. Voir aussi *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (B.R. Sask.); *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1 (C.S.T.Y.); *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289 (C.S.T.N.-O.)

En toute déférence pour ceux qui pensent le contraire, je ne crois pas que cela puisse se présenter sous forme de «principe fondamental» et sans nuance aucune, pour les fins de l'art. 15. Selon moi, l'art. 15 commande une analyse cas par cas comme celle qu'a entreprise cette Cour dans l'affaire *Andrews* quand il s'agit de déterminer 1) si une distinction créée par la disposition législative contestée engendre une violation de l'un des droits à l'égalité et, dans l'affirmative, 2) si la distinction est discriminatoire de par son objet ou son effet.

Dans ce cas particulier, les appelants prétendent appartenir à un groupe défavorisé composé de toutes les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta d'une des infractions énumérées à l'art. 427; c'est cette prétention que j'ai rejetée. Cela n'empêche pas, à mon sens, qu'il soit possible que certaines différences dans le droit criminel ou la procédure en matière criminelle d'une province à l'autre puissent engendrer de la discrimination au sens de la définition donnée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Andrews*.

Puisqu'on n'a pas invoqué l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, je ne me prononcerai pas sur la ques-

application of the criminal law to all persons in Canada constitutes a principle of fundamental justice within the meaning of that section.

Section 1 of the Charter

Having found no violation of s. 11(*f*) or s. 15 of the *Charter* it is not necessary to turn to s. 1.

4. Disposition

I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario a jury trial in murder cases, contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by denying the right of an accused person to waive the benefit of the guarantee by trial by jury.

A. No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In view of the answer to Question 1 it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario in 1985 a jury trial in murder cases, but permitting in Alberta in 1985 a non-jury murder trial, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In view of the answer to Question 3 it is not necessary to answer this question.

tion de savoir si l'égalité d'application du droit criminel à tous au Canada constitue un principe de justice fondamentale au sens de cet article.

L'article premier de la Charte

Vu la conclusion qu'il n'y a violation ni de l'al. 11*f*) ni de l'art. 15 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner la question sous l'angle de l'article premier.

4. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario (selon le texte existant en mai 1985) un procès avec jury dans les affaires de meurtre, violent-ils les droits et les libertés garantis par l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en privant un accusé du droit de renoncer au bénéfice de la garantie d'un procès avec jury?

R. Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. En raison de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario, en 1985 (selon le texte existant en mai 1985), un procès avec jury dans les affaires de meurtre, mais autorisaient en Alberta, en 1985, un procès pour meurtre sans jury, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. En raison de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Turpin: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Solicitors for the appellant Siddiqui: Addelman & Edelson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante Turpin: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

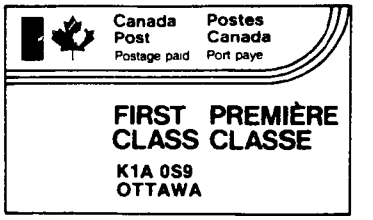
Procureurs de l'appelant Siddiqui: Addelman & Edelson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 8, 1989 Vol. 1

8e cahier, 1989 Vol. 1

Cited as [1989] 1 S.C.R. 1337-1582

Renvoi [1989] 1 R.C.S. 1337-1582

NOTICE

Volume 1 of the Supreme Court Reports [1989] will contain nine parts.

September 1989

AVIS

Le premier volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1989] comprend neuf cahiers.

Septembre 1989

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Air Canada *v.* McDonnell Douglas Corp. **1554**

Civil procedure — Declinatory exception — Territorial jurisdiction — Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump — Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval — Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump — Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have no domicile or property in the province — Purchase contract of aircraft concluded in the United States where vendor and manufacturer have their places of business — Whether Superior Court has jurisdiction under art. 68(2) C.C.P. — Nature of cause of action: contractual or quasi-delictual — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 68(2), 163 — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Civil procedure — Place of instituting actions — Place where the whole cause of action arose — Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump — Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval — Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump — Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have their places of business in the United States — Whether the "whole cause of action" arose in Quebec — Locus of a failure to warn — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 68(2).

Continued on next page

SOMMAIRE

Air Canada *c.* McDonnell Douglas Corp. **1554**

Procédure civile — Exception déclinatoire — Compétence territoriale — Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant — Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval — Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe — Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui n'ont ni domicile ni biens dans la province — Contrat d'achat de l'avion conclu aux États-Unis où le vendeur et le fabricant ont leurs établissements — La Cour supérieure a-t-elle compétence en vertu de l'art. 68(2) C.p.c.? — Nature de la cause d'action: contractuelle ou quasi délictuelle — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2), 163 — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Procédure civile — Lieu d'introduction d'actions — Lieu où toute la cause d'action a pris naissance — Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant — Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval — Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe — Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui ont leurs établissements aux États-Unis — Est-ce que «toute la cause d'action» a pris naissance au Québec? — Lieu de l'omission d'avertir — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Elsom *v.* Elsom **1367**

Family law — Matrimonial property — Division of family assets — Trial judge awarding wife 25 per cent of the family assets — Court of Appeal reducing wife's share — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's discretion — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 51.

Moysa *v.* Alberta (Labour Relations Board) **1572**

Evidence — Privilege — Press — Journalist refusing to testify at a labour relations board hearing — Journalist claiming privilege against the disclosure of communications from sources — Whether journalist has a privilege at common law or under the Canadian Charter to refuse to answer questions involving her sources — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Labour relations board ordering journalist to answer questions involving her sources — Whether compelling journalist to testify violation of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. *v.* Howard **1337**

Evidence — Expert opinion — Testing of expert evidence — Opinion as to footprints — Expert for defence to testify that footprints not those of co-accused — Co-accused pleading guilty and statement of facts indicating that footprints those of co-accused — Evidence of co-accused's plea not admissible — Whether or not trial judge should permit question to expert querying if opinion would have been influenced by statement relating to co-accused.

R. *v.* Lambretta **1391**

Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Adjournment to obtain new counsel after initial counsel withdrew during course of trial denied — Interests of justice.

R. *v.* Mohl **1389**

Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Right to counsel — Motorist too impaired to understand right to retain and instruct counsel — Breathalyzer test — Whether use of breathalyzer certificate would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. *v.* Streu **1521**

Evidence — Admissibility — Hearsay — Accused admitting evidence as fact — Police officer testifying as to what accused stated — Whether or not accused's admission admissible.

R. *v.* Tutton **1392**

Criminal law — Criminal negligence — Necessaries of life — Manslaughter — Diabetic child dying after insulin withdrawn by parents — Parents' action motivated by belief that son cured by Divine intervention — Belief in faith healing part of parents' religious convictions — Whether or not parents guilty of causing death through criminal negligence — Whether or not objective standard or subjective standard to be used in determining if

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Elsom *c.* Elsom **1367**

Droit de la famille — Biens familiaux — Partage de biens familiaux — Attribution de 25 p. 100 des biens familiaux à l'épouse en première instance — Réduction de la part de l'épouse en Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 51.

États-Unis d'Amérique *c.* Cotroni; États-Unis d'Amérique *c.* El Zein **1469**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada — Extradition — Complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada — Actes des accusés accomplis au Canada — Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien — L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? — Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).

Extradition — Citoyens canadiens impliqués dans un complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada — Actes des accusés accomplis au Canada — Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien — L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? — Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Moysa *c.* Alberta (Labour Relations Board) **1572**

Preuve — Immunité — Presse — Refus d'une journaliste de témoigner à une audience d'une commission des relations du travail — Allégation d'immunité permettant à la journaliste de refuser de divulguer ses sources — La journaliste jouit-elle d'une immunité reconnue par la *common law* ou par la Charte canadienne lui permettant de refuser de répondre à des questions concernant ses sources? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Ordonnance d'une commission des relations du travail enjoignant à une journaliste de répondre à des questions concernant ses sources — Forcer une journaliste à témoigner viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. *c.* Howard **1337**

Preuve — Opinion d'expert — Vérification du témoignage d'un expert — Opinion relativement à des empreintes de pieds — Expert de la défense appelé à témoigner que les empreintes de pieds n'étaient pas celles du coaccusé — Le coaccusé a plaidé coupable et l'exposé des faits indiquait que les empreintes de pieds étaient celles du coaccusé — La preuve du plaidoyer du coaccusé n'est pas recevable — Le juge de première instance devait-il permettre qu'on demande à l'expert si une déclaration relative au coaccusé aurait influé sur son opinion?

Suite à la page suivante

wanton or reckless disregard for life or safety of others — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

R. v. Waite **1436**

Criminal law — Criminal negligence — *Mens rea* — Impaired driver playing chicken with hayride — Persons killed and injured — Whether subjective test as to accused's state of mind, in addition to objective test as to state of accused's driving, to be considered in determining *mens rea* — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203.

R. v. Zeolkowski **1378**

Evidence — Admissibility — Firearm prohibition hearing — Provincial court judge to hear "all relevant evidence" — Whether or not rules of evidence apply to firearm prohibition hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 98(4), (6).

Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co. **1445**

Insurance — Fire insurance — Exception clause: loss or damage caused by criminal or wilful act of insured excluded — Minor living at home deliberately setting fire to parents' home — Whether minor falling within the definition of insured under insurance policy — Whether insurer liable.

United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein **1469**

Constitutional law — Charter of Rights — Right of Canadian citizen to remain in Canada — Extradition — Conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada — Actions of accused taking place in Canada — Offence existing under both U.S. law and Canadian law — Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain in Canada — If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).

Extradition — Canadian citizens involved in conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada — Actions of accused taking place in Canada — Offence existing under both U.S. law and Canadian law — Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain in Canada — If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter.

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown **1532**

Constitutional law — Labour relations — Federal job creation programmes — Whether federally funded job creation programmes infringe upon provincial jurisdiction over labour relations — Whether provincial wage laws applicable to workers participating in a federal job creation programme — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), (29), 92(10) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 38 — The Payment of Wages Act, S.M. 1975, c. 21 — The Construction Industry Wages Act, R.S.M. 1970, c. C190.

Master and servant — Federal job creation programmes — YMHA entering into an agreement with federal government to

Continued on next page

R. c. Lambretta **1391**

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Refus d'un ajournement pour retenir les services d'un nouvel avocat après le désistement du premier avocat au cours du procès — Intérêts de la justice.

R. c. Mohl **1389**

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Droit à l'assistance d'un avocat — Automobiliste trop enivré pour comprendre qu'il a droit à l'assistance d'un avocat et pour être informé de ce droit — Alcootest — Le recours au certificat d'analyse est-il susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. c. Streu **1521**

Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Admission de la preuve par l'accusé en tant que fait — Témoignage d'un policier sur les déclarations de l'accusé — L'aveu de l'accusé est-il admissible?

R. c. Tutton **1392**

Droit criminel — Négligence criminelle — Choses nécessaires à la vie — Homicide involontaire coupable — Mort d'un enfant diabétique après l'arrêt par ses parents des injections d'insuline — Action des parents motivée par la croyance que leur fils avait été guéri par l'intervention divine — Les convictions religieuses des parents comprenaient la croyance en la guérison par la foi — Les parents sont-ils coupables d'avoir causé la mort par négligence criminelle? — Doit-on utiliser une norme objective ou une norme subjective pour déterminer s'il y a eu insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

R. c. Waite **1436**

Droit criminel — Négligence criminelle — *Mens rea* — Conducteur en état d'ébriété jouant au «froussard» avec un défilé de chariots à foin — Personnes tuées et blessées — Le critère subjectif quant à l'état d'esprit de l'accusé doit-il être pris en considération, en plus du critère objectif quant à la conduite de l'accusé, pour déterminer la *mens rea*? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203.

R. c. Zeolkowski **1378**

Preuve — Admissibilité — Audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu — Audition de «tout élément de preuve pertinent» par le juge de la Cour provinciale — Les règles de la preuve s'appliquent-elles à une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 98(4), (6).

Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co. **1445**

Assurance — Assurance-incendie — Clause excluant les pertes ou dommages causés par un acte criminel ou délibéré de l'assuré — Incendie de la résidence familiale allumé délibérément par un mineur qui y vivait avec ses parents — L'enfant

Suite à la page suivante

engage workers participating in a federal job creation programme — Whether workers were employees of YMHA within the meaning of The Payment of Wages Act and The Construction Industry Wages Act of Manitoba — Whether YMHA was the "employer" under the same legislation.

mineur est-il visé par la définition d'assuré dans la police d'assurance? — L'assureur est-il responsable?

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. *c.* Brown 1532

Droit constitutionnel — Relations de travail — Programmes fédéraux de création d'emplois — Les programmes de création d'emplois subventionnés par le gouvernement fédéral empiètent-ils sur la compétence d'une province en matière de relations de travail? — La législation provinciale en matière de salaires s'applique-t-elle aux travailleurs qui participent à un programme fédéral de création d'emplois? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (29), 92(10) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 38 — Loi sur le paiement des salaires, L.M. 1975, chap. 21 — Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction, L.R.M. 1970, chap. C190.

Employeur et employé — Programmes fédéraux de création d'emplois — Conclusion d'une entente entre le YMHA et le gouvernement fédéral en vue d'embaucher des travailleurs participant à un programme fédéral de création d'emplois — Les travailleurs sont-ils des employés au sens de la Loi sur le paiement des salaires et de la Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction du Manitoba? — Le YMHA était-il l'«employeur» au sens de ces mêmes lois?

Murray John Howard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HOWARD

File No.: 19982.

1988: May 19; 1989: May 18.

Present: McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Expert opinion — Testing of expert evidence — Opinion as to footprints — Expert for defence to testify that footprints not those of co-accused — Co-accused pleading guilty and statement of facts indicating that footprints those of co-accused — Evidence of co-accused's plea not admissible — Whether or not trial judge should permit question to expert querying if opinion would have been influenced by statement relating to co-accused.

Appellant and a co-accused had been tried jointly by judge sitting with jury and found guilty of first degree murder. The Court of Appeal found that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. The co-accused, however, pleaded guilty to second degree murder prior to the second trial. The facts of the case were read and the Crown, while giving no explicit account of co-accused's presence at the scene of the crime, stated the footprints near the victim's body had been made by the co-accused's shoes. At the first trial, both the Crown and defence called experts on footprints to seek to establish or disprove respectively that the footprints found by the body of the victim were made by the co-accused. At the second trial, the Crown experts again testified in similar terms. Before the defence expert was to testify, however, the Crown sought and was granted permission to ask him whether or not the fact that the co-accused had subsequently pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime would change his opinion as given at the first trial. The defence accordingly chose not to call its footprint expert. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction and his appeal in this Court was by leave. The issues before this Court were: (1) whether or not Crown counsel was

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Murray John Howard *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HOWARD

N° du greffe: 19982.

1988: 19 mai; 1989: 18 mai.

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Preuve — Opinion d'expert — Vérification du témoignage d'un expert — Opinion relativement à des empreintes de pieds — Expert de la défense appelé à témoigner que les empreintes de pieds n'étaient pas celles du coaccusé — Le coaccusé a plaidé coupable et l'exposé des faits indiquait que les empreintes de pieds étaient celles du coaccusé — La preuve du plaidoyer du coaccusé n'est pas recevable — Le juge de première instance devait-il permettre qu'on demande à l'expert si une déclaration relative au coaccusé aurait influé sur son opinion?

L'appelant et un coaccusé ont été jugés ensemble par un juge et un jury et reconnus coupables de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis des erreurs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le coaccusé a toutefois plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré avant le second procès. On a fait lecture des faits de l'affaire et le ministère public, sans mentionner expressément la présence du coaccusé sur les lieux du crime, a déclaré que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime avaient été faites par les chaussures du coaccusé. Au premier procès, le ministère public et la défense ont toutes deux cité des experts en empreintes de pieds afin d'établir ou de réfuter selon le cas que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime étaient celles du coaccusé. Au deuxième procès, les experts de la poursuite ont témoigné de nouveau de la même façon. Avant que l'expert de la défense témoigne, le ministère public a sollicité et obtenu l'autorisation de lui demander si le fait que le coaccusé avait par la suite plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits selon lequel il était sur les lieux du crime modifierait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès. La défense a choisi par conséquent de ne pas faire témoigner son

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

entitled to refer to the guilty plea entered by the co-accused in the cross-examination of the expert witness for the defence; (2) whether or not the charge was adequate with respect to planning and deliberation; (3) whether or not the verdict of first degree murder was unreasonable; (4) whether or not the trial judge adequately put forward the defence theory.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: Only the first issue needed be addressed. The fact that the co-accused had pleaded guilty and had acknowledged the footprint as his was not a fact adduced, or intended to be adduced, in evidence when the Crown sought to put the question. The examiner or cross-examiner cannot put as a fact, or even a hypothetical fact, what is not and will not become part of the case as admissible evidence. The Crown's proposed question should have been denied on this ground alone.

An expert cannot take into account facts that are not subject to his professional expert assessment as they are irrelevant to his expert assessment. *A fortiori*, the expert should not be told of and asked to take into account a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to scientifically determine as that could inject bias into the application of his expertise. A cross-examination may be conducted to determine whether what the expert considered was relevant, whether there were matters relevant that were not considered, and whether the expert might have arrived at his conclusion as a result of considerations irrelevant to his particular expertise. It is not relevant to the validity of his opinion, however, that the expert had not considered an irrelevant matter. The proposed cross-examination would establish no more than that he had not considered an irrelevant matter and therefore would not impugn the validity of his opinion.

At the next trial, if the Crown should choose to call the co-accused to testify to the facts that would tend to prove that the conclusions of the defence expert wrong, these facts are for the consideration of the jury and not of the defence expert, except perhaps for the very limited purpose of testing with the expert the degree of certainty to be given to his conclusions.

expert. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant contre la déclaration de culpabilité, et l'appelant se pourvoit devant cette Cour sur autorisation. Les questions que doit trancher cette Cour sont de savoir: (1) si l'avocat du ministère public avait le droit de parler du plaidoyer de culpabilité du coaccusé au cours du contre-interrogatoire du témoin expert de la défense; (2) si l'exposé au jury était correct en ce qui a trait à la préméditation; (3) si le verdict de meurtre au premier degré était raisonnable; (4) si le juge de première instance a présenté correctement la thèse de la défense.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges McIntyre, Lamer et La Forest: Seule la première question doit être tranchée. Le fait que le coaccusé avait plaidé coupable et avait reconnu que les empreintes de pieds étaient les siennes ne constituait pas, ou n'était pas sur le point de devenir, un fait présenté en preuve lorsque le ministère public a tenté de poser la question. Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ou même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. La question que le ministère public projetait de poser aurait dû être refusée pour ce seul motif.

Un expert ne peut pas tenir compte de faits qui ne sont pas soumis à son expertise professionnelle, car ils ne sont pas pertinents en ce qui concerne son examen d'expert. À fortiori, on ne devrait pas communiquer à l'expert ni lui demander de prendre en considération un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'établir scientifiquement car cela fausserait l'application de ses connaissances d'expert. On peut procéder à un contre-interrogatoire dans le but de déterminer si ce dont l'expert a tenu compte était pertinent, s'il y a des points pertinents qui n'ont pas été pris en considération et si l'expert aurait pu arriver à sa conclusion en raison de considérations qui ne se rapportent pas à son domaine d'expertise particulier. N'est pas pertinent cependant, quant à la validité de son opinion, le fait que l'expert n'ait pas pris en considération un point non pertinent. Le contre-interrogatoire projeté établirait au plus qu'il n'a pas pris en considération un point non pertinent et donc n'attaquerait pas la validité de son opinion.

Dans le cadre du nouveau procès, si le ministère public devait décider d'appeler le coaccusé à témoigner sur des faits qui tendraient à prouver que les conclusions de l'expert de la défense sont erronées, ces faits devraient être soumis à l'examen du jury et non pas à celui de l'expert de la défense, sauf peut-être dans le but très limité de vérifier avec l'expert le degré de certitude à donner à la science au sujet de laquelle il a témoigné.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The trial judge enjoys some measure of discretion in controlling cross-examination which, in the case of expert testimony, involves certain special considerations. Experts are mainly called to give their opinion, which may be based in whole or in part upon facts not otherwise admissible as evidence at trial. The underpinnings of an expert opinion are thus generally admissible as going to the expert's credibility. It does not follow, however, that when the expert discloses these underlying facts they are proven or must otherwise be taken as representing the truth. It is the duty of the trial judge to give directions to the jury on this point.

If the cross-examination were to be limited to the facts which will "become part of the case as admissible evidence", then it would become all but impossible to cross-examine an expert witness as to the basis of his opinion. Such an inflexible approach is not warranted. The greater latitude allowed to an expert in examination-in-chief involves a correlative latitude in cross-examination as to the basis of the expert's opinion.

The charge was adequate with respect to planning and deliberation. The trial judge did not err when he instructed the jury to rely on the evidence that the murder was intentional on the part of the co-accused in order to find planning and deliberation on the part of the appellant. Much of the evidence of planning and deliberation overlapped with the evidence of intent on the part of the co-accused. The trial judge was not under a duty to repeat all the specific elements of evidence already outlined in connection with his instructions relating to aiding and abetting. The charge left no room for any possibility that the jury could have found first degree murder on something less than planning and deliberation with respect to murder, i.e., planning and deliberation with respect to robbery. The trial judge's instructions with respect to the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation were sound. The trial judge properly instructed the jury that the accused's drunkenness fell short of incapacity to form the intent to kill and so negated planning and deliberation. He was not required to instruct them further that the accused may have acted impulsively because of alcohol consumption and there was little likelihood that a reasonable jury would have reached such a conclusion.

Appellant did not discharge the burden of proving that the verdict was not one that a properly instructed jury, acting judicially, could have rendered.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le juge de première instance a un certain pouvoir discrétionnaire dans la conduite d'un contre-interrogatoire et, dans le cas d'un témoignage d'expert, certaines considérations spéciales interviennent. Les experts sont principalement appelés à donner une opinion qui peut se fonder en totalité ou en partie sur des faits qui par ailleurs ne seraient pas recevables comme éléments de preuve au procès. Les circonstances sous-tendant l'opinion de l'expert sont donc généralement admissibles car elles concernent la crédibilité de l'expert. Cela ne veut pas dire toutefois que les faits sous-jacents sont nécessairement prouvés ou doivent autrement être considérés comme véridiques. Il est du devoir du juge du procès de donner des directives au jury sur ce point.

Si le contre-interrogatoire devait se limiter aux faits qui feront «partie des éléments admissibles et mis en preuve», il serait presque impossible de contre-interroger un témoin expert sur le fondement de son opinion. Une approche aussi inflexible n'est pas justifiée. À la plus grande latitude dont dispose un expert durant l'interrogatoire principal, doit correspondre une latitude équivalente en contre-interrogatoire en ce qui concerne le fondement de l'opinion de l'expert.

L'exposé au jury était correct en ce qui concerne la préméditation. Le juge du procès n'a pas fait erreur en donnant comme directive au jury de se fonder sur la preuve selon laquelle le meurtre était intentionnel de la part du coaccusé pour conclure à la préméditation de la part de l'appelant. Une large part de la preuve concernant la préméditation recoupait la preuve relative à l'intention de la part du coaccusé. Le juge du procès n'était pas tenu de répéter tous les éléments de preuve déjà exposés dans les directives concernant la complicité. L'exposé ne laissait à un jury raisonnable aucune possibilité de conclure à un meurtre au premier degré s'il y avait moins que préméditation relative au meurtre, c'est-à-dire préméditation relative au vol. Les directives du juge du procès quant à l'importance de la consommation de boissons alcooliques en liaison avec la préméditation étaient judicieuses. Le juge a donné de bonnes directives au jury en indiquant que l'état d'ivresse de l'accusé n'allait pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer et neutralisait ainsi la préméditation. Il n'était pas obligé de signaler que l'accusé avait pu agir de façon compulsive en raison de la consommation d'alcool et il était peu vraisemblable qu'un jury raisonnable eût abouti à une telle conclusion.

L'appelant ne s'est pas acquitté de la charge de prouver que le verdict n'était pas l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de façon judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

The trial judge reviewed in great detail the evidence given by the accused and the theory and evidence of the accused were adequately put to the jury.

Cases Cited

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (1976); *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Bleta v. The Queen, [1964] S.C.R. 561; *R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 544, dismissing an appeal from a conviction by Craig J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Chris Paliare and *Janet Mosher*, for the appellant.

Michael F. Brown, for the respondent.

The judgment of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The appellant Howard was indicted and convicted by a jury of the first degree murder of a taxi driver near London, Ontario. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed and is now in appeal in this Court pursuant to leave. He raises four grounds of appeal. As one of those grounds should in my view succeed and there need not be a determination of the others, I shall limit my narration of the facts in evidence and my summary of the proceedings below to what is necessary to that ground only.

Le juge du procès a examiné en détail la preuve présentée par l'accusé, et la thèse et la preuve de la défense ont été exposées correctement au jury.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts cités: *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (1976); *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

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

Bleta v. The Queen, [1964] R.C.S. 561; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 29 C.C.C. (3d) 544, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Craig et un jury. Le pourvoi est accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Chris Paliare et *Janet Mosher*, pour l'appelant.

Michael F. Brown, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant Howard a été accusé et reconnu coupable par un jury du meurtre au premier degré d'un chauffeur de taxi, près de London (Ontario). Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté et le présent pourvoi est interjeté sur autorisation. L'appelant fait valoir quatre moyens d'appel. Étant donné que, selon moi, il y a lieu d'admettre un de ces moyens et qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres, je m'en tiendrai, dans la relation des faits soumis en preuve et dans le résumé des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure, à ce qui est requis pour ce moyen seulement.

The Facts

On Saturday, October 20, 1979, an abandoned About Town station wagon taxi was found in a field southwest of London, Ontario, near the town of Lambeth. The bludgeoned body of the driver was found a day later about five miles away. Near the driver's body was the murder weapon, a short steel stake from a construction site. The driver's wallet was not found until April, 1980 at a third location about 2.4 miles from where the body was found. The wallet contained no money, although it was estimated that the driver would have collected about $95 in fares during the shift.

On Friday, October 19, the appellant and his co-accused Trudel were drinking in the Brunswick Hotel from 7:00 p.m. until 1:30 a.m. Saturday. While there they met a couple named Frank and Nancy Katool. Frank Katool was a contractor who offered the appellant employment as a labourer. He wrote out his name, address and phone number and told the appellant to call him "tomorrow or some time or other". Frank Katool stated in evidence that he did not invite the appellant back to his house nor did he expect the appellant to phone him that night. Nancy Katool gave the appellant directions to their home, which was in north London, but stated that she did not invite the appellant or Trudel to their home that night, and likewise did not expect them to attend. The Katools lived on Sharon Drive in north London, but there was also a Sharon Road southwest of London, near Lambeth.

The Katools went home to bed about 1:00 or 2:00 a.m. and at some point after that but before 5:00 a.m. received a phone call from the appellant asking if the job offer was serious. The appellant was told to call back in the morning.

During the evening of drinking at the Brunswick Hotel the appellant had asked another patron who was an acquaintance for a ride home, but had subsequently stated that he no longer needed a ride as he had something else to do. After the Hotel stopped serving alcohol, the appellant and

Les faits

Le samedi 20 octobre 1979, une voiture de taxi familiale de la compagnie About Town a été trouvée abandonnée dans un champ, au sud-ouest de London (Ontario), près de la ville de Lambeth. Le corps roué de coups du chauffeur a été retrouvé le lendemain environ cinq milles plus loin. Près du corps du chauffeur, il y avait l'arme du crime, un court piquet d'acier provenant d'un chantier de construction. Le portefeuille du chauffeur n'a été retrouvé qu'en avril 1980 dans un troisième endroit situé à environ 2,4 milles de celui où a été trouvé le corps. Le portefeuille ne contenait pas d'argent, bien qu'on ait estimé que le chauffeur avait perçu environ 95 $ pour les courses effectuées durant son quart de travail.

Le vendredi 19 octobre, l'appelant et son coaccusé Trudel ont bu à l'hôtel Brunswick de 19 h à 1 h 30, le samedi matin. Ils y ont rencontré un couple, Frank et Nancy Katool. Frank Katool était entrepreneur et a offert à l'appelant de l'engager comme manœuvre. Il a noté son nom, son adresse et son numéro de téléphone et a dit à l'appelant de lui téléphoner [TRADUCTION] «demain ou un jour ou l'autre». Frank Katool a déclaré en preuve qu'il n'avait pas invité l'appelant chez lui ni ne s'attendait à ce que l'appelant lui téléphone cette nuit-là. Nancy Katool a indiqué à l'appelant comment se rendre chez eux au nord de London, mais elle a déclaré qu'elle n'avait invité ni l'appelant ni Trudel ce soir-là ni ne s'attendait non plus à ce qu'ils viennent. Les Katool demeuraient avenue Sharon, dans le nord de London, mais il existait aussi un chemin Sharon au sud-ouest de London, près de Lambeth.

Les Katool rentrèrent chez eux se coucher vers 1 h ou 2 h et, pendant la nuit, avant 5 h, ils reçurent un appel téléphonique de l'appelant, qui leur demanda si l'offre d'emploi était sérieuse. On l'a invité à rappeler dans la matinée.

Au cours de la soirée passée à boire à l'hôtel Brunswick, l'appelant avait demandé à un autre client qu'il connaissait de le ramener chez lui, mais il avait déclaré par la suite que cela n'était plus nécessaire car il avait autre chose à faire. Après qu'on eut cessé de servir de la boisson à l'hôtel,

Trudel asked the bartender if "the cabdriver would come in" or "... whether they would have to wait outside".

At 2:16 a.m. the deceased cab driver radioed his dispatcher that he had found a fare. He was in the area of the Brunswick Hotel at the time. The deceased did not respond to further radio communication which the dispatcher found unusual. At 2:20 a.m. a witness observed an About Town station wagon taxi in front of the Brunswick Hotel with its fare light off, indicating that it had been hired. In front of the Hotel the City of London had been replacing the sidewalks, and this involved the use of short steel stakes such as the murder weapon. These stakes were left on the construction site during the night of October 19-20. It was established in cross-examination that identical stakes were also in use at various other construction sites across the city.

In the early morning hours of October 20, a resident of the area where the taxicab was later found awoke to see a taxi in his lane way with its lights out. There was a commotion heard, with doors opening and closing and the taxi eventually drove away, in a jerky fashion as if the driver were not used to the vehicle. The spot where the taxi was later found is about 20 to 24 miles from the Brunswick Hotel, and the taxi meter indicated that the cab had travelled about 22 miles during its last trip.

At 4:49 a.m. on October 20, the appellant and Trudel called for a U-Need-A-Cab from a phone booth near Lambeth, Ontario. They asked the driver about a "Shaun" Road, which he was unable to find, so he took them to the premises of a bootlegger at 141 Waterloo Street in London. A resident of 141 Waterloo Street who was an alcoholic and blind in one eye, saw two men arrive in a U-Need-A-Cab and sit in an enclosed veranda drinking beer and dividing a sum of money.

l'appelant et Trudel ont demandé au serveur si [TRADUCTION] «le chauffeur de taxi entrerait» ou « ... s'ils devraient l'attendre à l'extérieur».

À 2 h 16, le chauffeur de taxi, plus tard victime du crime, a informé par radio le répartiteur qu'il avait un client. Il se trouvait dans les environs de l'hôtel Brunswick à ce moment-là. Il n'a pas répondu à d'autres contacts radio, ce que le répartiteur a trouvé inhabituel. À 2 h 20, un témoin a vu une voiture de taxi familiale de la compagnie About Town devant l'hôtel Brunswick, dôme éteint, ce qui indiquait qu'elle était déjà réservée. La ville de London faisait refaire les trottoirs devant l'hôtel Brunswick, et cela exigeait l'utilisation de courts piquets d'acier du genre de l'arme du crime. Ces piquets avaient été laissés sur le chantier de construction durant la nuit du 19 au 20 octobre. Il fut établi en contre-interrogatoire que des piquets similaires étaient également utilisés sur d'autres chantiers de construction partout dans la ville.

Très tôt le matin du 20 octobre, un résident de la région, où l'on a retrouvé le taxi, s'est réveillé et a vu un taxi arrêté, phares éteints, dans son allée. Il entendit du tapage, des portes s'ouvrir et se fermer, puis le taxi démarrer par saccades comme si le conducteur n'était pas habitué au véhicule. L'endroit où le taxi a été retrouvé est situé à environ 20 à 24 milles de l'hôtel Brunswick, et le compteur indiquait que la voiture avait parcouru environ 22 milles durant le dernier voyage.

À 4 h 49 le 20 octobre, l'appelant et Trudel ont demandé un taxi de la compagnie U-Need-A-Cab, d'une cabine téléphonique située près de Lambeth (Ontario). Ils ont demandé au chauffeur de les conduire au chemin «Shaun», qu'il n'a pas pu trouver; il les a alors conduits à un débit de boissons clandestin au 141 de la rue Waterloo, à London. Un résident du 141 de la rue Waterloo, qui était alcoolique et borgne, a vu deux hommes arriver dans un taxi de la compagnie U-Need-A-Cab et s'asseoir dans une véranda close pour y boire de la bière et se partager une somme d'argent.

The appellant, a London native, gave a number of statements to the police and also testified at trial. His testimony was consistent with the prior statements. He stated that Nancy Katool included in her directions to her home reference to a restaurant in north London called the Knotty Pine, and a place called Ritchie's. There is a Ritchie's in north London and south London, although not in the town of Lambeth. He testified that he left the Brunswick Hotel after it closed, and that although he was "feeling good" he was under control. He stated that he and Trudel hitchhiked out to Lambeth, and wandered about for some two hours looking for a "Sharon" or "Shaun" Avenue in an attempt to find the Katool residence, because when they were at the Brunswick Hotel Nancy Katool had invited them to drop in for breakfast. They could not find the street despite Lambeth's being at the time a small place with 12 or 13 streets in total and despite having the Katools' name, address and phone number with them. After unsuccessfully attempting to hitchhike, they called the U-Need-A-Cab.

L'appelant, qui est originaire de London, a fait un certain nombre de déclarations aux policiers et a également témoigné au procès. Son témoignage concordait avec ses déclarations antérieures. Il a mentionné que, dans les indications pour se rendre chez elle, Nancy Katool avait parlé d'un restaurant du nord de London appelé le Knotty Pine ainsi que d'un établissement appelé Ritchie's. Il y a un Ritchie's au nord de London et un autre au sud mais il n'y en a pas dans la ville de Lambeth. Il a témoigné qu'il a quitté l'hôtel Brunswick après la fermeture et que, même s'il était «un peu gai», il savait ce qu'il faisait. Il a déclaré qu'il a fait de l'auto-stop avec Trudel en direction de Lambeth et qu'ils se sont promenés pendant environ deux heures à la recherche d'une avenue «Sharon» ou «Shaun» dans le but de trouver la maison des Katool, parce qu'à l'hôtel Brunswick, Nancy Katool les avaient invités à passer pour le petit déjeuner. Bien que Lambeth fût à l'époque une petite localité de 12 ou 13 rues en tout et qu'ils eussent sur eux le nom, l'adresse et le numéro de téléphone des Katool, ils n'ont pas trouvé la rue en question. Après avoir essayé en vain de faire de l'auto-stop, ils ont téléphoné à la compagnie U-Need-A-Cab.

Judgments

The Trial Court

This is Howard's second trial. At his first trial, Trudel was his co-accused. At the first trial, both the Crown and defence had called experts on footprints to seek to establish or disprove respectively that the footprints found by the body of the victim were made by the co-accused Trudel. At the second trial, before Craig J., the Crown experts again testified in similar terms. Before the defence expert was to testify, the Crown sought permission to ask him whether or not the fact that the co-accused Trudel, whose alleged footprints were in issue, had subsequently pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime, would change his opinion as given at the first trial. Precisely, the intended question was described by the Crown as follows:

Les jugements

Le tribunal de première instance

Il s'agit du deuxième procès de Howard. À son premier procès, auquel Trudel était son coaccusé, tant le ministère public que la défense avaient cité des experts en empreintes de pieds afin d'établir ou de réfuter, selon le cas, que les empreintes de pieds relevées près du corps de la victime avaient été laissées par le coaccusé Trudel. Au deuxième procès, tenu devant le juge Craig, les experts du ministère public ont témoigné de nouveau de la même façon. Avant que l'expert de la défense témoigne, le ministère public a sollicité la permission de lui demander si le fait que le coaccusé Trudel, l'auteur allégué des empreintes en cause, avait par la suite plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits selon lequel il était sur les lieux du crime, modifierait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès. Plus précisément, le ministère public avait formulé ainsi la question projetée:

... I would put to him that Mr. Trudel has, since the last time he gave his opinion, pleaded guilty in a judicial proceeding to murdering Gregory McCart and was present with counsel when facts were produced or adduced before the court indicating those footprints were his. And I would ask him whether the fact that since he last testified that person has admitted to the killing and has admitted, through counsel, at least, to those footprints being his. Whether that changes his opinion.

The trial judge ruled on this request as follows:

In my opinion, it may be that the putting of the questions would be very prejudicial; but the evidence of the expert, Dr. Watt, is not put forward by the Crown but rather by the defence. When an expert witness enters the witness box, it is quite clear that he can state either in examination-in-chief or in cross-examination the basis for his opinion.

. . .

If called as a witness, Dr. Watt may say that this additional information put to him in cross-examination does not change his opinion; but in deciding what weight to attach to an opinion the jury is entitled to consider the basis for the opinion, and whether the expert has rejected relevant considerations before expressing the opinion. The Crown is in a position to prove the accuracy of the suggestions to be made by Dr. Watt if he is called. In my opinion, the Crown cannot be prevented from conducting cross-examination to show, or attempt to show, that the opinion of an expert is unsound, or that the witness has failed to consider relevant matters. [Emphasis added.]

As a result of this ruling by the trial judge, the defence chose not to call its footprint expert, Dr. Watt.

The Court of Appeal

After having addressed other grounds of appeal, the Court next addressed the argument of the appellant that the trial judge erred in permitting the Crown to put the co-accused's apparent admission to the defence footprint expert: see (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. The Court acknowledged that the Crown could not put Trudel's guilty plea into evidence as part of its case. Nor, as a general rule,

[TRADUCTION] ... je lui dirais que, depuis la dernière fois qu'il a donné son avis, M. Trudel a plaidé coupable, dans le cadre d'une poursuite judiciaire, à l'accusation d'avoir tué Gregory McCart et qu'il était présent avec son avocat lorsqu'ont été présentés à la cour les faits indiquant que ces empreintes de pieds étaient les siennes. Et je lui demanderais si le fait que, depuis qu'il a témoigné la dernière fois, cette personne a reconnu avoir commis le meurtre et a reconnu, par son avocat du moins, que ces empreintes de pieds étaient les siennes, si cela modifie son opinion.

Le juge de première instance s'est prononcé sur cette requête de la façon suivante:

[TRADUCTION] À mon avis, il se pourrait qu'il soit très préjudiciable de poser ces questions; cependant le témoignage de l'expert, M. Watt, n'est pas présenté par le ministère public mais bien par la défense. Lorsqu'un témoin expert se présente à la barre des témoins, il est tout à fait évident qu'il peut exposer à l'interrogatoire principal ou au contre-interrogatoire le fondement de son opinion.

. . .

S'il est appelé à témoigner, M. Watt peut dire que les renseignements supplémentaires qui lui sont présentés lors du contre-interrogatoire ne modifient pas son opinion; mais pour déterminer quel poids il faut attacher à une opinion, le jury a le droit de prendre en considération le fondement de l'opinion et le fait que l'expert a rejeté ou non des considérations pertinentes avant de formuler son opinion. Le ministère public est en mesure de prouver la justesse des hypothèses qui seront soumises à M. Watt s'il est appelé à témoigner. À mon avis, on ne peut pas empêcher le ministère public de mener le contre-interrogatoire de façon à prouver, ou à essayer de prouver, que l'opinion d'un expert est discutable ou que le témoin n'a pas pris en considération des questions pertinentes. [Je souligne.]

À la suite de cette décision du juge de première instance, la défense a choisi de ne pas faire témoigner son expert M. Watt.

La Cour d'appel

Après avoir traité d'autres moyens d'appel, la Cour a étudié l'allégation de l'appelant selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur en permettant au ministère public d'informer l'expert de la défense de l'aveu apparent du coaccusé: voir (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. La Cour a reconnu que le ministère public ne pouvait pas présenter le plaidoyer de culpabilité de Trudel

could the Crown be permitted to do indirectly what it cannot do directly. However, in deciding that Trudel's apparent admission to being present at the scene of the crime could be put to the defence footprint expert, the Court reasoned in this way at pp. 558-59:

> Many factors will be taken into account by an expert in reaching his conclusions. It is appropriate and proper to cross-examine an expert as to those factors which he has considered and those which he has not. It would be difficult to imagine questions more pertinent than those which sought to ascertain whether the expert had taken into account the apparent admissions of Trudel that he was in the field with the victim and that the footprints near the body were his. These are questions that would go to determining whether the expert had considered all relevant aspects of the situation. More importantly, they would be pertinent to a consideration of the credibility of his evidence. If Dr. Watt had continued in the face of Trudel's guilty plea, as he had proposed, to declare that the footprint in the field could not have been Trudel's, his testimony might well have been considered suspect by the jury.
>
> There is a little of Alice in Wonderland in the position of the appellant. He has put forward an expert to substantiate his defence that he was not at the scene of the murder, yet he objects to the cross-examination of that expert as to whether or not he had taken into account what to most laymen would appear to be a vitally important factor. [Emphasis added.]

dans le cadre de sa preuve. Il ne peut pas non plus, en règle générale, être autorisé à faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement. Toutefois la Cour, adoptant le raisonnement suivant, a décidé que l'expert de la défense pouvait être informé de l'aveu apparent de Trudel qu'il se trouvait sur les lieux du crime, aux pp. 558 et 559:

> [TRADUCTION] Un expert prendra plusieurs facteurs en considération pour aboutir à ses conclusions. Il est normal de contre-interroger un expert sur les facteurs qu'il a pris en compte et sur ceux qu'il a écartés. Il serait difficile d'imaginer des questions plus pertinentes que celles visant à établir si l'expert avait tenu compte des aveux apparents de Trudel selon lesquels il se trouvait dans le champ avec la victime et selon lesquels les empreintes de pieds relevées près du corps étaient les siennes. Ce sont des questions qui permettent de déterminer si l'expert a tenu compte de tous les aspects pertinents de la situation. Plus important, elles sont pertinentes dans le cadre de l'examen de la crédibilité de son témoignage. Si, tout en étant au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel, M. Watt avait continué, comme il l'avait proposé, de déclarer que les empreintes de pieds relevées dans le champ ne pouvaient être celles de Trudel, son témoignage aurait bien pu être considéré comme suspect par le jury.
>
> Il y a un peu d'«Alice au Pays des merveilles» dans la position adoptée par l'appelant. Il a cité un expert pour fournir des preuves à l'appui de sa défense selon laquelle il n'était pas sur les lieux du crime, mais il s'oppose à ce qu'on contre-interroge cet expert quant à savoir s'il avait pris en considération ce qui, pour la plupart des profanes, semblerait constituer un facteur d'une importance capitale. [Je souligne.]

The Issue

The issue in this Court is:

> Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that Crown counsel was entitled to adduce through the defence expert, evidence relating to the plea of the co-accused?

In support of this ground, the appellant advances the following proposition:

> 1. Since a guilty plea does not amount in law to an admission of the facts read in at such a plea, there were no facts concerning the footprints at

La question en litige

La question en litige devant cette Cour est la suivante:

> La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance de permettre au ministère public de présenter, par l'intermédiaire de l'expert de la défense, des éléments de preuve se rapportant au plaidoyer du coaccusé?

Sur ce point, l'appelant avance la proposition suivante:

> 1. Étant donné qu'un plaidoyer de culpabilité n'équivaut pas en droit à un aveu des faits afférents à ce plaidoyer, il n'y avait pas de faits

the scene of the crime being Trudel's for the Crown to put to the defence footprint expert.

2. Even if Trudel's position at his guilty plea constitutes an admission of the fact that the footprints at the scene of the crime were his, such an admission is inadmissible in evidence. Only Trudel could give the necessary first hand evidence that he made the footprints in issue, and he was not called by the Crown.

3. In any event, the fact of Trudel's admission is irrelevant to the opinion of an expert, as the proper parameters for the basis of such opinions are governed by the prevailing professional standards of the particular expertise.

4. In the alternative, if the admission is relevant, it is inadmissible. The real object of the proposed line of questioning was not to assess the reliability of the expert opinion, but rather to establish the truth of the matters put to the expert. Since the predominant effect of the proposed questions would be to introduce inadmissible hearsay which could be potentially misused by a jury, the questions should be disallowed. Further, the prejudicial effect of the evidence so introduced would far outweigh its probative value because the Crown could not prove the guilty plea from whence it came.

5. A limiting instruction would be insufficient in this case as the jury would be incapable of accepting the evidence as applicable solely to the basis for the expert's opinion and not applicable to its own truth.

The Crown argues that the intended question was relevant because the trier of fact is entitled to know the basis of an opinion advanced by an expert in order to assess its probative value.

The Crown relies on, amongst others, *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, in which Lawton L.J. speaking for the English Court of Appeal, stated at p. 840 that the party calling an expert was

que le ministère public pouvait signaler à l'expert de la défense indiquant que les empreintes relevées sur le lieu du crime étaient celles de Trudel.

2. Même si la position adoptée par Trudel à l'occasion de son plaidoyer de culpabilité constitue un aveu du fait que les empreintes relevées sur les lieux du crime étaient les siennes, un tel aveu ne peut pas être admis en preuve. Seul Trudel pouvait présenter la preuve originale nécessaire que ces empreintes étaient les siennes, et le ministère public ne l'a pas appelé à témoigner.

3. De toute façon, les aveux de M. Trudel sont sans rapport avec l'opinion d'un expert, car les paramètres qui fondent les opinions de ce genre sont régis par les normes professionnelles courantes dans la spécialité en cause.

4. Subsidiairement, si l'aveu est pertinent, il n'est pas admissible. Les questions projetées n'avaient pas vraiment pour but d'évaluer la fiabilité de l'opinion de l'expert, mais plutôt d'établir l'exactitude des points mentionnés à l'expert. Vu que les questions projetées auraient principalement pour effet d'introduire de la preuve par ouï-dire non admissible qui pourrait être mal employée par un jury, elles devraient être rejetées. En outre, l'effet préjudiciable de la preuve ainsi présentée dépasserait de beaucoup sa valeur probante parce que le ministère public ne pourrait pas prouver le plaidoyer de culpabilité, étant donné sa position.

5. Une directive restrictive ne suffirait pas en l'espèce car le jury serait incapable d'accepter la preuve comme s'appliquant seulement au fondement de l'opinion de l'expert et ne s'appliquant pas à sa propre véracité.

Le ministère public soutient que la question projetée était pertinente parce que le juge des faits a le droit de connaître le fondement d'une opinion avancée par un expert afin d'en évaluer la valeur probante.

Le ministère public invoque, entre autres, l'arrêt *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, dans lequel le lord juge Lawton, au nom de la Cour d'appel d'Angleterre, a déclaré, à la p. 840, que la partie qui cite

obliged to put the basic facts for that opinion before the trier of fact.

Before a court can assess the value of an opinion it must know the facts upon which it is based. If the expert has been misinformed about the facts or has taken irrelevant facts into consideration or has omitted to consider relevant ones, the opinion is likely to be valueless. [Emphasis added.]

Respondent argues that:

If Dr. Watt were to be called to express his opinion, Crown counsel was entitled to fully explore the method by which the opinion was formed, and to review matters not considered by the witness. The proposition also finds support in decisions of several American State Courts. See, e.g. *State v. Smallwood*, Or.App., 548 P. 2d 1346, at 1350, (1976); *State v. Hull*, Or.App., 578 P. 2d 434, at 437-438 (1978); *State v. Turner*, N.Mex., 468 P. 2d 421 at 427 (1970); *People v. Alward*, Colo. App., 654 P. 2d 327 at 331 (1982). *Gardner v. State*, Ind., 419 N.E. 2d 749, at 753 (1981).

In *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (Or. 1976), Fort. J. in a somewhat different context, stated:

The jury is as entitled to know what relevant information was not available to or considered by an expert in arriving at his opinion as it is to know what the expert did consider. It is relevant in determining his competency as an expert and also the weight to be accorded his opinion. . . . The trial of an issue of fact is not a game; it is a search for the truth. [Emphasis added.]

Analysis

The fact that Trudel had pleaded guilty and had acknowledged that the footprint was his was not at the time the question was intended to be put to the expert, and was not going to become, a fact adduced in evidence; nor was it a fact that could fairly be inferred from the facts in evidence. It is not open to the examiner or cross-examiner to put as a fact, or even a hypothetical fact, that which is not and will not become part of the case as admissible evidence. On this ground alone, the question should have been denied.

un expert comme témoin est tenue de soumettre au juge des faits les faits essentiels à cette opinion.

[TRADUCTION] Avant qu'un tribunal puisse apprécier la valeur d'une opinion, il doit connaître les faits sur lesquels elle se fonde. Si l'expert a été mal informé au sujet des faits ou a pris en considération des faits non pertinents, ou a omis de prendre en considération des faits pertinents, l'opinion risque d'être sans valeur. [Je souligne.]

L'intimée allègue que:

[TRADUCTION] Si M. Watt était appelé à témoigner pour exprimer son opinion, l'avocat du ministère public avait le droit d'examiner à fond la méthode suivant laquelle l'opinion avait été formée et d'étudier tous les points qui n'avaient pas été pris en considération par le témoin. Des décisions des tribunaux de plusieurs États américains viennent également appuyer cette proposition. Voir par ex. *State v. Smallwood*, Or.App., 548 P. 2d 1346, à la p. 1350, (1976); *State v. Hull*, Or.App., 578 P. 2d 434, aux pp. 437 et 438 (1978); *State v. Turner*, N.Mex., 468 P. 2d 421, à la p. 427 (1970); *People v. Alward*, Colo. App., 654 P. 2d 327 à la p. 331 (1982). *Gardner v. State*, Ind., 419 N.E. 2d 749, à la p. 753 (1981).

Dans l'arrêt *State v. Smallwood*, 548 P.2d 1346 (Or. 1976), le juge Fort a déclaré, dans un contexte légèrement différent:

[TRADUCTION] Le jury a autant le droit de savoir de quels renseignements pertinents l'expert ne disposait pas ou n'a pas tenu compte pour arriver à son opinion, qu'il a celui de savoir ce dont l'expert a tenu compte. Cela est pertinent afin de déterminer sa compétence à titre d'expert et également le poids qu'il faut accorder à son opinion . . . L'instruction d'une question de fait n'est pas un jeu; c'est une recherche de la vérité. [Je souligne.]

L'analyse

Le fait que Trudel avait plaidé coupable et avait reconnu que les empreintes de pieds étaient les siennes n'était pas un fait présenté en preuve à l'époque où l'on voulait poser la question à l'expert et n'allait pas le devenir par la suite. Ce n'était pas non plus un fait qu'on pouvait vraiment déduire des faits soumis en preuve. Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ni même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. La question aurait dû être refusée pour ce motif seul.

The only ground upon which I can see the question's being properly put would be to determine whether the expert took into account facts irrelevant to his expertise.

Experts assist the trier of fact in reaching a conclusion by applying a particular scientific skill not shared by the judge or the jury to a set of facts and then by expressing an opinion as to what conclusions may be drawn as a result. Therefore, an expert cannot take into account facts that are not subject to his professional expert assessment, as they are irrelevant to his expert assessment; *a fortiori*, as injecting bias into the application of his expertise, he should not be told of and asked to take into account such a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to scientifically determine. If the Crown experts had been told by the police when they were retained that Trudel had in fact confessed and that he acknowledged facts that established that it was his footprint, we would be left in doubt as to whether their conclusion is a genuine scientific conclusion. This is so because their expertise does not extend to Trudel's credibility, and what he admits to is totally irrelevant to what they were asked to do to help the Court, that is apply their scientific knowledge to the relevant "scientific facts", i.e., the moulds, etc.

I have underlined in Lawton L.J.'s judgment in *R. v. Turner*, *supra*, and Fort J.'s judgment in *State v. Smallwood*, *supra*, the word relevant. Indeed I agree with those judgments as they support the proposition that a cross-examination may be conducted to determine whether what the expert considered was relevant, whether there are matters relevant that were not considered and, of course, whether the expert might have arrived at his conclusion as a result of considerations irrelevant to his particular expertise. An expert may obviously be cross-examined to that effect, that is whether relevant facts were ignored or disregarded, and whether irrelevant facts were taken into account, but only irrelevant facts supportive of the

La seule raison pour laquelle je pourrais considérer la question comme étant appropriée serait de déterminer si l'expert a tenu compte de faits n'ayant aucun rapport avec son domaine d'expertise.

Les experts aident le juge des faits à arriver à une conclusion en appliquant à un ensemble de faits des connaissances scientifiques particulières, que ne possèdent ni le juge ni le jury, et en exprimant alors une opinion sur les conclusions que l'on peut en tirer. Par conséquent, un expert ne peut pas tenir compte de faits qui ne sont pas soumis à son examen à titre d'expert professionnel, car ils n'ont pas de rapport avec son examen d'expert; à fortiori, on ne devrait pas lui communiquer ni lui demander de prendre en considération un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'établir scientifiquement car cela fausserait l'expertise elle-même. Si les policiers avaient dit aux experts de la poursuite, lorsqu'on avait retenu leurs services, que Trudel avait avoué et qu'il reconnaissait les faits qui établissaient qu'il s'agissait de ses empreintes de pieds, il nous faudrait nous demander si leur conclusion est vraiment scientifique. Il en est ainsi parce que leur domaine d'expertise ne s'étend pas à la crédibilité de Trudel et que ce qu'il a admis n'a absolument rien à voir avec ce qu'on leur a demandé de faire pour aider la Cour, c'est-à-dire d'appliquer leurs connaissances scientifiques aux «faits scientifiques» pertinents, à savoir les moules, etc.

J'ai souligné le mot pertinent dans les jugements du lord juge Lawton dans *R. v. Turner*, précité, et du juge Fort dans *State v. Smallwood*, précité. En effet, je suis d'accord avec ces jugements, car ils appuient la proposition selon laquelle on peut procéder à un contre-interrogatoire dans le but de déterminer si ce dont l'expert a tenu compte était pertinent, s'il y a des points pertinents qui n'ont pas été pris en considération et, naturellement, si l'expert aurait pu arriver à sa conclusion par suite de considérations qui ne se rapportent pas à son domaine d'expertise particulier. Un expert peut évidemment être contre-interrogé pour savoir si des faits pertinents ont été écartés ou négligés et si des faits non pertinents ont été pris en considéra-

conclusion arrived at. As put by the appellant in his factum:

> Evidence establishing that an expert had failed to form his opinion on a proper scientific basis and had considered irrelevant matters is relevant to the validity of that opinion. However, it is not relevant to the validity of that opinion that the expert had not considered an irrelevant matter. The proposed cross-examination of Dr. Watt would establish no more than that he had not considered an irrelevant matter and therefore would not impugn the validity of his opinion.

I agree and find the question and answer thereto inadmissible. This is sufficient to dispose of the matter. However, as this case is to be retried, I should add a comment. At the next trial Trudel may be called, if the Crown so chooses, to testify to these facts that would tend to prove that Dr. Watt was wrong in his conclusion. They are facts for the jury's consideration, not for Dr. Watt, except maybe for the very limited purpose of testing with the expert the degree of certainty to be given to his science of which he will have testified.

Disposition

The appellant is asking us to acquit or, if ordering a new trial, that the charge be reduced to second degree murder.

I have read evidence and have come to the conclusion that a verdict of first degree murder "is one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered" (*per* McIntyre J. for the Court in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185).

I would therefore allow the appeal and order a new trial on the charge of first degree murder.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—In the early morning hours of October 20, 1979, nearly ten years ago, Gregory McCart was driving a taxicab

tion, mais uniquement s'il s'agit de faits non pertinents qui appuient la conclusion tirée. Comme le dit l'appelant dans son mémoire:

> [TRADUCTION] La preuve établissant qu'un expert n'a pas fondé son opinion sur des bases scientifiques solides et a pris en considération des points non pertinents, est considérée pertinente quant à la validité de cette opinion. Toutefois, ne serait pas pertinent le fait que l'expert n'a pas pris en considération un point non pertinent. Le contre-interrogatoire projeté de M. Watt établirait au plus qu'il n'a pas pris en considération un point non pertinent et donc n'attaquerait pas la validité de son opinion.

Je suis d'accord et je conclus que la question et la réponse ne sont pas admissibles. Cela suffit pour trancher l'affaire. Cependant, comme il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce, j'ajouterais une observation. Dans le cadre du nouveau procès, le ministère public peut, s'il le souhaite, appeler Trudel à témoigner sur les faits qui tendraient à prouver que M. Watt s'est trompé dans sa conclusion. Ce sont des faits qui devraient être soumis à l'examen du jury et non pas à celui de M. Watt, sauf peut-être dans le but très limité de vérifier avec l'expert le degré de certitude à donner à la science au sujet de laquelle il a témoigné.

Dispositif

L'appelant nous demande de l'acquitter ou, si nous ordonnons un nouveau procès, de réduire l'accusation à celle de meurtre au deuxième degré.

J'ai pris connaissance de la preuve et je suis arrivé à la conclusion qu'un verdict de meurtre au premier degré «est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (le juge McIntyre au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 185).

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur une accusation de meurtre au premier degré.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Il y a près de dix ans, le 20 octobre 1979, aux petites heures du matin, Gregory McCart conduisait un

in the area of the Brunswick Hotel in the City of London. Shortly after 2:00 a.m., he informed his dispatcher that he had found a fare. This was his last communication with the dispatcher. Later that morning, McCart's lifeless body was found in a corn field ten miles southwest of the city. McCart had been brutally beaten to death with a steel stake. The circumstances of the killing are set out in full in the judgment of the Court of Appeal below and need not be repeated here.

The appellant was charged together with Michael Trudel in connection with the killing on the following indictment:

MICHAEL ALEXANDER TRUDEL AND MURRAY JOHN HOWARD STAND CHARGED THAT on or about the 20th day of October, 1979 at the Township of Delaware, in the County of Middlesex, they did kill Gregory Michael McCart and thereby commit first degree murder, contrary to Section 218(1) of the Criminal Code of Canada.

Trudel and the appellant were tried jointly and on November 15, 1980, a jury returned a verdict of guilty as charged against each of the co-accused. This conviction was appealed and in January of 1983, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. Prior to the commencement of the appellant's second trial, Trudel entered a plea of guilty to second degree murder. This plea was accepted by the Crown. Counsel for the Crown then read the facts of the case and, while counsel gave no explicit account of Trudel's presence at the scene of the crime, he did say that Trudel's shoes "were identified as having made the footprints near the body in the field". Counsel for Trudel made no objection to the Crown's statement of the facts nor did he object to the Crown's recommended sentence. Trudel was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for a period of twelve years.

The appellant for his part entered a plea of not guilty. His sole defence was in the nature of an alibi, namely, that at all relevant times he was with Trudel and that neither Trudel nor he were at

taxi dans les environs de l'hôtel Brunswick à London. Peu après 2 h, il informa son répartiteur qu'il avait trouvé un client: ce fut son dernier contact radio. Plus tard dans la matinée, le corps de McCart fut retrouvé dans un champ de maïs à dix milles au sud-ouest de la ville. Il avait été battu à mort avec un piquet d'acier. Les circonstances du meurtre sont décrites dans le jugement de la Cour d'appel, et il n'y a pas lieu d'y revenir.

L'appelant a été accusé de ce meurtre avec Michael Trudel, aux termes de l'acte d'accusation suivant:

[TRADUCTION] MICHAEL ALEXANDER TRUDEL ET MURRAY JOHN HOWARD SONT ACCUSÉS d'avoir tué Gregory Michael McCart le 20 octobre 1979 ou vers cette date, dans le canton de Delaware, comté de Middlesex, et d'avoir ainsi commis un meurtre au premier degré, en contravention du paragraphe 218(1) du Code criminel du Canada.

Trudel et l'appelant ont subi un procès conjoint et, le 15 novembre 1980, un jury les a tous deux déclarés coupables de l'accusation telle que portée. Appel a été interjeté de cette déclaration de culpabilité et, en janvier 1983, la Cour d'appel, jugeant que le juge du procès avait commis certaines erreurs, a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Avant le début du deuxième procès de l'appelant, Trudel a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Le ministère public a accepté ce plaidoyer. L'avocat du ministère public a alors fait lecture des faits de l'affaire et, sans mentionner explicitement la présence de Trudel sur les lieux du crime, il a effectivement dit que les chaussures de Trudel [TRADUCTION] «avaient été identifiées comme étant celles qui ont laissé les empreintes de pieds relevées près du corps, dans le champ». L'avocat de Trudel n'a soulevé aucune objection à ce récit des faits ni ne s'est opposé à la sentence recommandée par le ministère public. Trudel a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, avec un délai de douze ans préalable à la libération conditionnelle.

L'appelant a, pour sa part, plaidé non-coupable. Sa seule défense était de la nature d'un alibi selon lequel, aux heures pertinentes, il était avec Trudel et ni Trudel ni lui-même ne se trouvaient sur les

the scene of the murder. Giving testimony at his second trial, the appellant acknowledged being at the Brunswick Hotel with Trudel until closing time, though he denied getting a cab there. The appellant testified that he and Trudel walked and eventually hitched a ride to Lambeth in the middle of the night. There, they wandered around for some two hours before calling a cab which picked them up at approximately 5:00 a.m. Together with Trudel, the appellant said he then proceeded to a bootlegger's home in London where both of them drank beer with another person until 7:00 a.m. During cross-examination, the appellant stated that he did not know what had happened to McCart.

lieux du meurtre. Dans son témoignage au deuxième procès, l'appelant a reconnu s'être trouvé à l'hôtel Brunswick avec Trudel jusqu'à l'heure de la fermeture, mais il a nié y avoir pris un taxi. L'appelant a témoigné que Trudel et lui-même ont marché et se sont rendus finalement jusqu'à Lambeth en auto-stop, au milieu de la nuit. Là, ils ont erré pendant environ deux heures avant d'appeler un taxi qui les a pris en charge vers 5 h. L'appelant a déclaré s'être ensuite rendu avec Trudel chez un contrebandier à London, où ils ont bu de la bière avec une autre personne jusqu'à 7 h. Au cours du contre-interrogatoire, l'appelant a témoigné qu'il ignorait ce qui était arrivé à McCart.

In support of his defence, the appellant called two experts on footprints, Dr. Morton and Dr. Watt. Dr. Morton was called to give evidence only at the appellant's second trial. He testified that on the basis of the data in the record, he could not come to any conclusion as regards the footprints found near McCart's body. For his part, when testifying at the appellant's first trial, Dr. Watt had said that the same data did not establish any link between the footprints and Trudel's shoes. Before Dr. Watt took the stand at the appellant's second trial, the Crown sought a ruling on a question it proposed to address to him in cross-examination. The question was whether Dr. Watt would change his opinion in light of the information that, since he initially testified in the accused's first trial, Trudel pleaded guilty to murdering McCart and thereby apparently admitted that the footprints were his. The Crown did not seek to confront Dr. Morton's evidence with the same cross-examination.

À l'appui de sa défense, l'appelant a appelé deux experts en empreintes de pieds, M. Morton et M. Watt. M. Morton n'a été appelé comme témoin qu'au deuxième procès de l'appelant. Il a témoigné que, d'après les données du dossier, il ne pouvait tirer aucune conclusion relativement aux empreintes de pieds relevées près du corps de McCart. Pour sa part, M. Watt a déclaré dans son témoignage au premier procès de l'appelant que les mêmes données n'établissaient aucun lien entre les empreintes de pieds et les chaussures de Trudel. Avant que M. Watt ne témoigne au deuxième procès de l'appelant, le ministère public a cherché à obtenir un jugement sur une question qu'il se proposait de poser en contre-interrogatoire. Il s'agissait de savoir si M. Watt changerait d'opinion s'il était informé que, depuis son témoignage au premier procès de l'accusé, Trudel avait plaidé coupable à l'accusation du meurtre de McCart et, de ce fait, avait apparemment reconnu que les empreintes de pieds en question étaient les siennes. Le ministère public n'a pas tenté de poser la même question à M. Morton en contre-interrogatoire.

The trial judge ruled that he would allow the proposed question. The appellant then elected not to call Dr. Watt. On November 30, 1983, a jury returned a verdict of guilty of first degree murder against the appellant. On an appeal against this conviction, a unanimous Court of Appeal (Cory J.A., as he then was, Zuber and Grange JJ.A.) dismissed the appeal: see (1986), 29 C.C.C. (3d)

Le juge du procès a décidé qu'il autoriserait la question proposée. L'appelant a alors choisi de ne pas appeler M. Watt à témoigner. Le 30 novembre 1983, un jury déclarait l'appelant coupable de meurtre au premier degré. L'appel interjeté contre cette déclaration de culpabilité fut rejeté à l'unanimité par la Cour d'appel (le juge Cory, maintenant juge de notre Cour, les juges Zuber et Grange):

544. The appellant came before this Court by leave.

Issues

The issues which are before this Court are:

1. Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that Crown counsel was entitled to refer to the guilty plea entered by Trudel in the cross-examination of Dr. Watt?

2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the charge of the trial judge with respect to planning and deliberation was adequate?

3. Was the verdict of first degree unreasonable and unsafe in light of all the circumstances?

4. Did the trial judge err in failing to adequately put forward the theory of the defence and the evidence relevant thereto?

As I do not agree with my colleague Lamer J.'s reasons regarding the first issue, it is necessary to consider all four issues.

Proposed Cross-Examination of Appellant's Expert

In the *voir dire* held on the admissibility of the proposed cross-examination, the appellant's counsel informed the Court that, since giving evidence in the first trial, Dr. Watt had in fact been made aware of Trudel's plea of guilty prior to the commencement of the second. Counsel further stated that Trudel's plea was "an important factor" upon which Dr. Watt's opinion would have been based:

HIS LORDSHIP: It [the question] may be prejudicial, but here you have two experts—I don't know what they are going to say, but they are basing their opinion on certain criteria. Now, if they know—well, let me put it this way. Certainly it's relevant to their opinion whether they did know whether Trudel did plead guilty. Isn't that an important factor, or one important factor upon which they based their opinion?

MR. KLUWAK: Yes, my Lord. And my friend has already asked them, informally, that question and he's been told that they were informed fully of the facts that have taken place in this case to this point. . . .

voir (1986), 29 C.C.C. (3d) 544. L'appelant se pourvoit devant notre Cour, sur autorisation.

Les questions en litige

Les questions suivantes font l'objet du pourvoi:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès selon laquelle le ministère public avait le droit de mentionner dans le contre-interrogatoire de M. Watt le plaidoyer de culpabilité inscrit par Trudel?

2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que l'exposé fait au jury par le juge du procès relativement à la préméditation était adéquat?

3. Le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré était-il excessif et dangereux compte tenu de toutes les circonstances?

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne présentant pas adéquatement la thèse de la défense et les éléments de preuve pertinents?

Comme je ne suis pas d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Lamer sur la première question en litige, il y a lieu de discuter de tous les points d'appel.

Le contre-interrogatoire projeté de l'expert de l'appelant

Durant le voir-dire sur l'admissibilité du contre-interrogatoire projeté, le procureur de l'appelant a informé la cour que, depuis son témoignage au premier procès, M. Watt avait en fait, avant le début du deuxième procès, été mis au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel. L'avocat a ajouté que le plaidoyer de Trudel était [TRADUCTION] «un facteur important» sur lequel M. Watt aurait fondé son opinion:

[TRADUCTION] VOTRE SEIGNEURIE: Elle [la question] peut être préjudiciable, mais nous avons ici deux experts—je ne sais pas ce qu'ils vont dire, mais ils fondent leur opinion sur certains critères. Maintenant, s'ils savent—bien, permettez-moi de le dire ainsi. Le fait de savoir si Trudel a plaidé coupable est sûrement pertinent en ce qui a trait à leur opinion. N'est-ce pas un facteur important ou l'un des facteurs importants sur lesquels ils fondent leur opinion?

M. KLUWAK: Oui, Votre Seigneurie. Et mon collègue leur a déjà posé cette question de façon informelle, et on lui a répondu qu'ils étaient très bien au courant des faits qui se sont produits dans la présente affaire à cet égard . . .

HIS LORDSHIP: ... You say that Dr. Watt now knows that Trudel has pleaded guilty.

MR. KLUWAK: Yes.

In the Crown's submission, the proposed question is permissible on two grounds. First, the Crown contends that the purpose of the proposed question was not to adduce evidence relative to the appellant's guilt, but rather that it was exclusively intended to attack Dr. Watt's credibility in his capacity as expert witness. In the first trial, Dr. Watt had conceded in cross-examination that the "science" of footprint expertise was simply "an exercise in common sense". The Crown submitted that it was consequently open to it to ask the expert whether, "as a matter of his exercise in common sense", it would help or influence him to know that the person who was wearing the shoe pleaded guilty to murder. Crown counsel stated:

... since what we are dealing with, in Dr. Watt's own words, is a matter of common sense, I think the jury are entitled to hear that this expert, who regards this as a matter of common sense, does or doesn't think that the fact that Mr. Trudel has, since his last opinion, admitted to killing Mr. McCart is relevant to his opinion. I think that's very significant on the question of whether his opinion is to be accepted, whether he is a man of common sense, which is what he tells us is the important thing in this area.

Had Dr. Watt answered the proposed question in the negative and claimed that the plea of guilty was not material to his scientific opinion, then, according to the Crown, "that would [have been] the end of it".

Second, the Crown expresses concern that the unchallenged credibility of Dr. Watt could have misled the jury. In the circumstances of the case, in the Crown's contention, the administration of justice would have been impeded if the jury had been allowed to attach untested weight to a scientific opinion which in all likelihood was mistaken as to what really happened:

VOTRE SEIGNEURIE: ... Vous dites que M. Watt sait maintenant que Trudel a plaidé coupable.

M. KLUWAK: Oui.

Selon la thèse du ministère public, la question projetée est recevable pour deux raisons. En premier lieu, le ministère public prétend que cette question avait non pas pour but de présenter des éléments de preuve relatifs à la culpabilité de l'appelant mais visait exclusivement à attaquer la crédibilité de M. Watt en sa qualité de témoin expert. Au premier procès, M. Watt avait admis en contre-interrogatoire que l'«étude» des empreintes de pieds était uniquement un «exercice de bon sens». Le ministère public a soutenu qu'il pouvait par conséquent demander à l'expert si, [TRADUCTION] «dans cet exercice de bon sens», cela l'aiderait ou l'influencerait de savoir que la personne qui portait les chaussures avait plaidé coupable à une accusation de meurtre. L'avocat du ministère public a déclaré:

[TRADUCTION] ... vu que ce qui nous occupe présentement est, selon les propres mots de M. Watt, une affaire de bon sens, j'estime que le jury est en droit de savoir si cet expert, qui considère qu'il s'agit d'une affaire de bon sens, croit ou non que le fait que, depuis l'expression de sa dernière opinion M. Trudel a admis avoir tué M. McCart, est pertinent en ce qui concerne son opinion. Je pense que c'est très important pour ce qui est de savoir si son opinion doit être acceptée, s'il est un homme de bon sens, ce qu'il nous dit être la chose importante dans ce domaine.

Si M. Watt avait répondu par la négative à la question projetée et avait prétendu que le plaidoyer de culpabilité n'était pas pertinent à son opinion scientifique, alors, selon le ministère public, [TRADUCTION] «l'affaire en serait restée là».

En second lieu, le ministère public craignait que le défaut de tester la crédibilité de M. Watt, puisse induire le jury en erreur. D'après le ministère public, dans les circonstances de l'espèce, il y aurait eu entrave à l'administration de la justice si on avait laissé le jury attacher, sans qu'il soit testé, un poids à une opinion scientifique qui, selon toute vraisemblance, était erronée quant à ce qui s'était réellement passé:

Further, in my submission, it is crucial that I be allowed to ask this question if the process is regarded at all and, in my submission, it is in part, at least, a search for the truth and a search for what actually happened. If two experts are allowed to get in the stand and say there is no way that print two inches from the head is Mr. Trudel's and at the same time this jury can never be made aware of the fact that Mr. Trudel has in effect admitted that he killed Mr. McCart in that field, then, in my submission, we come dangerously close to turning this whole process into a travesty.

The trial judge was favourably impressed by both submissions. Giving his decision to allow the Crown's question in cross-examination, the trial judge said:

In this case the Crown simply proposes to cross-examine to show that the basis for his opinion is or may not be sound, and not for the purpose of introducing prejudicial evidence.

In this respect, I find it significant that the Crown never sought to refer to Trudel's plea in the cross-examination of Dr. Morton. His opinion was not contrary to the apparent admission by Trudel that the footprints were his. Consequently, the credibility of Dr. Morton could not have been tested by his being confronted with the plea. The same can hardly be said, however, for the credibility of Dr. Watt.

During the *voir dire*, the trial judge had made some remarks indicating he thought it "may be a travesty of justice" for the Crown to be prevented to attack the basis of Dr. Watt's opinion in the circumstances. These remarks were reiterated in the reasons for his decision to allow the proposed cross-examination:

If called as a witness, Dr. Watt may say that this additional information put to him in cross-examination does not change his opinion; but in deciding what weight to attach to an opinion the jury is entitled to consider the basis for the opinion, and whether the expert has rejected relevant considerations before expressing the opinion. The Crown is in a position to prove the accuracy of the suggestions to be made to Dr. Watt if he is called. In my opinion, the Crown cannot be prevented

[TRADUCTION] En outre il est important, selon moi, que je sois autorisé à poser cette question pour que le procès soit considéré en partie, du moins, comme un moyen de découvrir la vérité et ce qui s'est réellement passé. Si deux experts sont autorisés à témoigner et à dire qu'il est impossible que l'empreinte relevée à deux pouces de la tête de la victime soit celle de M. Trudel et si, en même temps, le jury ne peut pas être informé du fait que M. Trudel a admis avoir tué M. McCart dans ce champ, alors, selon moi, nous risquons fort de transformer le présent procès en une parodie de la justice.

Ces deux arguments ont favorablement impressionné le juge du procès. En rendant sa décision de permettre au ministère public de poser cette question en contre-interrogatoire, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, le ministère public se propose de le contre-interroger afin de démontrer que son opinion repose ou ne repose peut-être pas sur des fondements solides, et non pas afin de présenter des éléments de preuve préjudiciables.

À cet égard, il me semble significatif que le ministère public n'ait jamais tenté de faire allusion au plaidoyer de Trudel au cours du contre-interrogatoire de M. Morton. Son opinion n'était pas incompatible avec l'aveu apparent de Trudel qu'il s'agissait de ses empreintes. Par conséquent, la crédibilité de M. Morton n'aurait pas pu être testée par confrontation avec le plaidoyer de culpabilité. On peut difficilement dire la même chose, cependant, de la crédibilité de M. Watt.

Pendant le voir-dire, le juge du procès avait fait certaines remarques indiquant que, selon lui, empêcher le ministère public de contester le fondement de l'opinion de M. Watt dans les circonstances pourrait équivaloir à «une parodie de la justice». Le juge a réitéré ces observations dans les motifs de sa décision d'autoriser le contre-interrogatoire projeté:

[TRADUCTION] S'il est appelé à témoigner, M. Watt peut dire que les renseignements supplémentaires qui lui sont présentés en contre-interrogatoire ne modifient pas son opinion; mais pour déterminer quel poids il faut attacher à une opinion, le jury a le droit de prendre en considération le fondement de l'opinion et le fait que l'expert a rejeté ou non des considérations pertinentes avant de formuler son opinion. Le ministère public est en mesure de prouver la justesse des hypothèses qui

from conducting cross-examination to show, or attempt to show, that the opinion of an expert is unsound, or that the witness has failed to consider relevant matters. It seems to me that if the Crown were to be restricted in cross-examination, as requested by Mr. Kluwak, it would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling. In delivering the reasons for the Court, Cory J.A. acknowledged the rule that evidence of a co-accused's plea of guilty is inadmissible to establish the other accused's guilt. Nevertheless, in Cory J.A.'s opinion, it was open to the Crown to use the same plea in cross-examination for the limited purpose of attacking the expert's credibility. Cory J.A. wrote at pp. 558-59:

It is true that the Crown could not put Trudel's plea of guilty in evidence as part of its case. Nor, as a general rule, can the Crown be permitted to do indirectly what it is prohibited from doing directly. . . .

Many factors will be taken into account by an expert in reaching his conclusions. It is appropriate and proper to cross-examine an expert as to those factors which he has considered and those which he has not. It would be difficult to imagine questions more pertinent than those which sought to ascertain whether the expert had taken into account the apparent admissions of Trudel that he was in the field with the victim and that the footprints near the body were his. These are questions that would go to determining whether the expert had considered all relevant aspects of the situation. More importantly, they would be pertinent to a consideration of the credibility of his evidence. If Dr. Watt had continued in the face of Trudel's guilty plea, as he had proposed, to declare that the footprint in the field could not have been Trudel's, his testimony might well have been considered suspect by the jury.

There is a little of Alice in Wonderland in the position of the appellant. He has put forward an expert to substantiate his defence that he was not at the scene of the murder, yet he objects to the cross-examination of that expert as to whether or not he has taken into account what to most laymen would appear to be a vitally important factor. [Emphasis added.]

seront soumises à M. Watt s'il est appelé à témoigner. À mon avis, on ne peut pas empêcher le ministère public de mener le contre-interrogatoire de façon à prouver, ou à essayer de prouver, que l'opinion d'un expert est discutable ou que le témoin n'a pas pris en considération des questions pertinentes. Il me semble que, si la poursuite devait être limitée dans son contre-interrogatoire, comme le demande M. Kluwak, cela serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès. Dans les motifs rendus au nom de la Cour, le juge Cory a fait état de la règle selon laquelle la preuve du plaidoyer de culpabilité d'un coaccusé n'est pas recevable pour prouver la culpabilité de l'autre accusé. Néanmoins, de l'avis du juge Cory, le ministère public pouvait utiliser un tel plaidoyer en contre-interrogatoire dans le but limité de tester la crédibilité de l'expert, aux pp. 558 et 559:

[TRADUCTION] Il est vrai que la poursuite ne pouvait pas présenter le plaidoyer de culpabilité de Trudel dans le cadre de sa preuve. En général, la poursuite ne peut pas non plus être autorisée à faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement . . .

Un expert prendra plusieurs facteurs en considération pour aboutir à ses conclusions. Il est normal de contre-interroger un expert sur les facteurs qu'il a pris en compte et sur ceux qu'il a écartés. Il serait difficile d'imaginer des questions plus pertinentes que celles visant à établir si l'expert avait tenu compte des aveux apparents de Trudel selon lesquels il se trouvait dans le champ avec la victime et selon lesquels les empreintes de pieds relevées près du corps étaient les siennes. Ce sont des questions qui permettent de déterminer si l'expert a tenu compte de tous les aspects pertinents de la situation. Plus important, elles sont pertinentes dans le cadre de l'examen de la crédibilité de son témoignage. Si, tout en étant au courant du plaidoyer de culpabilité de Trudel, M. Watt avait continué, comme il l'avait proposé, de déclarer que les empreintes de pieds relevées dans le champ ne pouvaient être celles de Trudel, son témoignage aurait bien pu être considéré comme suspect par le jury.

Il y a un peu d'«Alice au Pays des merveilles» dans la position adoptée par l'appelant. Il a cité un expert pour fournir des preuves à l'appui de sa défense selon laquelle il n'était pas sur les lieux du crime, mais il s'oppose à ce qu'on contre-interroge cet expert quant à savoir s'il avait pris en considération ce qui, pour la plupart des profanes, semblerait constituer un facteur d'une importance capitale. [Je souligne.]

These propositions of the trial judge and of the Court of Appeal find, in my view, firm support in the law.

It is commonplace that the judge presiding over a criminal trial held before a jury may assist the jury in its fact-finding mission. The judge determines which evidence as long as it is relevant can be put to the jury, having regard to the applicable legal rules of evidence. Once the evidence has been allowed, it is then incumbent upon the jury to attach weight or probative value to the various elements adduced at trial. The judge assists the jury by determining the extent to which the evidence can be confronted by the opposing party, which, in the case of testimonial evidence, often takes the form of cross-examination as to credibility.

In controlling cross-examination, the trial judge enjoys some measure of discretion. In my view there are no inflexible rules prescribing the exact scope of allowable cross-examination in each particular case. An undue restriction on cross-examination may prevent the jury from gauging all the elements relative to the weight of the allowable evidence. Conversely, an overly lenient allowance of cross-examination may distract the jury's focus from the questions of fact it must address. A delicate balance must be struck between the different interests at stake given that arriving at the truth remains a central premise of the administration of criminal justice. Such interests include, among others, the extent to which the credibility of witnesses may be impeached as against the possible risks of encroachment upon the fairness of the trial, including the accused person's right to present a full defence, and the degree of prejudice suffered by the accused.

The balance hinges in great part on the trial judge's assessment of the context of the case, the seriousness of the offence, the nature of the defence and the "atmosphere of the courtroom", that is, the demeanour of witnesses, conduct of counsel and ability of the jury to make a fair assessment of the weight of the evidence discussed or introduced at trial. The case of *Bleta v. The Queen*, [1964] S.C.R. 561, illustrates this discretion in the context of the admissibility of expert

À mon avis, le droit appuie fermement l'opinion du juge du procès et de la Cour d'appel.

Il est connu que le juge qui préside un procès criminel avec jury peut l'aider dans sa tâche d'établir les faits. Le juge détermine quel témoignage peut, dans la mesure où il est pertinent, être présenté au jury, selon les règles de droit applicables en matière de preuve. Une fois le témoignage permis, il appartient au jury d'accorder un certain poids ou une certaine valeur probante aux divers éléments déposés en preuve au procès. Le juge assiste le jury en déterminant dans quelle mesure la partie adverse peut attaquer ce témoignage, ce qui, dans le cas d'une preuve testimoniale, prend souvent la forme d'un contre-interrogatoire relativement à la crédibilité du témoin.

Le juge du procès jouit d'une certaine discrétion dans la conduite du contre-interrogatoire. À mon avis, il n'y a pas de règles rigides qui prévoient exactement l'étendue du contre-interrogatoire dans chaque cas particulier. Des restrictions indues à un contre-interrogatoire peuvent empêcher le jury d'évaluer tous les éléments relatifs au poids à accorder à la preuve recevable. Inversement, une trop grande latitude en contre-interrogatoire peut détourner l'attention du jury des questions de faits qu'il doit décider. Un juste équilibre doit être recherché entre les différents intérêts en jeu, la découverte de la vérité demeurant un principe essentiel de l'administration de la justice pénale. Parmi ces intérêts, il y a lieu de mentionner notamment la mesure dans laquelle la crédibilité des témoins peut être testée au regard des risques possibles d'atteinte à l'équité du procès, incluant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'importance du préjudice à l'accusé.

Cet équilibre dépend en grande partie de l'évaluation par le juge du procès du contexte de l'affaire, de la gravité de l'infraction, de la nature des moyens de défense et de l'«atmosphère de la salle d'audience», c'est-à-dire le comportement des témoins, la conduite des avocats et la capacité du jury d'évaluer de façon équitable la valeur probante de la preuve présentée au procès. L'affaire *Bleta v. The Queen*, [1964] R.C.S. 561, illustre cette discrétion dans le cadre de la recevabilité

testimony. A psychiatrist had expressed his opinion as to the state of mind of an accused on the basis of evidence which he had heard at the accused's trial three months after the murder giving rise to the charge. In upholding the trial judge's decision to allow the psychiatrist's testimony to be put to the jury, this Court said at pp. 567-68:

> As has been indicated, the decision as to whether a sufficient basis has been laid for the admission of an expert opinion rests in each case in the discretion of the trial judge, the exercise of which is dependant upon many factors, all of which may not be fully appreciated by a court of appeal which is confined to the printed record of the proceedings in its reconstruction of the atmosphere existing at the trial.

These comments apply equally in my view to appellate review of a trial judge's discretionary control of the scope of allowable cross-examination.

In the case of expert testimony, the proper control of cross-examination involves certain special considerations. Specifically, in giving evidence, expert witnesses benefit from a degree of freedom not enjoyed by ordinary witnesses. Experts are mainly called to give their opinion, which is a type of evidence inadmissible when offered by ordinary witnesses. An expert opinion may be based in whole or in part upon facts not otherwise admissible as evidence at trial. For instance, the opinion may be based on hearsay: "an expert opinion based on second-hand evidence is admissible, if relevant" (*R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, at p. 43, *per* Dickson J. (as he then was) for the Court). The underpinnings of an expert opinion are thus generally admissible as going to the expert's credibility. It does not follow, however, that when the expert discloses these underlying circumstances they are proven or must otherwise be taken as representing the truth. It is the duty of the trial judge to give directions to the jury on this point: "Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential" (*R. v. Abbey*, *supra*, at p. 44).

d'un témoignage d'expert. Un psychiatre avait exprimé son opinion sur l'état d'esprit d'un accusé en se fondant sur un témoignage qu'il avait entendu au procès de l'accusé trois mois après le meurtre ayant donné lieu à l'accusation. En confirmant la décision du juge du procès de permettre le témoignage du psychiatre en présence du jury, notre Cour a dit, aux pp. 567 et 568:

> [TRADUCTION] Ainsi qu'il a été mentionné, la décision quant à savoir si on a posé des bases suffisantes pour l'admission de l'opinion d'un expert est, dans chaque cas, laissée à la discrétion du juge de première instance, dont l'exercice dépend de nombreux facteurs, qui ne peuvent être tous évalués pleinement par une cour d'appel qui dispose seulement de la transcription des procédures pour reconstituer l'atmosphère du procès.

À mon avis, ces remarques s'appliquent également à la révision en appel de l'exercice par le juge du procès de sa discrétion quant à l'étendue du contre-interrogatoire permis.

Dans le cas d'un témoignage d'expert, certaines considérations spéciales interviennent dans le contrôle adéquat d'un contre-interrogatoire. Plus précisément, les témoins experts bénéficient dans leurs dépositions d'un degré de latitude dont ne jouissent pas les témoins ordinaires. Les experts sont principalement appelés à donner leur opinion, soit un type de témoignage irrecevable de la part de témoins ordinaires. L'opinion d'un expert peut être fondée en totalité ou en partie sur des faits qui par ailleurs ne seraient pas recevables comme éléments de preuve au procès. Par exemple, l'opinion peut se fonder sur du ouï-dire: «l'opinion d'un expert fondée sur un ouï-dire est recevable, à la condition d'être pertinente» (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 43, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, au nom de la Cour). Ce qui sous-tend l'opinion d'un expert est donc généralement recevable parce que cela touche à la crédibilité de l'expert. Cela ne veut pas dire toutefois que, lorsque l'expert les divulgue, les faits sous-jacents à son opinion soient prouvés ou doivent autrement être considérés comme véridiques. Il est du devoir du juge du procès de donner des directives au jury sur ce point: «Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve» (*R. c. Abbey*, précité, à la p. 44).

In *R. v. Abbey*, the accused was charged with importing cocaine into Canada and possession of cocaine for the purpose of trafficking. His sole defence was that he was insane at the material time, suffering from hypomania. He led evidence through a psychiatrist who testified as to various delusions, visions and hallucinations which the accused had experienced in the months preceding his arrest. Several incidents of bizarre conduct on the part of the accused were also recounted by the psychiatrist. The trial judge adopted as evidence of the truth of its content the hearsay evidence given by the psychiatrist in respect of the delusions, hallucinations and bizarre conduct of the accused. In concluding that it was an error for the trial judge to do so, Dickson J. wrote at p. 46:

> It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by Abbey but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions.... Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. [Emphasis added.]

As noted in *R. v. Abbey* at p. 42, "the [expert] opinion more often than not will be based on second-hand evidence". The circumstances upon which an expert opinion is grounded almost inevitably involve hearsay and evidence otherwise not admissible at trial. If, as the reasons given by my colleague Lamer J. suggest, the cross-examination was to be limited to the facts which will "become part of the case as admissible evidence", then it would become all but impossible for the accused as well as the Crown to cross-examine expert witnesses as to the basis of their opinion. I do not believe that such an inflexible approach is warranted. The greater latitude allowed to an expert in examination-in-chief involves in my view a correlative latitude in cross-examination as to the basis of the expert's opinion.

In *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), the accused were tried jointly on a charge of murder. Certain shoe marks were

Dans l'affaire *R. c. Abbey*, le prévenu avait été accusé d'importation de cocaïne au Canada et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Sa seule défense, consistait à dire qu'il était atteint d'aliénation mentale à l'époque pertinente et souffrait d'hypomanie. Il avait présenté en preuve le témoignage d'un psychiatre sur diverses visions et hallucinations que l'accusé avait eues dans les mois précédant son arrestation. Le psychiatre avait également relaté plusieurs comportements bizarres de l'accusé. Le juge du procès avait adopté comme preuve de la véracité de son contenu, le témoignage basé sur du ouï-dire donné par le psychiatre sur les hallucinations et les comportements bizarres de l'accusé. Concluant que le juge du procès avait commis en cela une erreur, le juge Dickson a écrit à la p. 46:

> Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu'ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par Abbey mais aussi par d'autres personnes; cependant, c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions ... Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion. [Je souligne.]

Comme le souligne l'arrêt *Abbey*, «[l']opinion [de l'expert] est [...] plus souvent [qu'autrement] fondée sur un ouï-dire» (à la p. 42). Les faits sur lesquels se fonde l'opinion d'un expert impliquent presque inévitablement du ouï-dire et des éléments de preuve qui, par ailleurs, ne seraient pas recevables au procès. Si, comme le laissent entendre les motifs de mon collègue le juge Lamer, le contre-interrogatoire devait se limiter aux faits qui feront «partie des éléments admissibles et mis en preuve», il serait presque impossible tant pour l'accusé que pour le ministère public de contre-interroger les experts sur le fondement de leur opinion. À mon avis, une approche aussi inflexible n'est pas justifiée. À la plus grande latitude dont dispose un expert durant l'interrogatoire principal, doit correspondre, à mon avis, une latitude équivalente en contre-interrogatoire en ce qui concerne le fondement de l'opinion de cet expert.

Dans l'affaire *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), les accusés avaient été jugés conjointement sur une accusation

found at the scene of the crime. During a *voir dire*, the Crown sought to get permission to introduce opinion evidence from a footprint expert that these shoe marks connected Stolar to the scene of the crime. In delivering the majority decision, Huband J.A. discussed as follows the scope to which the expert could be examined and cross-examined (at p. 70):

In particular, Dr. Robbins was asked to express her view as to the physical characteristics of the person wearing a shoe which would leave the markings found at the murder scene. The learned trial judge concluded that this opinion evidence was conjectural rather than scientific, and he ruled such evidence should not go to the jury.

Counsel for the accused, Nielsen, then wished to cross-examine Dr. Robbins on this opinion evidence—not for the purpose of implicating Stolar, but rather in an attempt to discredit the testimony of Dr. Robbins on this point, thereby reflecting adversely on her credibility in other areas. The learned trial judge ruled that the proposed cross-examination would not be allowed because it might be prejudicial to Stolar.

If this had been a trial involving the accused, Nielsen, alone, it would have been open to Nielsen's counsel to cross-examine Dr. Robbins in this area. But given the joint trial of the two accused, the learned trial judge made a reasonable ruling to forbid the proposed line of cross-examination. [Emphasis added.]

I refer to these words simply to illustrate that courts recognize a discretion in the trial judge to allow cross-examination of expert witnesses on some aspects which do not necessarily form part of the body of admissible evidence to be ultimately put to the jury.

In the present case, this latitude in the cross-examination of expert witnesses was also emphasized in the Court of Appeal (at p. 559):

He [Dr. Watt] was going to give an opinion based upon his scientific knowledge. His opinion would have been to the effect that the footprints in the field could not have been made by Trudel's shoe. It was thus open to the Crown and perhaps incumbent upon the Crown to cross-examine Dr. Watt as to the basis of his opinion. During the course of that cross-examination it would have been of great importance in assessing the weight of Dr. Watt's opinion to determine whether or not he had

de meurtre. On avait trouvé des traces de chaussures sur le lieu du crime. Durant le voir-dire, le ministère public avait recherché la permission de présenter en preuve l'opinion d'un expert en empreintes de pieds selon laquelle ces traces de chaussures reliaient Stolar au lieu du crime. Parlant au nom de la majorité, le juge d'appel Huband a traité de la portée de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire de l'expert (à la p. 70):

[TRADUCTION] On a notamment demandé à M. Robbins de donner son opinion sur les caractéristiques physiques de la personne qui porterait une chaussure qui laisserait les traces relevées sur le lieu du meurtre. Le juge du procès a conclu que ce témoignage d'opinion était plus conjectural que scientifique, et il a décidé qu'il ne serait pas soumis au jury.

L'avocat de l'accusé Nielsen a alors voulu contre-interroger M. Robbins sur ce témoignage d'opinion—non pas dans le but d'impliquer Stolar mais plutôt pour essayer de mettre en doute le témoignage de M. Robbins sur ce point, donc sa crédibilité dans d'autres domaines. Le juge du procès a décidé de ne pas autoriser le contre-interrogatoire projeté car celui-ci pouvait nuire à Stolar.

Si le présent procès avait été celui de l'accusé Nielsen seulement, son avocat aurait pu contre-interroger M. Robbins à ce propos. Mais étant donné que les deux accusés étaient jugés ensemble, le juge du procès a rendu une décision raisonnable en interdisant le contre-interrogatoire projeté. [Je souligne.]

Je me reporte à ce passage uniquement pour montrer que les tribunaux reconnaissent au juge du procès la discrétion de permettre le contre-interrogatoire de témoins experts sur certaines questions qui ne font pas nécessairement partie de l'ensemble des éléments de preuve recevables qui seront éventuellement présentés au jury.

En l'espèce, cette latitude dans le contre-interrogatoire de témoins experts a également été soulignée en Cour d'appel (à la p. 559):

[TRADUCTION] Il [M. Watt] allait donner une opinion fondée sur ses connaissances scientifiques, selon laquelle les empreintes de pieds relevées dans le champ n'auraient pas pu être faites par les chaussures de Trudel. Le ministère public pouvait alors et devait peut-être contre-interroger M. Watt relativement au fondement de son opinion. Au cours de ce contre-interrogatoire, il aurait été très important, pour apprécier la valeur probante de l'opinion de M. Watt, de déterminer

taken into account the apparent admission of Trudel that the footprints found in the field were indeed his. The ability to cross-examine a witness as to the basis for his opinion and the factors which he has taken into account and those which he has omitted can be relevant, pertinent and indeed vital to testing that opinion .... [Emphasis added.]

Wigmore has noted that cross-examination is "beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth" (5 *Wigmore, Evidence* no. 1367 [p. 32] (Chadbourn rev. 1974)). One cannot over-emphasize the commitment of courts of justice to the ascertainment of the truth. The just determination of guilt or innocence is a fundamental underpinning of the administration of criminal justice. The ends of the criminal process would be defeated if trials were allowed to proceed on assumptions divorced from reality. If a careless disregard for the truth prevailed in the courtrooms, the public trust in the judicial function, the law and the administration of justice would disappear. Though the law of criminal evidence often excludes relevant evidence to preserve the integrity of the judicial process, it is difficult to accept that courts should ever willingly proceed on the basis of untrue facts.

In allowing the proposed cross-examination in the case at bar, the trial judge did not ignore the conflict between, on the one hand, the prejudice caused to the accused by the mention of Trudel's guilty plea, and, on the other, the rule allowing the credibility of an expert witness to be tested on the basis of the expert's opinion. In exercising his discretion to determine the propriety of the question sought to be put to Dr. Watt, the trial judge gave in my view due heed to the interests of the accused and to those of the judicial process as well. He was not blind to the fact that Dr. Watt's evidence would not be put forward as a result of his ruling. He was aware that his ruling left the appellant with a single expert witness instead of the two he had expected to rely upon in support of his defence. But in his discretion the trial judge found that there would be no unduly prejudicial

s'il avait ou non tenu compte de l'aveu apparent de Trudel selon lequel les empreintes de pieds relevées dans le champ étaient effectivement les siennes. La possibilité de contre-interroger un témoin sur le fondement de son opinion, sur les facteurs dont il a tenu compte et sur ceux qu'il a écartés peut être pertinente et, en fait, capitale pour mettre cette opinion à l'épreuve. [Je souligne.]

Wigmore a fait observer que le contre-interrogatoire est [TRADUCTION] «sans aucun doute le meilleur mécanisme juridique jamais inventé pour découvrir la vérité» (5 *Wigmore, Evidence* n° 1367 [p. 32] (Chadbourn, rev. 1974)). On ne saurait trop insister sur le devoir des cours de justice de faire ressortir la vérité. La juste détermination de la culpabilité ou de l'innocence est un des attributs les plus fondamentaux de l'administration de la justice pénale. Les fins du processus criminel ne sauraient être atteintes si les procès devaient reposer sur des hypothèses totalement divorcées de la réalité. Si on ne devait pas se soucier de faire éclater la vérité dans les cours de justice, le public perdrait vite confiance dans le pouvoir judiciaire, le droit et l'administration de la justice. Bien que le droit de la preuve en matière pénale exclue souvent des éléments de preuve pertinents afin de préserver l'intégrité du processus judiciaire, il est difficile d'admettre que les tribunaux puissent jamais rendre la justice en se fondant volontairement sur des faits inexacts.

En autorisant en l'espèce le contre-interrogatoire proposé, le juge du procès n'a pas méconnu le conflit entre, d'une part, le préjudice causé à l'accusé par la mention du plaidoyer de culpabilité de Trudel et, d'autre part, la règle qui permet de mettre à l'épreuve la crédibilité d'un témoin expert relativement au fondement de son opinion. En exerçant sa discrétion pour déterminer si la question envisagée était appropriée, le juge du procès a, selon moi, adéquatement tenu compte des intérêts de l'accusé et de ceux du processus judiciaire. Ne lui a pas échappé le fait que le témoignage de M. Watt ne serait pas présenté par suite de sa décision. Il savait que sa décision privait l'appelant de l'un de deux témoignages d'experts sur lesquels il croyait appuyer sa défense. De plus, dans l'exercice de sa discrétion, le juge du procès a conclu qu'il n'en résulterait pas de préjudice indu pour

effect on the accused in the circumstances of this case. In the judge's assessment, if the evidence of Dr. Watt were put forward by the defence, it would be necessary to allow the jury to be in a position to attach the appropriate weight to his testimony. On the whole, I agree with this assessment and I am of the view that the trial judge committed no reversible error of law, having exercised his discretion judicially and judiciously.

Charge Respecting Planning and Deliberation

With respect to the second issue, the appellant makes a threefold submission. First, he submits that the trial judge erred in incorporating by reference, as evidence relevant to planning and deliberation on the part of the appellant, the judge's general review of the Crown's evidence, including evidence that the murder was intentional on the part of Trudel. Second, the appellant also contends that the trial judge erred in failing to point out to the jury that the facts were equally consistent with a planned and deliberate robbery as with a planned and deliberate murder. The error, in this view, lies in the possibility that there was a planned and deliberate robbery, but not a planned and deliberate murder. Third, the appellant argues that the trial judge failed to properly instruct the jury with respect to the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation. Specifically, he contends that the trial judge should have instructed the jury to consider that the accused may have acted compulsively because of alcohol consumption.

The first submission is without merit. In this case, much of the evidence of planning and deliberation overlapped with the evidence of intent on the part of Trudel. Indeed, as noted by the trial judge in his charge:

> You will remember my instructions on aiding or abetting. I have reviewed some of the evidence with you from which planning and deliberation may be inferred on the part of both Trudel and the accused, and I don't propose to repeat the events at the Brunswick Hotel, for example, and following.

l'accusé dans les circonstances de l'espèce. Selon l'évaluation du juge, si le témoignage de M. Watt était présenté en défense, il fallait permettre au jury d'être en mesure d'en apprécier la valeur probante. Dans l'ensemble, je suis d'accord avec cette évaluation et je suis d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit donnant lieu à réformation: il a exercé sa discrétion judiciairement et judicieusement.

L'exposé au jury relativement à la préméditation

En ce qui concerne la deuxième question en litige, l'appelant présente un argument à trois volets. En premier lieu, il soutient que le juge du procès a commis une erreur en incorporant, à titre de preuve pertinente quant à la préméditation de l'appelant, la revue générale par le juge de la preuve du ministère public, dont la preuve selon laquelle le meurtre était intentionnel de la part de Trudel. En deuxième lieu, l'appelant prétend également que le juge du procès a commis une erreur en ne signalant pas au jury que les faits étaient tout aussi compatibles avec un vol prémédité qu'avec un meurtre prémédité. Sur ce plan, l'erreur tiendrait au fait qu'il pouvait y avoir vol avec préméditation sans meurtre avec préméditation. En troisième lieu, l'appelant soutient que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées quant à l'importance de la consommation de boissons alcooliques en relation avec la préméditation. Plus précisément, il soutient que le juge du procès aurait dû dire au jury de tenir compte du fait que l'accusé avait pu agir de façon compulsive en raison de sa consommation d'alcool.

Le premier argument n'est pas fondé. En l'espèce, une large part de la preuve concernant la préméditation recoupait la preuve relative à l'intention de la part de Trudel. En fait, ainsi que le juge du procès l'a fait observer dans son exposé au jury:

> [TRADUCTION] Vous vous rappellerez de mes instructions au sujet de l'aide et de l'encouragement. J'ai examiné avec vous certains éléments de la preuve dont on peut déduire qu'il y a eu préméditation tant de la part de Trudel que de celle de l'accusé, et je n'ai pas l'intention de reprendre le déroulement des événements survenus à l'hôtel Brunswick, par exemple, et par la suite.

Then there is evidence from which it can be inferred that the crime was committed seven miles or better from downtown London, depending upon the route that you follow, and it took place at the dead end of the Town Line Road, in a fairly secluded area.

It does not follow, however, that the trial judge is under a duty to repeat all the specific elements of evidence already outlined in connection with the instructions respecting aiding and abetting. The evidence could equally give rise to an inference that the accused planned and deliberated the murder with Trudel. For instance, the evidence adduced by the Crown tended to show that after taking a steel stake from a construction site near the Brunswick Hotel, the accused together with Trudel got into the taxicab driven by McCart. Such evidence is consistent with either a finding that the accused aided or abetted Trudel or that the accused planned and deliberated the murder with Trudel. As noted by Dickson C.J. in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 689:

> Much of the Crown evidence was consistent with either Crown theory .... It is not incumbent on a trial judge to go through the evidence in a repetitive fashion which could only have bored the jury. Nor do I think we should assume jurors are so unintelligent that they will fail to see the obvious .... [Emphasis in original.]

Turning now to the second submission, like the Court of Appeal, I believe that, with respect to first degree murder, the charge makes it "clear that the planning and premeditation must relate to the intentional killing and not just to the robbery." The following portion of the charge illustrates this point very well:

> For the purpose of this case, murder is first degree murder only if it is planned and deliberate. The Crown must satisfy you beyond a reasonable doubt both that the murder was planned and that it was deliberate on the part of both Trudel and the accused before it is first degree murder.
>
> The Crown must satisfy you that the accused intended to aid or abet the commission of a planned and deliberate murder as distinct from having an intention to aid or abet only murder.

. . .

Il y a aussi des éléments de preuve dont on peut déduire que le crime a été commis à sept milles ou plus du centre-ville de London, selon l'itinéraire que vous empruntez, et il a eu lieu dans l'impasse du chemin Town Line, dans un endroit assez isolé.

Il ne s'ensuit pas cependant que le juge du procès soit tenu de répéter tous les éléments de preuve déjà exposés en ce qui a trait aux directives concernant la complicité. La preuve pouvait également permettre de déduire que l'accusé avait prémédité le meurtre avec Trudel. Par exemple, la preuve présentée par le ministère public tendait à établir que, après avoir ramassé un piquet d'acier sur un chantier de construction près de l'hôtel Brunswick, l'accusé ainsi que Trudel étaient montés dans le taxi conduit par McCart. Ces éléments de preuve sont tout aussi compatibles avec la conclusion que l'accusé a aidé ou encouragé Trudel qu'avec la conclusion que l'accusé avait prémédité le meurtre avec Trudel. Comme le disait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 689:

> De nombreux éléments de preuve du ministère public sont compatibles avec l'une ou l'autre de ses thèses [. . .] Il n'incombe pas au juge du procès d'examiner les éléments de preuve d'une manière répétitive qui aurait seulement pour effet d'ennuyer le jury. Je ne crois pas non plus que nous devrions présumer que les jurés ne sont pas suffisamment intelligents pour voir ce qui est évident . . . [Souligné dans l'original.]

Quant au deuxième argument, tout comme la Cour d'appel, je crois que, en ce qui concerne le meurtre au premier degré, l'exposé au jury précisait [TRADUCTION] «que la préméditation doit se rapporter au meurtre intentionnel et non pas seulement au vol». Le passage suivant de l'exposé au jury illustre très bien ce point:

> [TRADUCTION] Aux fins de la présente affaire, il s'agit d'un meurtre au premier degré uniquement s'il était prémédité. Le ministère public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable que le meurtre était prémédité et qu'il a été commis délibérément par Trudel et par l'accusé, pour que ce soit un meurtre au premier degré.
>
> Le ministère public doit vous convaincre que l'accusé a eu l'intention d'aider ou d'encourager à la perpétration d'un meurtre avec préméditation, ce qui est différent d'avoir l'intention d'aider ou d'encourager à la perpétration d'un meurtre.

. . .

By way of summary, on first degree murder, before you can convict the accused of first degree murder, you must be satisfied beyond a reasonable doubt of the following:

. . .

2. That the accused and Trudel planned and deliberated to kill a taxi driver, which turned out to be McCart.

These instructions leave no room for any possibility that a reasonable jury could have found first degree murder on something less than planning and deliberation with respect to murder.

The third and final submission, regarding the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation, is also without merit. In the trial judge's charge, the evidence of alcohol consumption was properly brought to the jury's attention:

I would like to deal now with the question of drunkenness. Evidence has been given that the accused and Trudel had consumed alcoholic beverages at the Brunswick Hotel commencing, I believe, at about 7:00 in the evening and continuing until the early hours of October 20th. There is not much direct evidence relating to Trudel's condition as a result of drinking. As to Howard, Henry, the witness, Henry, said that "Howard was in as good a shape as I was and appeared to be or was aware of what was going on".

The witness, Katool, was drinking as well, of course. He testified that the accused was drinking steadily but did not have any difficulty in understanding what was being said.

On October the 29th, Howard, the accused, gave a statement to O.P.P. officer, McCurdy, to the effect that he was intoxicated that night, and he also informed his parole officer that he was intoxicated. Howard testified on this point, said he was drinking all evening and was feeling good but he was able to control himself, and that in cross-examination he said that he was responsible for what he did and was aware of what was going on around him.

Later in his charge, the judge instructed the jury as to what degree of drunkenness was relevant in assessing planning and deliberation:

In considering whether the murder was planned and deliberate, you should consider all the circumstances,

En bref, dans le cas d'un meurtre au premier degré, avant de pouvoir déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable de ce qui suit:

. . .

2. Que l'accusé et Trudel ont prémédité de tuer un chauffeur de taxi, qui s'est avéré être McCart.

Ces directives ne laissaient à un jury raisonnable aucune possibilité de conclure à un meurtre au premier degré s'il n'y avait pas préméditation.

Le troisième et dernier argument, qui concerne l'importance de la consommation d'alcool en matière de préméditation, est également sans fondement. Dans l'exposé du juge au jury, la preuve de la consommation d'alcool a été suffisamment portée à l'attention du jury:

[TRADUCTION] Je voudrais maintenant aborder la question de l'ivresse. Il a été prouvé que l'accusé et Trudel avaient consommé des boissons alcooliques à l'hôtel Brunswick depuis, je crois, environ 19 h, jusqu'aux petites heures le 20 octobre. Il n'y a pas beaucoup d'éléments de preuve directs quant à l'état dans lequel se trouvait Trudel par suite de la consommation d'alcool. Dans le cas de Howard, Henry, le témoin Henry, a dit que «Howard était en aussi bonne forme que moi et semblait être ou était conscient de ce qui se passait».

Le témoin Katool buvait aussi, naturellement. Il a témoigné que l'accusé avait bu pendant toute la soirée mais n'éprouvait pas de difficulté à comprendre ce qui se disait.

Le 29 octobre, Howard, l'accusé, a déclaré à un agent de la Police provinciale de l'Ontario qu'il était ivre. C'est aussi ce qu'il a dit le même soir à son agent de libération conditionnelle. Howard a témoigné sur ce point, a déclaré qu'il avait bu pendant toute la soirée et qu'il était bien en train mais qu'il savait ce qu'il faisait; en contre-interrogatoire, il a dit qu'il était responsable de ce qu'il avait fait et qu'il était conscient de ce qui se passait autour de lui.

Plus tard dans son exposé, le juge a donné au jury des directives quant au degré d'ivresse pertinent pour déterminer s'il y avait eu préméditation:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le meurtre a été prémédité, vous devez tenir compte de toutes les circons-

not only the actions of the accused and Trudel, but the question, again, of drunkenness. Planning and deliberation may be negatived [*sic*] by drunkenness that falls short of the incapacity to form the intent required to constitute murder on the part of both Trudel and [Howard]. That is, a lesser degree of drunkenness may negative [*sic*] planning and deliberation.

I am satisfied that these instructions were sound. On the evidence as summarized by the trial judge, there is no likelihood that any reasonable jury could have found that the state of drunkenness of the accused was such that he may have acted compulsively because of alcohol consumption. In pointing out to the jury that drunkenness falling short of the incapacity to form the intent to kill might negate planning and deliberation, the trial judge satisfied the main requirement defined by this Court in *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, at pp. 476-77. I fully concur with the findings of the Court of Appeal in this respect and would adopt as my own the following words of Cory J.A. (at pp. 557-58):

> Certainly if the trial judge did instruct the jury that drunkenness may render the accused *incapable* of planning and deliberating then he must take the second step. He should continue and advise the jury that even if they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was capable of the requisite planning and deliberation, the consumption of alcohol must still be taken into account as a relevant factor in determining whether or not the accused did, in fact, plan and deliberate the killing.
>
> Where, as here, the evidence from the accused as well as other witnesses indicated that although he was "feeling good" he was in full control, there could not be any question that the consumption of alcohol rendered him *incapable* of planning and deliberation. It was therefore necessary to direct the jury only that the consumption of alcohol along with all the other surrounding circumstances was to be taken into account in determining whether or not the accused did in fact plan and deliberate upon the killing of the victim. It was also necessary for the trial judge to point out that a lesser degree of drunkenness than might be required to negative [*sic*] the intent to kill may negative [*sic*] planning and deliberation. The charge here complied with these requirements. The instructions set out earlier constituted a clear direction to the jury with regard to the effect the accused's alcohol consumption might have upon the aspect of

tances, non seulement des actes de l'accusé et de Trudel, mais aussi de la question, encore une fois, de l'ivresse. La préméditation peut être neutralisée par un état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention requise pour constituer un meurtre de la part de Trudel et de [Howard]. C'est-à-dire qu'un état d'ivresse moins avancé peut neutraliser la préméditation.

Je suis d'avis que ces directives sont correctes. Compte tenu de la preuve telle que résumée par le juge du procès, il n'est pas vraisemblable qu'un jury raisonnable ait pu conclure que l'état d'ébriété de l'accusé était tel que celui-ci avait pu agir de façon compulsive en raison de sa consommation d'alcool. En signalant au jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation, le juge du procès a satisfait à la principale condition définie par notre Cour dans l'arrêt *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, aux pp. 476 et 477. Je souscris entièrement aux conclusions de la Cour d'appel à cet égard et à ce que dit le juge Cory (aux pp. 557 et 558):

> [TRADUCTION] Il est certain que, si le juge du procès a donné au jury des directives selon lesquelles l'état d'ivresse peut rendre l'accusé *incapable* de préméditation, il devait passer à la deuxième étape. Il devait informer alors les jurés que, même s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé était capable de la préméditation requise, la consommation de boissons alcooliques devait encore être prise en considération comme facteur pertinent pour déterminer si l'accusé a effectivement prémédité ou non le meurtre.
>
> Lorsque, comme en l'espèce, les éléments de preuve obtenus de l'accusé ainsi que d'autres témoins indiquaient que, bien qu'il fût «bien en train», il savait ce qu'il faisait, il ne saurait être question que la consommation de boissons alcooliques l'ait rendu *incapable* de préméditation. Il était donc nécessaire de donner au jury seulement des directives selon lesquelles la consommation de boissons alcooliques, en plus de toutes les autres circonstances devait être prise en considération pour déterminer si l'accusé avait effectivement prémédité ou non le meurtre de la victime. Le juge devait également signaler qu'un degré moindre d'ivresse moins élevé que celui qui serait requis pour neutraliser l'intention de tuer, peut neutraliser la préméditation. L'exposé au jury en l'espèce respecte ces exigences. Les directives mentionnées constituent des instructions claires au jury en ce qui concerne l'effet que la consommation d'alcool par

planning and the deliberation of the killing. [Emphasis in the original.]

Reasonableness of the Verdict

This issue was not argued forcefully by the appellant in his pleadings before us. In allowing the appeal from the appellant's conviction of first degree murder in his first trial with Trudel, the Court of Appeal, in a judgment delivered by Howland C.J.O., dealt with an identical argument in the following way (*R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, at p. 405):

It was contended by counsel for Howard that the verdict of the jury was unreasonable and was not supported by the evidence. In my opinion, after reviewing all the evidence, it could not be said that the verdict was one that a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered. In reaching this conclusion I have particularly borne in mind the following facts:

(a) The appellants were admittedly together from the time when they left the Brunswick Hotel until after 5:00 a.m. in October 20, 1979.

(b) There was expert evidence which, if accepted, identified footprints where the body was found as those of Trudel.

(c) The appellants were seen counting and dividing money about 5:00 a.m. on October 20, 1979.

There, as here, it was incumbent upon the appellant to establish that the verdict is not "one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered" (*R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). In my view, having regard to the facts set out in the judgment of the Court of Appeal, the appellant has failed to discharge this burden.

Failure to Put the Theory of the Defence to the Jury

The theory of the defence was outlined at the outset of the charge to the jury:

I have stated the theory of the Crown. The theory or position of the defence is that he did not, and by inference neither did Trudel because Trudel was with him at all times, that he did not, nor did Trudel, participate in any way in the killing of McCart. That is,

Le caractère raisonnable du verdict

L'appelant n'a pas insisté sur ce point dans sa plaidoirie devant notre Cour. En accueillant l'appel interjeté par l'appelant contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré à la suite de son premier procès avec Trudel, la Cour d'appel, dans un jugement rendu par le juge en chef Howland de l'Ontario, a traité d'un argument similaire de la façon suivante (*R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, à la p. 405):

[TRADUCTION] L'avocat de Howard a prétendu que le verdict du jury n'était pas raisonnable et n'était pas étayé par la preuve. À mon avis, après examen de la totalité de la preuve, on ne peut pas dire que le verdict était l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit de façon judiciaire n'aurait pu raisonnablement rendre. Pour aboutir à cette conclusion, j'ai tout particulièrement tenu compte des faits suivants:

a) Il était admis que les appelants étaient ensemble depuis leur départ de l'hôtel Brunswick jusqu'à 5 h le 20 octobre 1979.

b) Il y avait le témoignage de l'expert qui, s'il était admis, identifiait les empreintes de pieds relevées à l'endroit où se trouvait le corps comme étant celles de Trudel.

c) Les appelants ont été vus en train de compter et de se partager de l'argent vers 5 h le 20 octobre 1979.

À ce moment-là, comme en l'espèce, il incombait à l'appelant d'établir que le verdict n'était pas «l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de façon judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 185). À mon avis, compte tenu des faits exposés dans le jugement de la Cour d'appel, l'appelant ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve.

L'omission de présenter au jury la thèse de la défense

La thèse de la défense a été exposée au début de l'adresse au jury:

[TRADUCTION] J'ai formulé la thèse de la poursuite. Selon la thèse ou la position de la défense, il n'a participé d'aucune façon au meurtre de McCart, et par déduction Trudel non plus car celui-ci se trouvait avec lui à tout moment. C'est-à-dire qu'ils étaient ensemble à

they were together at the Brunswick Hotel and thereafter. It is the position of the defence that they were together at all times at Lambeth or going from Lambeth to London. And, of course, I will deal with that more fully later.

Later in the charge, the trial judge stated once again the position of the defence:

Now it is the position or theory of the accused that he was somewhere else at the time this offence was committed and, therefore, it could not have been him that did it and that he did not participate in any way in the killing of McCart. It was what is called an alibi defence. I want to instruct you that there is no onus on the accused to establish this defence. Rather, the burden is on the Crown to prove to your satisfaction beyond a reasonable doubt that the accused was a party to the killing of McCart and that he committed the offence which is alleged, or one of the included offences. So, when I am discussing the defence of alibi, I want you to keep in mind that the accused is not required to come into this court and establish that defence. If, after a consideration of all the evidence you have a reasonable doubt whether or not the accused was a party to the killing of McCart, you must find him not guilty.

The trial judge then reviewed in great detail the evidence given by the accused. I am satisfied that the theory and evidence of the defence were adequately put to the jury.

Conclusion

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

l'hôtel Brunswick et par la suite. La défense soutient qu'ils étaient ensemble à tous moments à Lambeth ou durant le trajet de Lambeth à London. Et, naturellement, je traiterai de ce point plus en détail plus tard.

Plus loin dans son adresse, le juge du procès a exposé de nouveau la thèse de la défense:

[TRADUCTION] Maintenant l'accusé prétend qu'il se trouvait ailleurs au moment de la perpétration de l'infraction et que, par conséquent, il n'a pas pu la commettre et qu'il n'a participé en aucune façon au meurtre de McCart. C'était ce qu'on appelle une défense d'alibi. Je veux vous signaler que l'accusé n'est pas tenu d'établir cette défense. Plus exactement, c'est à la poursuite qu'il incombe de vous convaincre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a participé au meurtre de McCart et qu'il a commis l'infraction alléguée, ou l'une des infractions comprises. Donc, lorsque je parle de la défense d'alibi, je veux que vous gardiez à l'esprit le fait que l'accusé n'est pas obligé d'établir cette défense devant la Cour. Si, après examen de tous les éléments de preuve, vous avez un doute raisonnable au sujet de la participation de l'accusé au meurtre de McCart, vous devez le déclarer non coupable.

Le juge du procès a ensuite examiné en détail la preuve présentée par l'accusé. Je suis convaincue que la thèse et la preuve de la défense ont été présentées correctement au jury.

Conclusion

Sur le tout, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Sheila Elizabeth Elsom *Appellant*

v.

Norman Dennis Elsom *Respondent*

INDEXED AS: ELSOM *v.* ELSOM

File No.: 20350.

1989: February 22; 1989: May 18.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

Family law — Matrimonial property — Division of family assets — Trial judge awarding wife 25 per cent of the family assets — Court of Appeal reducing wife's share — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's discretion — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 51.

The parties divorced after nine years of marriage. All the assets, whether used for family purposes or for business purposes, were brought to the marriage by the respondent. Because of the appellant's indirect contribution through her management of household and child rearing responsibilities, respondent's business property was included in the family assets pursuant to s. 45(3)(e) of the *Family Relations Act*. The trial judge, when valuing and apportioning the family assets, considered the factors enunciated in s. 51 of the Act and concluded that the appellant was not entitled to an equal share of the family assets and awarded her a 25 per cent interest in the property which amounted to $ 1,450,000. The Court of Appeal set aside the order and held that the trial judge erred in failing to consider and compare each spouse's contribution to each individual asset. The Court found that the factors of the case required a separate consideration of the "business" and "domestic" assets and awarded the appellant 10 per cent of the "business" assets and 50 per cent of the "domestic" assets. In the result, the value of appellant's share of the family assets was reduced to $ 681,200.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's exercise of his discretion under s. 51 of the Act. An appellate court is justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. Here, there was no indication of misdirection in the trial judgment. Section 51

Sheila Elizabeth Elsom *Appelante*

c.

Norman Dennis Elsom *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ELSOM *c.* ELSOM

N° du greffe: 20350.

1989: 22 février; 1989: 18 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

Droit de la famille — Biens familiaux — Partage de biens familiaux — Attribution de 25 p. 100 des biens familiaux à l'épouse en première instance — Réduction de la part de l'épouse en Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 51.

Les parties ont divorcé après neuf ans de mariage. Tous les biens, tant ceux utilisés à des fins familiales qu'à des fins commerciales, ont été apportés en mariage par l'intimé. À cause de la contribution indirecte de l'appelante par sa gestion domestique et l'éducation des enfants, les biens commerciaux de l'intimé ont été inclus dans les biens familiaux en application de l'al. 45(3)e) de la *Family Relations Act*. Dans l'évaluation et la répartition des biens familiaux, le juge de première instance a tenu compte des facteurs énumérés à l'art. 51 de la Loi et a conclu que l'appelante n'avait pas droit à une part égale des biens familiaux et lui a attribué un intérêt de 25 p. 100 dans les biens, ce qui équivalait à 1 450 000 $. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance et conclu que le juge de première instance avait commis une erreur parce qu'il n'avait pas examiné ni comparé la contribution de chaque conjoint à chaque bien pris individuellement. La Cour a conclu que les facteurs de l'affaire exigeaient un examen séparé des biens «commerciaux» et des biens «du ménage» et a accordé à l'appelante 10 p. 100 des biens «commerciaux» et 50 p. 100 des biens «du ménage». La valeur de la part de l'appelante dans les biens familiaux a été réduite à 681 200 $.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge de première instance par l'art. 51 de la Loi. Une cour d'appel n'est justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de

confers a discretion on the Supreme Court of the province to depart from the rule of equal division of family assets expressed in s. 43 of the Act where, having regard to the criteria set out in s. 51, equal division would be unfair. While s. 51 permits an assessment of individual items of property, that section does not require such an assessment and there is no requirement that "business" assets be considered separately from "domestic" assets. Nor does s. 51 require the court to effect a division of property that it feels is proportionate to the contribution each spouse has made to the particular assets or groups of assets. Further, there was no indication of injustice in the trial judgment. The Court of Appeal did not find that the trial judge erred as to the facts of the case or that he either considered irrelevant factors or failed to consider relevant factors.

Cases Cited

Applied: *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2; **referred to**: *LeBlanc v. LeBlanc*, [1988] 1 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43, 45, 46, 51.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 13 R.F.L. (3d) 231, allowing in part respondent's appeal from a judgment of Locke J., [1985] W.D.F.L. 1578, [1985] B.C.W.L.D. 2710, awarding the appellant a 25 per cent interest in the family assets. Appeal allowed.

Thomas R. Berger, for the appellant.

B. A. Crane, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case raises, once again, the question of the proper exercise of a trial judge's discretion under provincial matrimonial property legislation, in this case the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, to order other than equal division of matrimonial property between spouses on the breakup of their marriage.

créer une injustice. En l'espèce, rien dans le jugement de première instance n'indique qu'il y ait eu erreur de droit. L'article 51 accorde à la Cour suprême de la province le pouvoir discrétionnaire de s'écarter de la règle de la répartition égale des biens familiaux formulée à l'art. 43 de la Loi lorsque, compte tenu des critères énumérés à l'art. 51, une répartition égale serait inéquitable. L'article 51 permet une évaluation de chaque bien, mais cet article n'impose pas une telle évaluation, et rien n'exige que les biens «commerciaux» soient examinés séparément des biens «du ménage». L'article 51 n'exige pas non plus que la cour fasse une répartition des biens qu'elle estime proportionnée à la contribution que chaque conjoint a apportée aux biens ou aux catégories de biens visés. De plus, rien dans le jugement de première instance n'indique qu'il y ait eu injustice. La Cour d'appel n'a pas conclu que le juge de première instance avait commis une erreur quant aux faits de l'espèce ni qu'il avait pris en considération des facteurs sans pertinence ou omis de tenir compte de facteurs pertinents.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2; **arrêt mentionné**: *LeBlanc c. LeBlanc*, [1988] 1 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43, 45, 46, 51.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 13 R.F.L. (3d) 231, qui a accueilli en partie l'appel de l'intimé contre un jugement du juge Locke, [1985] W.D.F.L. 1578, [1985] B.C.W.L.D. 2710, qui attribuait à l'appelante un intérêt de 25 p. 100 dans les biens familiaux. Pourvoi accueilli.

Thomas R. Berger, pour l'appelante.

B. A. Crane, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Cette affaire soulève encore une fois la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance en vertu de la législation provinciale sur les biens familiaux, en l'espèce la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, d'ordonner un partage en parts inégales des biens familiaux entre les conjoints, à la dissolution de leur mariage.

Facts and Proceedings

The parties to this appeal have been engaged in litigation since 1979. The history of that litigation and the factual circumstances of the parties' marriage, separation and divorce are lengthy and complex. I will therefore confine myself to a recitation of the facts and proceedings pertinent to the issue raised by this case.

The parties married in 1970 and separated in 1979. The respondent, Mr. Elsom, owned a number of companies, all involved in land development in the lower mainland of British Columbia. The respondent's business interests were all initially financed by a British company which he controlled and were all in place before he met the appellant.

A decree nisi was granted to the parties by judgment of the Supreme Court of British Columbia on March 17, 1982, reported at (1982), 35 B.C.L.R. 293. By the same judgment, Locke J. held that the family assets subject to division between the parties pursuant to s. 45 of the *Family Relations Act* (the "Act"), included the respondent's "business" property. Although the appellant had performed some "girl friday" work for certain of the respondent's companies, Locke J. did not find this work amounted to a direct contribution to the business interests of the respondent. However, she had made an indirect contribution through her management of household and child rearing responsibilities, and this indirect contribution brought the respondent's "business" property within the definition of family assets in s. 45(3)(e) of the Act. The judgment of Locke J. was confirmed on appeal. The judgment of the Court of Appeal is reported at (1983), 49 B.C.L.R. 297, 3 D.L.R. (4th) 500, 37 R.F.L. (2d) 150.

The matter came again before Locke J. for valuation of the family assets and apportionment of the property between the spouses. The respondent is legal owner of virtually all the property, both that used primarily for family purposes and that used primarily for business purposes. Locke J. departed from the *prima facie* rule of 50/50 division between the spouses enunciated in s. 43(2) of

Les faits et les procédures

Les parties au présent pourvoi sont en procès depuis 1979. L'histoire du litige et les faits entourant le mariage, la séparation et le divorce des parties sont longs et complexes. Je me limiterai donc à exposer les faits et les procédures pertinents à la question en litige.

Les parties se sont mariées en 1970 et ont divorcé en 1979. L'intimé, M. Elsom, était propriétaire de plusieurs sociétés, s'occupant toutes de promotion immobilière dans le sud-ouest de la Colombie-Britannique. Tous les intérêts commerciaux de l'intimé avaient été financés à l'origine par une société britannique dont il était l'actionnaire majoritaire, et ils étaient tous en place avant qu'il fasse la connaissance de l'appelante.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé aux parties un jugement conditionnel de divorce le 17 mars 1982, publié à (1982), 35 B.C.L.R. 293. Dans le même jugement, le juge Locke a conclu que les biens familiaux à répartir en application de l'art. 45 de la *Family Relations Act* (la «Loi»), comprenaient les biens «commerciaux» de l'intimé. Bien que l'appelante ait accompli des tâches diverses de secrétariat général pour certaines des sociétés de l'intimé, le juge Locke a estimé que ces travaux n'équivalaient pas à une contribution directe aux intérêts commerciaux de l'intimé. Elle avait cependant apporté une contribution indirecte par sa gestion domestique et l'éducation des enfants, et cette contribution indirecte faisait entrer les biens «commerciaux» de l'intimé dans la définition de biens familiaux à l'al. 45(3)e) de la Loi. Le jugement du juge Locke a été confirmé en appel. Le jugement de la Cour d'appel est publié à (1983), 49 B.C.L.R. 297, 3 D.L.R. (4th) 500, 37 R.F.L. (2d) 150.

L'affaire est revenue devant le juge Locke pour l'évaluation des biens familiaux et leur répartition entre les conjoints. L'intimé détient le titre de propriété de presque tous les biens, tant ceux utilisés surtout à des fins familiales que ceux utilisés surtout à des fins commerciales. Le juge Locke s'est écarté de la règle générale de la répartition égale des biens entre les conjoints selon le par.

the Act, and awarded a 25 per cent interest in the property to the appellant, which amounted to $1,450,000. The respondent appealed again from the judgment of Locke J., this time with success. The Court of Appeal set aside the order of the Supreme Court and ordered the respondent to pay to the appellant the amount of $681,200. The appellant appealed to this Court.

Relevant Statutory Provisions

The *Family Relations Act* addresses entitlement to family assets on the breakup of a marriage in Part 3 of the Act, which includes ss. 43 to 51. Section 43 establishes the principle that each spouse is entitled to an undivided one-half interest in the family assets. Section 45 defines "family asset" to be, in general, property owned by either or both spouses that is used for a family purpose. Included in the definition of "family asset" by s. 45(3)(e) is:

(e) a right, share or an interest of a spouse in a venture to which money or money's worth was, directly or indirectly, contributed by or on behalf of the other spouse.

Section 46(1) provides that where property owned by one spouse to the exclusion of the other is used primarily for business purposes and where the other spouse has made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property or operation of the business, the property is not a family asset. Section 46(2) states that an indirect contribution includes savings through effective management of household or child rearing responsibilities by the spouse who holds no interest in the property. In the case at bar, the respondent's business property was included in the family assets pursuant to s. 45(3)(e) because of the appellant's indirect contribution.

Section 51 provides for judicial reapportionment where, *inter alia*, the principle of equal division of property enunciated in s. 43 would be unfair.

For convenience, I reproduce the pertinent statutory provisions:

43(2) de la Loi et a attribué à l'appelante un intérêt de 25 p. 100 dans les biens, ce qui équivalait à 1 450 000 $. L'intimé a de nouveau fait appel du jugement du juge Locke, cette fois avec succès. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance de la Cour suprême et ordonné à l'intimé de verser à l'appelante la somme de 681 200 $. L'appelante se pourvoit devant cette Cour.

Les textes de loi pertinents

La partie 3 de la *Family Relations Act*, qui comprend les art. 43 à 51, traite du droit aux biens familiaux à la rupture du mariage. L'article 43 établit le principe que chaque conjoint a droit à une moitié indivise des biens familiaux. Suivant la définition de l'art. 45, les «biens familiaux» sont, en général, les biens qui appartiennent à l'un ou l'autre des conjoints, ou aux deux, et qui sont utilisés à des fins familiales. Les «biens familiaux» comprennent, suivant la définition donnée à l'al. 45(3)e):

[TRADUCTION] e) un droit, une participation ou un intérêt d'un conjoint dans une entreprise à laquelle un apport en argent, ou qui s'évalue en argent, a été fait directement ou indirectement par l'autre conjoint ou pour son compte.

Le paragraphe 46(1) prévoit que, lorsqu'un bien appartenant à un conjoint à l'exclusion de l'autre est utilisé surtout à des fins commerciales et que l'autre conjoint n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien ou au fonctionnement de l'entreprise, le bien n'est pas un bien familial. Le paragraphe 46(2) dit que la contribution indirecte comprend des économies réalisées au moyen de la gestion domestique efficace ou l'éducation des enfants par le conjoint qui ne détient aucun intérêt dans le bien. En l'espèce, les biens commerciaux de l'intimé ont été inclus dans les biens familiaux en application de l'al. 45(3)e) à cause de la contribution indirecte de l'appelante.

L'article 51 prévoit une nouvelle répartition judiciaire dans le cas notamment où le principe du partage égal des biens, énoncé à l'art. 43, serait inéquitable.

Pour plus de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes:

43. (1) Subject to this Part, each spouse is entitled to an interest in each family asset on or after March 31, 1979 when

(a) a separation agreement;

(b) a declaratory judgment under section 44;

(c) an order for dissolution of marriage or judicial separation; or

(d) an order declaring the marriage null and void

respecting the marriage is first made.

(2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant in common.

(3) An interest under subsection (1) is subject to

(a) an order under this Part; or

(b) a marriage agreement or a separation agreement.

(4) This section applies to a marriage entered into before or after this section comes into force.

45. (1) Subject to section 46, this section defines family asset for the purposes of the Act.

(2) Property owned by one or both spouses and ordinarily used by a spouse or a minor child of either spouse for a family purpose is a family asset.

(3) Without restricting the generality of subsection (2), the definition of family asset includes

. . .

(e) a right, share or an interest of a spouse in a venture to which money or money's worth was, directly or indirectly, contributed by or on behalf of the other spouse.

(4) The definition of family asset applies to marriages entered into and property acquired before or after March 31, 1979.

46. (1) Where property is owned by one spouse to the exclusion of the other and is used primarily for business purposes and where the spouse who does not own the property made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property by the other spouse or to the operation of the business, the property is not a family asset.

(2) In section 45 (3) (e) or subsection (1), an indirect contribution includes savings through effective management of household or child rearing responsibilities by the spouse who holds no interest in the property.

[TRADUCTION] **43.** (1) Sous réserve de la présente partie, chaque conjoint a droit à un intérêt dans chaque bien familial le ou après le 31 mars 1979 lorsque intervient pour la première fois

a) un accord de séparation;

b) un jugement déclaratoire en vertu de l'article 44;

c) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire; ou

d) une ordonnance déclarant que le mariage est nul et sans effet.

(2) L'intérêt visé au paragraphe (1) est une moitié indivise des biens familiaux à titre de tenant commun.

(3) Un intérêt visé au paragraphe (1) est assujetti à

a) une ordonnance en vertu de la présente partie; ou

b) à un contrat de mariage ou à un accord de séparation.

(4) Le présent article s'applique à un mariage célébré avant ou après l'entrée en vigueur du présent article.

45. (1) Sous réserve de l'article 46, le présent article définit les biens familiaux aux fins de la Loi.

(2) Le bien qui appartient à un des conjoints ou aux deux et qui est ordinairement utilisé par un conjoint ou un enfant mineur de l'un ou l'autre des conjoints à une fin familiale est un bien familial.

(3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), la définition de biens familiaux comprend

. . .

e) un droit, une participation ou un intérêt d'un conjoint dans une entreprise à laquelle un apport en argent, ou qui s'évalue en argent, a été fait directement ou indirectement par l'autre conjoint ou pour son compte.

(4) La définition de biens familiaux s'applique aux mariages célébrés et aux biens acquis avant ou après le 31 mars 1979.

46. (1) Lorsqu'un bien appartient à un conjoint à l'exclusion de l'autre et est utilisé surtout à des fins commerciales et lorsque le conjoint à qui n'appartient pas le bien n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien par l'autre conjoint ou au fonctionnement de l'entreprise, le bien n'est pas un bien familial.

(2) À l'alinéa 45 (3) e) ou au paragraphe (1), une contribution indirecte comprend des économies réalisées au moyen de la gestion domestique efficace ou l'éducation des enfants par le conjoint qui ne détient aucun intérêt dans le bien.

51. Where the provisions for division of property between spouses under section 43 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

(a) the duration of the marriage;

(b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(c) the date when property was acquired or disposed of;

(d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift;

(e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient; or

(f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. Additionally or alternatively the court may order that other property not covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, of one spouse be vested in the other spouse.

51. Lorsque les dispositions visant la répartition des biens entre les conjoints en vertu de l'article 43 ou de leur contrat de mariage, selon le cas, seraient inéquitables compte tenu

a) de la durée du mariage;

b) de la durée de la séparation de fait;

c) de la date de l'acquisition ou de l'aliénation du bien;

d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par succession ou par donation;

e) des besoins de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome; ou

f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou dettes d'un conjoint;

la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les biens visés à l'article 43 ou au contrat de mariage, selon le cas, soient répartis dans des proportions qu'elle fixe. En outre ou subsidiairement, la cour peut ordonner que les autres biens non visés par l'article 43 ou par le contrat de mariage, selon le cas, appartenant à l'un des conjoints soient dévolus à l'autre conjoint.

Decisions of the Courts Below

The Supreme Court of British Columbia

Two issues were before the Supreme Court of British Columbia for resolution: valuation of family assets and division of those assets. Much of Locke J.'s unreported decision of July 2, 1985 addresses the question of valuation of the property, a question which is not at issue before this Court.

Locke J.'s reasons for judgment on the second issue, the determination of the spouses' respective shares in the family assets, can best be summarized by the citation of certain extracts found at p. 52 of his decision:

> ... by being a satisfactory wife and mother except in very exceptional circumstances the wife makes an indirect contribution and there is therefore a *prima facie* entitlement in an asset in a sense that any necessary *nexus* is established.

. . .

Les cours d'instance inférieure

La Cour suprême de la Colombie-Britannique

La Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie de deux questions litigieuses: l'évaluation des biens familiaux et la répartition de ces biens. Une bonne partie de la décision non publiée du juge Locke, rendue le 2 juillet 1985, porte sur la question de l'évaluation des biens, une question qui n'est pas en litige devant nous.

Les motifs de jugement du juge Locke sur la seconde question, la fixation des parts respectives des conjoints dans les biens familiaux, sont bien résumés par certains extraits de la p. 52 de sa décision:

> [TRADUCTION] ... en étant une bonne épouse et une bonne mère sauf en des circonstances très exceptionnelles l'épouse apporte une contribution indirecte et elle a donc *prima facie* un droit dans un bien, en ce sens qu'un lien nécessaire est établi.

. . .

I commence from the 50% premise of s. 43 and go directly to s. 51 and each heading and recite a minimum of facts with needed reference to the law as I understand it.

Locke J. then examined each of the factors enunciated in s. 51 of the Act in the context of the facts of the case before him and the relevant case law. He listed the factors he considered relevant to the exercise of his discretion pursuant to s. 51, at pp. 57-59:

These parties lived together for 9 years before separation and neither of them were youngsters. It is not obvious that the marriage is so short that one must immediately come to the conclusion that a 50% division is unfair. But as I follow the train of thought in the authorities, in the case of a long marriage with a continuing contribution by the wife, even if only indirect, it becomes more difficult to displace the 50% rule, without something more.

. . .

I consider the following factors:

1. There was a "same dwelling" marriage of 9 years with a decree nisi after 12 years, which is—I think some distance from what the ordinary middle-class family regards as some standard of stability.
2. All the assets were acquired prior to the arrival on the scene of Mrs. Elsom. I will not repeat her activities since that time.
3. Any increase in value either came from Elsom's own assets or an inheritance interest or were generated from a business apparatus all in place prior to the marriage.
4. She did not in fact make any measurable direct contribution to the money-making business.
5. She has not in fact made any contribution of any kind since separation in 1979 except to look after the boy, who was and is the subject of a custody and access struggle, and as to this there has I think been an emotional drain on both parties.

Locke J. stated his conclusion on p. 59:

It is my finding that under all the circumstances such as this it is unfair that the wife should share equally in the family assets. In my view twenty-five percent is fair. Slightly rounded, this amounts to $1,450,000.00.

Je pars de la prémisse de la répartition égale prévue à l'art. 43 pour passer directement à l'art. 51 et à chacun de ses alinéas, et je vais relater un minimum de faits avec renvoi au droit tel que je le comprends.

Le juge Locke a alors examiné chacun des facteurs énumérés à l'art. 51 de la Loi dans le contexte des faits de l'affaire et de la jurisprudence pertinente. Il a énuméré les facteurs qu'il estimait pertinents relativement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 51, aux pp. 57 à 59:

[TRADUCTION] Les parties ont vécu ensemble pendant neuf ans avant leur séparation et ni l'un ni l'autre n'étaient de jeunes gens. Il n'est pas évident que la durée du mariage soit si courte qu'il faille immédiatement conclure que la répartition égale est inéquitable. Mais si je comprends bien la ligne de pensée de la jurisprudence, dans le cas d'un mariage de longue durée où il y a une contribution continue de l'épouse, même si elle n'est qu'indirecte, il devient plus difficile d'écarter la règle des 50 p. 100 sans autre motif.

. . .

Je tiens compte des facteurs suivants:

1. Il y a eu cohabitation pendant neuf ans et jugement conditionnel après douze ans, ce qui est, je pense, plutôt éloigné de ce que la famille ordinaire de classe moyenne considère comme une norme de stabilité.
2. Tous les biens ont été acquis avant l'arrivée en scène de Mme Elsom. Je ne reviens pas sur ses activités depuis.
3. Toute augmentation de valeur est venue soit des biens propres d'Elsom soit d'un héritage, ou a été produite grâce à une structure commerciale déjà en place avant le mariage.
4. Elle n'a en fait apporté aucune contribution directe mesurable à l'entreprise productrice de revenus.
5. Elle n'a en fait apporté aucune contribution d'aucune sorte depuis la séparation en 1979, si ce n'est qu'elle s'est occupée du garçon, qui fait l'objet d'un litige quant à la garde et aux droits de visite, une source de difficultés émotionnelles pour les deux parties.

Le juge Locke conclut à la p. 59:

[TRADUCTION] Je conclus qu'étant donné toutes les circonstances il est inéquitable que l'épouse ait une part égale des biens familiaux. À mon avis, une part de 25 p. 100 est équitable. Légèrement arrondi, cela équivaut à 1 450 000 $.

The Court of Appeal

The Court of Appeal, although it did not say so in so many words, held that Locke J. had misdirected himself: (1987), 13 R.F.L. (3d) 231. Macfarlane J.A. for the Court stated that s. 51 of the Act (at p. 238):

> ... requires the court to consider the facts with respect to individual assets, and, in effect, to compare the contribution made by each spouse to each asset .... Therefore, if the factors of the case require separate consideration of the business and domestic assets, as they do here, then that approach should be taken.

The Court of Appeal found that Locke J. erred in failing to apply the principle of comparison of each spouse's contribution to each individual asset (at p. 238):

> Had that approach been applied in this case I think that the judge would have concluded that the wife should have a much smaller share of the business assets than of the domestic assets.

In the opinion of the Court of Appeal:

> ... the facts indicate that a 25 per cent share in the business assets was disproportionate to the wife's indirect contribution to those assets. I think that a fair share, having regard to criteria contained in s. 51, would be 10 per cent.

However, because the appellant had been concerned on a daily basis with the "domestic" assets, the Court of Appeal held that a 50 per cent share of those assets was fair. In the result, the value of the appellant's share of the family assets was reduced from $1,450,000 to $681,200.

Issue

Did the Court of Appeal err in interfering with the trial judge's exercise of his discretion under s. 51 of the Act to effect a reapportionment of property between the parties?

Analysis

Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge's discretion. It is he who has the advantage of hearing the

La Cour d'appel

Bien qu'elle ne l'ait pas dit directement, la Cour d'appel a conclu que le juge Locke s'était fondé sur des considérations erronées en droit: (1987), 13 R.F.L. (3d) 231. Le juge Macfarlane au nom de la Cour (à la p. 238) a déclaré en effet que l'art. 51 de la Loi:

> [TRADUCTION] ... exige que la cour examine les faits relativement aux biens pris individuellement et, en fait, compare la contribution apportée par chaque conjoint à chaque bien [...] Par conséquent, si les facteurs de l'affaire exigent un examen séparé des biens commerciaux et des biens du ménage, comme c'est le cas en l'espèce, alors cette méthode doit être employée.

La Cour d'appel a conclu que le juge Locke avait commis une erreur en n'appliquant pas le principe de la comparaison de la contribution de chaque conjoint à chaque bien pris individuellement (à la p. 238):

> [TRADUCTION] Si cette méthode avait été appliquée en l'espèce, je pense que le juge aurait conclu que l'épouse aurait dû avoir une part beaucoup plus petite des biens commerciaux que des biens du ménage.

De l'avis de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] ... les faits indiquent qu'une part de 25 p. 100 dans les biens commerciaux est sans proportion avec la contribution indirecte de l'épouse à ces biens. Je pense qu'une part équitable, compte tenu des critères contenus à l'art. 51, serait de 10 p. 100.

Cependant, puisque l'appelante s'était occupée quotidiennement des biens «du ménage», la Cour d'appel a conclu qu'une part de 50 p. 100 de ces biens était équitable. Finalement, la valeur de la part de l'appelante dans les biens familiaux a été réduite de 1 450 000 $ à 681 200 $.

La question en litige

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant à l'égard de l'exercice par le juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire, conféré par l'art. 51 de la Loi, de procéder à la répartition des biens entre les parties?

Analyse

Les cours d'appel devraient avoir beaucoup d'hésitation à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance.

parties and is in the best position to weigh the equities of a case. The principle of non-interference has been emphasized by this Court in a number of cases concerning the division of family property. In *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, the Court did interfere with the discretion of the trial judge, but only because the trial judge had acted on certain irrelevant considerations and the Court of Appeal had been misled on a matter of evidence by one of the parties. Chief Justice Laskin for the majority wrote at p. 18:

> [A]n appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act* . . . .

In the same case, Estey J. for the minority, dissenting in part, but only as to the share the wife should have in the matrimonial home, wrote at p. 24:

> An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.

> If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate per* Laidlaw J.A., [[1943] O.R. 778 (C.A.)], at p. 785.)

The principles enunciated in the *Harper* case, *supra*, indicate that an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. In my opinion, neither of these two circumstances are present in this case.

C'est lui qui a l'avantage d'entendre les parties et qui est le mieux placé pour apprécier l'équité d'une affaire. Cette Cour a souligné le principe de la non-intervention dans plusieurs arrêts concernant la répartition de biens familiaux. Dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la Cour est bien intervenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais seulement parce que celui-ci s'était fondé sur certaines considérations non pertinentes et que la Cour d'appel avait été induite en erreur par une des parties sur une question de preuve. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité à la p. 18:

> [U]ne cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'intervenir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act* . . .

Dans le même arrêt, le juge Estey au nom de la minorité, dissident seulement quant à la part que l'épouse devait avoir dans la résidence familiale, écrit à la p. 24:

> Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

> [TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*, le juge d'appel Laidlaw, [[1943] O.R. 778 (C.A.)], à la p. 785.)

Les principes énoncés dans l'arrêt *Harper*, précité, indiquent qu'une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces circonstances n'existe en l'espèce.

The Court of Appeal held that the trial judge had based himself on a wrong principle by failing to consider each asset individually and to compare the contributions of the spouses to that asset. I cite again the principle the Court of Appeal held to be correct (at p. 238):

> ... s. 51 ... requires the court to consider the facts with respect to individual assets, and, in effect, to compare the contribution made by each spouse to each asset .... Therefore, if the factors of the case require separate consideration of the business and domestic assets, as they do here, then that approach should be taken.

While it is true that s. 51 of the Act does permit an assessment of individual items of property (see s. 51(c), (d), (f)), that section does not require such an assessment. For example, a comparison of each spouse's contribution to the various items of property among the family assets would not be of assistance in deciding if an equal division of the property would be unfair in view of a spouse's capacities or liabilities (s. 51(e), (f)). Certainly there is no requirement in the Act that "business" assets be considered separately from "domestic" assets. In the case at bar, both the "business" assets and the "domestic" assets are considered to be "family assets" as defined by s. 43 of the Act.

Nor does s. 51 of the Act require the court to compare the respective contributions of the spouses and to award to each a share proportionate to those contributions. Section 51 confers a discretion on the Supreme Court to depart from the rule of equal division of family assets expressed in s. 43 of the Act where, having regard to the criteria set out in s. 51, equal division would be unfair. The legislator has decided that each spouse is entitled, in general, to a one-half interest in family assets. This Court has stated in its recent decision in *LeBlanc v. LeBlanc*, [1988] 1 S.C.R. 217, at p. 222, that this principle of equal division must be respected. While the contribution of a spouse may, on the facts of an individual case, be relevant under s. 51, which refers in para. (f) to "any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property", s. 51 does not require the court to effect a

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance s'était fondé sur un principe erroné parce qu'il n'avait pas examiné chaque bien individuellement, ni comparé les contributions des époux relativement à ce bien. Je cite de nouveau le principe que la Cour d'appel a tenu pour correct (à la p. 238):

> [TRADUCTION] ... l'art. 51 [...] exige que la cour examine les faits relativement aux biens pris individuellement et, en fait, compare la contribution apportée par chaque conjoint à chaque bien [...] Par conséquent, si les facteurs de l'affaire exigent un examen séparé des biens commerciaux et des biens du ménage, comme c'est le cas en l'espèce, alors cette méthode doit être employée.

Il est exact que l'art. 51 de la Loi permet une évaluation de chaque bien (voir les al. 51c), d), f)), mais cet article n'exige pas une telle évaluation. Par exemple, une comparaison de la contribution de chaque conjoint aux différents biens formant les biens familiaux n'aurait aucune utilité pour décider si une répartition égale des biens serait inéquitable compte tenu des moyens ou des dettes d'un époux (al. 51e), f)). Il est certain que la Loi n'exige pas que les biens «commerciaux» soient examinés séparément des biens «du ménage». En l'espèce, les biens «commerciaux» et les biens «du ménage» sont considérés comme des biens «familiaux» au sens de la définition de l'art. 43 de la Loi.

L'article 51 de la Loi n'exige pas non plus que la cour compare les contributions respectives des conjoints et accorde à chacun une part proportionnelle à ces contributions. L'article 51 accorde à la Cour suprême le pouvoir discrétionnaire de s'écarter de la règle de la répartition égale des biens familiaux formulée à l'art. 43 de la Loi lorsque, compte tenu des critères énumérés à l'art. 51, une répartition égale serait inéquitable. Le législateur a décidé que chaque conjoint a droit, de manière générale, à la moitié des biens familiaux. Cette Cour a dit dans son arrêt récent *LeBlanc c. LeBlanc*, [1988] 1 R.C.S. 217, à la p. 222, que le principe de la répartition égale doit être respecté. Bien que suivant les faits particuliers d'une affaire, la contribution d'un conjoint puisse être pertinente en vertu de l'art. 51 qui, en son al. f), mentionne «toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à

division of property that it feels is proportionate to the contribution each spouse has made to the particular assets or groups of assets. While contribution of a spouse, direct or indirect, may be a governing consideration in determining which are family assets, this is not so in deciding their apportionment between the spouses where a number of other factors come into play.

An appellate court may find it necessary to intervene in the exercise of a trial judge's discretion where his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. However, in the case at bar, the Court of Appeal did not find that the manner in which the trial judge exercised his discretion amounted to an injustice. It did not find that Locke J. had erred as to the facts of the case (although it did correct a minor error in the valuation of one of the properties). It did not find that the trial judge had taken into consideration irrelevant factors or had failed to take into consideration relevant factors.

In my opinion, there is no indication in the trial judgment of either misdirection or injustice in the exercise of the trial judge's discretion under s. 51 of the Act which could justify the intervention of the Court of Appeal.

Conclusion

I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge. The appellant is entitled to costs in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gowling & Henderson, Ottawa.

l'utilisation d'un bien», l'art. 51 n'exige pas que la cour fasse une répartition des biens qu'elle estime proportionnée à la contribution que chaque conjoint a apportée aux biens ou aux catégories de biens visés. La contribution d'un conjoint, fût-elle directe ou indirecte, peut être une considération déterminante pour établir quels sont les biens familiaux, mais tel n'est pas le cas quand il s'agit de décider de leur répartition entre les conjoints lorsque plusieurs autres facteurs entrent en jeu.

Une cour d'appel peut juger nécessaire d'intervenir à l'égard de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré à un juge de première instance, lorsque sa décision est erronée au point de créer une injustice. Toutefois en l'espèce, la Cour d'appel n'a pas conclu que la façon dont le juge de première instance avait exercé son pouvoir discrétionnaire créait une injustice. Elle n'a pas conclu que le juge Locke avait commis une erreur quant aux faits de l'affaire (bien qu'elle ait corrigé une erreur mineure dans l'évaluation d'un des biens). Elle n'a pas conclu que le juge de première instance avait pris en considération des facteurs sans pertinence ou avait omis de tenir compte de facteurs pertinents.

À mon avis, rien dans le jugement de première instance n'indique qu'il y ait eu erreur de droit ou injustice dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge de première instance par l'art. 51 de la Loi de façon à justifier l'intervention de la Cour d'appel.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Gowling & Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Gary Zeolkowski *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ZEOLKOWSKI

File No.: 20395.

1989: March 15; 1989: May 18.

Present: Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Evidence — Admissibility — Firearm prohibition hearing — Provincial court judge to hear "all relevant evidence" — Whether or not rules of evidence apply to firearm prohibition hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 98(4), (6).

A police officer made application in provincial court, pursuant to s. 98(4) of the *Criminal Code*, for an order prohibiting respondent from possessing any firearms or ammunition or explosive substances. Prior to the calling of any evidence, counsel for the respondent requested a general ruling as to the admission of hearsay evidence. The "custom" in Manitoba provincial courts had been to permit hearsay testimony at hearings on applications for a firearm prohibition. When the judge ruled that evidence at a firearm prohibition hearing was to be limited to what would be admissible at a criminal trial, counsel for the Crown, who had intended to rely on hearsay evidence as to threats made by respondent, called no evidence and the application was dismissed. The ruling as to admissibility was upheld on appeal by the Crown, first by the Court of Queen's Bench, and then by a majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Hearsay evidence is admissible at a firearm prohibition hearing under s. 98(6) unless such a result is precluded by the words "all relevant evidence". The provincial court judge's role in such hearings is to confirm the existence of the reasonable grounds which led the peace officer to launch the application, as proved on a balance of probabilities. It was not intended that

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Gary Zeolkowski *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ZEOLKOWSKI

N° du greffe: 20395.

1989: 15 mars; 1989: 18 mai.

Présents: Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Preuve — Admissibilité — Audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu — Audition de «tout élément de preuve pertinent» par le juge de la Cour provinciale — Les règles de la preuve s'appliquent-elles à une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 98(4), (6).

Un agent de police a demandé à la Cour provinciale, conformément au par. 98(4) du *Code criminel*, une ordonnance interdisant à l'intimé d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives. Avant la présentation de la preuve, l'avocat de l'intimé a demandé une décision générale sur la question de l'admission de la preuve par ouï-dire. Les cours provinciales du Manitoba avaient «coutume» d'autoriser la preuve par ouï-dire lorsqu'elles entendaient des demandes d'interdiction de possession d'armes à feu. Lorsque le juge a statué que la preuve présentée à une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu doit se limiter à ce qui serait admissible dans un procès criminel, l'avocat de la poursuite, qui avait voulu invoquer une preuve par ouï-dire relativement aux menaces faites par l'intimé, n'a présenté aucune preuve et la demande fut rejetée. Portée en appel par la poursuite, la décision relative à la question de l'admissibilité a été confirmée d'abord par la Cour du Banc de la Reine et ensuite par la Cour d'appel à la majorité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La preuve par ouï-dire est admissible à l'audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu, tenue sous le régime du par. 98(6), à moins que les termes «tout élément de preuve pertinent» n'empêchent de tirer cette conclusion. Le rôle du juge de la cour provinciale dans ces audiences est de confirmer l'existence des motifs raisonnables qui ont amené l'agent de la paix à présenter la demande, laquelle existence doit être établie selon la prépondérance des probabilités. On n'a

the provincial court judge strictly apply the rules of evidence.

The expression "all relevant evidence" means all facts which are logically probative of the issue. The rules of evidence as to admissibility signify that the fact is relevant and that it satisfies auxiliary tests and extrinsic policies. Parliament, by using the phrase "all relevant evidence", required only that the evidence at the firearm prohibition hearing be relevant; it did not address the question of exclusionary rules. The effect of the exclusionary rules is left to the provincial court judge as part of the whole body of evidence on which the provincial court judge determines whether reasonable grounds exist. Frailties in the evidence are a matter of weight.

Cases Cited

Referred to: *R. v. McWhirter* (1982), 51 N.S.R. (2d) 181; *R. v. Cardinal* (1980), 52 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *R. v. Dhillon* (1981), 64 C.C.C. (2d) 483; *R. v. Krieger*, Sask. Prov. Ct., February 2, 1984, unreported; *Duguay v. Houle*, Que. Sup. Ct., September 24, 1985, unreported; *R. v. Linder* (1980), 5 W.C.B. 86; *Re Creusot* (1987), 62 Sask. R. 112; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 98(4), (5), (6), (7), (9), (10), (12), 104(6), 178.12, 443, 457.3, 690, 745.

Criminal Law Amendment Act 1977, S.C. 1976-77, c. 53.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Driedger, Elmer Abram. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

Scarff, Elizabeth. *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation: Final Report*. Ottawa: Solicitor General Canada, Programs Branch, Research Division, 1983.

Thayer, James B. "Presumptions and the Law of Evidence," 3 *Harv. L. Rev.* 141 (1889).

pas voulu que le juge de la cour provinciale applique strictement les règles de la preuve.

L'expression «tout élément de preuve pertinent» désigne tous les faits qui, logiquement, ont une valeur probante eu égard à la question en litige. Les règles de preuve relatives à l'admissibilité signifient que le fait est pertinent et qu'il satisfait aux critères auxiliaires et aux principes extrinsèques. En utilisant l'expression «tout élément de preuve pertinent», le législateur a exigé seulement que les éléments de preuve soumis à une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu soient pertinents; il n'a pas abordé la question des règles d'exclusion. Le juge de la cour provinciale décide de l'effet des règles d'exclusion dans le cadre de l'ensemble des éléments de preuve sur lesquels il se fonde pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables. Les faiblesses de la preuve en affectent la force probante.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. McWhirter* (1982), 51 N.S.R. (2d) 181; *R. v. Cardinal* (1980), 52 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *R. v. Dhillon* (1981), 64 C.C.C. (2d) 483; *R. v. Krieger*, C. prov. Sask., 2 février 1984, inédit; *Duguay v. Houle*, C.S. Qué., 24 septembre 1985, inédit; *R. v. Linder* (1980), 5 W.C.B. 86; *Re Creusot* (1987), 62 Sask. R. 112; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 98(4), (5), (6), (7), (9), (10), (12), 104(6), 178.12, 443, 457.3, 690, 745.

Loi de 1977 modifiant le droit pénal, S.C. 1976-77, chap. 53.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Driedger, Elmer Abram. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

Scarff, Elizabeth. *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation: Final Report*. Ottawa: Solicitor General Canada, Programs Branch, Research Division, 1983.

Thayer, James B. «Presumptions and the Law of Evidence», 3 *Harv. L. Rev.* 141 (1889).

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 46 Man. R. (2d) 40, [1987] 3 W.W.R. 739, dismissing an appeal from a judgment of Schwartz J. (1986), 44 Man. R. (2d) 123, [1986] 6 W.W.R. 698, dismissing an appeal from a ruling of Stefanson Prov. Ct. J. Appeal allowed.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the appellant.

M. J. Manko, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is from the decision of the Manitoba Court of Appeal affirming the decision of Schwartz J. in the Court of Queen's Bench. Schwartz J. in turn affirmed the decision of Stefanson Prov. Ct. J. who dismissed an application to prohibit the respondent from possessing firearms.

The issue in this appeal is whether hearsay evidence is admissible at the hearing of an application under s. 98(6) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100(6)).

The hearing before Stefanson Prov. Ct. J. arose out of the following incident. On January 28, 1985, Sergeant Edward Koch of the Winnipeg Police Department made an application pursuant to s. 98(4) of the *Criminal Code* for an order prohibiting the respondent from possessing any firearms or ammunition or explosive substances. Joanne Zeolkowski, the respondent's wife, had informed the officer that the respondent had threatened her, and that she believed that the respondent would use the weapons against her.

The hearing of the application commenced on May 17, 1985. Prior to the calling of any evidence, counsel for the respondent requested a ruling on the nature of the evidence which the court would permit during the hearing; in particular, counsel sought a general ruling to prohibit witnesses from

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 46 Man. R. (2d) 40, [1987] 3 W.W.R. 739, qui a rejeté l'appel de la décision du juge Schwartz (1986), 44 Man. R. (2d) 123, [1986] 6 W.W.R. 698, de rejeter l'appel d'une décision du juge Stefanson de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'appelante.

M. J. Manko, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a confirmé la décision du juge Schwartz de la Cour du Banc de la Reine. Le juge Schwartz avait lui-même confirmé la décision du juge Stefanson de la Cour provinciale de rejeter une demande visant à empêcher l'intimé d'avoir des armes à feu en sa possession.

La question en l'espèce est de savoir si la preuve par ouï-dire est admissible lors de l'audition d'une demande présentée en vertu du par. 98(6) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, par. 100(6)).

L'audience tenue devant le juge Stefanson de la Cour provinciale découlait de l'incident suivant. Le 28 janvier 1985, le sergent Edward Koch de la police de Winnipeg a présenté une demande en vertu du par. 98(4) du *Code criminel* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimé d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives. Joanne Zeolkowski, l'épouse de l'intimé, avait informé l'agent que l'intimé l'avait menacée et qu'elle croyait que ce dernier utiliserait ces armes contre elle.

L'audition de la demande a débuté le 17 mai 1985. Avant la présentation de la preuve, l'avocat de l'intimé a demandé à la cour de statuer sur la nature de la preuve qu'elle autoriserait au cours de l'audience et, plus particulièrement, de décider généralement qu'il soit interdit aux témoins de

testifying as to facts based on hearsay information. This request was prompted by: the Crown's intention to call Sergeant Koch to testify as to what the respondent's wife had told him, rather than calling Joanne Zeolkowski herself to testify; and the "custom" in Manitoba Provincial Courts of permitting hearsay testimony at hearings on applications for a firearm prohibition.

After considering the written argument submitted by both counsel, Stefanson Prov. Ct. J. ruled that hearsay evidence was inadmissible, in that evidence at a hearing under s. 98(6) is limited to that which would be admissible at a criminal trial. When the hearing recommenced, the Crown called no evidence, and Stefanson Prov. Ct. J. dismissed the application. On appeal by the Crown to the Court of Queen's Bench, Schwartz J. held that Stefanson Prov. Ct. J. had made the correct ruling on admissibility.

On further appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the ordinary rules of evidence should not be relaxed. Notwithstanding that the respondent was not faced with a criminal charge or punishment, his rights might be affected by a firearm prohibition order. Absent a clear direction to the contrary, the general rules of evidence apply in a judicial proceeding. The majority was of the view that the term "all relevant evidence" does not invite the conclusion that Parliament intended the rules of evidence to be relaxed or varied in a hearing under s. 98(6).

Monnin C.J.M. dissented. The Chief Justice was of the view that s. 98 constitutes gun control legislation which is designed to minimize the risks and dangers resulting from the free and uncontrolled use of firearms. In his opinion, the only requirement in s. 98(6) is that the evidence be relevant to the issue to be determined. Thus, hearsay evidence is admissible. In this regard, Monnin C.J.M. approved the reasoning of the Supreme

déposer relativement à des faits fondés sur le ouï-dire. Cette requête découlait de l'intention de la poursuite de citer le sergent Koch pour qu'il témoigne sur ce que l'épouse de l'intimé lui avait dit au lieu de citer Joanne Zeolkowski elle-même, ainsi que de la «coutume» qu'ont les cours provinciales du Manitoba d'autoriser la preuve par ouï-dire lorsqu'elles entendent des demandes d'interdiction de possession d'armes à feu.

Après avoir examiné l'argumentation écrite présentée par les deux avocats, le juge Stefanson de la Cour provinciale a statué que la preuve par ouï-dire était inadmissible car la preuve présentée au cours d'une audience tenue en vertu du par. 98(6) se limite à ce qui serait admissible dans un procès criminel. À la reprise de l'audience, la poursuite n'a présenté aucune preuve et le juge Stefanson a rejeté la demande. Lorsque la poursuite a interjeté appel de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine, le juge Schwartz a statué que le juge Stefanson avait bien décidé de la question de l'admissibilité.

Saisie d'un appel devant elle, la Cour d'appel a conclu à la majorité que les règles ordinaires de la preuve ne doivent pas être assouplies. Même si l'intimé n'était pas confronté à une inculpation criminelle ou à une peine, une ordonnance d'interdiction de possession d'armes à feu pourrait porter atteinte à ses droits. En l'absence d'une directive claire en sens contraire, les règles générales de la preuve s'appliquent dans une instance judiciaire. Selon les juges formant la majorité, l'expression «tout élément de preuve pertinent» n'incite pas à conclure que le législateur a voulu que les règles de la preuve soient assouplies ou modifiées lorsqu'on procède à une audience en vertu du par. 98(6).

Le juge en chef Monnin du Manitoba était dissident, estimant que l'art. 98 constitue une mesure législative portant sur le contrôle des armes à feu, qui vise à minimiser les risques et les dangers résultant de l'utilisation libre et incontrôlée de telles armes. À son avis, la seule exigence que pose le par. 98(6) est que la preuve soit pertinente relativement à la question qui doit être tranchée. La preuve par ouï-dire est donc admissible. À cet égard, le juge en chef Monnin a souscrit au raisonnement adopté par la Cour suprême de la

Court of Nova Scotia, Appeal Division in *R. v. McWhirter* (1982), 51 N.S.R. (2d) 181.

Sections 98(4) and 98(6) state:

98. ...

(4) Where a peace officer has reasonable grounds to believe that it is not desirable in the interests of the safety of any person that a particular person should possess any firearm or any ammunition or explosive substance, he may apply to a provincial court judge for an order prohibiting that particular person from having in his possession any firearm or any ammunition or explosive substance.

. . .

(6) At the hearing of an application made pursuant to subsection (4) the provincial court judge shall hear all relevant evidence presented by or on behalf of the applicant and the person against whom the order of prohibition is sought and where, at the conclusion of the hearing, the provincial court judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that it is not desirable in the interests of the safety of the person against whom the order of prohibition is sought or of any other person that the person against whom the order is sought should possess any firearm or any ammunition or explosive substance, the provincial court judge shall make an order prohibiting him from having in his possession any firearm or any ammunition or explosive substance for any period of time, not exceeding five years, specified in the order and computed from the day the order is made.

These subsections create one of the prohibitions to the possession of firearms available under s. 98. Section 98 is part of the firearm control scheme created under the *Criminal Code*. A brief overview of the relevant procedures in that scheme follows.

Section 104 sets out the general procedure by which a person may apply to a firearms officer to obtain a firearms acquisition certificate. It sets out the information that a firearms officer may look to, and the criteria which that officer must consider, in deciding whether it is "desirable in the interests of the safety of the applicant or of any other person" that a certificate be issued. If requested to do so, the firearms officer must refer his or her decision to a provincial court judge for confirmation or variation (s. 104(6)).

Nouvelle-Écosse, Division d'appel, dans l'arrêt *R. v. McWhirter* (1982), 51 N.S.R. (2d) 181.

Les paragraphes 98(4) et 98(6) disposent:

98. ...

(4) L'agent de la paix qui croit pour des motifs raisonnables qu'il ne serait pas souhaitable pour la sécurité de qui que ce soit qu'un individu soit autorisé à avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives, peut demander à un juge de la cour provinciale de rendre une ordonnance le lui interdisant.

. . .

(6) Lors de l'audition de la demande présentée en vertu du paragraphe (4), le juge de la cour provinciale prend connaissance de tout élément de preuve pertinent que présentent le requérant et la personne visée par l'interdiction demandée, ou leurs procureurs, et s'il est convaincu à la fin de l'audition qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il ne serait pas souhaitable pour la sécurité de la personne ainsi visée, ni pour celle d'autrui, qu'elle soit autorisée à avoir en sa possession des armes à feu, des munitions ou des substances explosives, il doit rendre une ordonnance lui interdisant d'en avoir en sa possession pour une période qu'il indique dans l'ordonnance, d'au plus cinq ans, à compter de la date où l'ordonnance est rendue.

Ces paragraphes créent l'une des interdictions de possession d'armes à feu prévue à l'art. 98 qui fait partie du mécanisme de contrôle des armes à feu établi en vertu du *Code criminel*. Voici un bref aperçu des procédures pertinentes que comporte ce mécanisme.

L'article 104 énonce la procédure générale par laquelle une personne peut demander à un préposé aux armes à feu une autorisation d'acquisition d'armes à feu. Il décrit les renseignements qu'un préposé aux armes à feu peut examiner et les critères que ce préposé doit considérer lorsqu'il décide s'il est «souhaitable pour la sécurité du requérant, ou pour celle d'autrui», qu'une autorisation soit délivrée. Le préposé aux armes à feu doit, si on le lui demande, soumettre sa décision à un juge de la cour provinciale pour confirmation ou modification (par. 104(6)).

Both a s. 98(4) application and a s. 104(6) reference require that a hearing be held before a provincial court judge, and that notice of that hearing be given to the subject of the application or reference (s. 98(5)). As set out above, s. 98(6) describes the hearing held on a s. 98(4) application. Similarly, s. 98(7) describes the hearing to be held on a s. 104(6) reference. The provincial court judge may proceed *ex parte* to hear and determine the application or reference (s. 98(9)).

An appeal may be taken from the decision of the provincial court judge in the application or reference (s. 98(10)). Breach of a prohibition order made pursuant to s. 98 is an offence (s. 98(12)).

Section 98 was enacted as part of the *Criminal Law Amendment Act 1977*, S.C. 1976-77, c. 53. This legislation added Part II.1 (Firearms and Other Offensive Weapons) to the *Criminal Code*. This Part sets out a code of requirements governing all aspects of behaviour respecting firearms and other offensive weapons (see *R. v. Cardinal* (1980), 52 C.C.C. (2d) 269 (Alta. C.A.), at p. 273). While firearms have been regulated in some form in Canada since 1892, the amendments of 1977 were intended as a more comprehensive approach to protecting the public from firearm misuse (Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), at p. 2). In my opinion, Lane Co. Ct. J. accurately stated the purpose of the legislation in *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439, at p. 447:

> The recognized intent of s. 98 as a whole is to remove, or to prevent the acquisition of firearms from those members of the population who have committed offences, or who it may be reasonably anticipated may commit an offence.

The pre-emptive prohibition created by s. 98(4) and (6) is in keeping with this purpose. As the results of a review of Canada's gun control legislation indicate, the prohibition can be useful, particularly in recurring domestic or neighbourhood confrontations (Scarff, *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation: Final Report* (1983),

Une demande prévue au par. 98(4) et un renvoi fondé sur le par. 104(6) exigent tous deux qu'une audience ait lieu devant un juge de la cour provinciale et qu'un avis de cette audience soit donné à la personne visée par la demande ou le renvoi (par. 98(5)). Comme on l'a déjà vu, le par. 98(6) décrit l'audience portant sur une demande prévue au par. 98(4). De même, le par. 98(7) décrit l'audience qui doit avoir lieu lorsqu'il y a un renvoi fondé sur le par. 104(6). Le juge de la cour provinciale peut entendre *ex parte* la demande ou le renvoi et en disposer (par. 98(9)).

Il peut être interjeté appel de la décision du juge de la cour provinciale concernant la demande ou le renvoi (par. 98(10)). La violation d'une ordonnance d'interdiction rendue conformément à l'art. 98 constitue une infraction (par. 98(12)).

L'article 98 a été adopté dans le cadre de la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-77, chap. 53, qui ajoutait la partie II.1 (Armes à feu et autres armes offensives) au *Code criminel*. Cette partie énonce un ensemble de conditions régissant tous les aspects du comportement relatif à l'utilisation des armes à feu et d'autres armes offensives (voir l'arrêt *R. v. Cardinal* (1980), 52 C.C.C. (2d) 269 (C.A. Alb.), à la p. 273.) Bien que l'usage des armes à feu ait été dans une certaine mesure réglementé au Canada depuis 1892, les modifications de 1977 visaient à aborder de façon plus globale la protection du public contre l'utilisation abusive des armes à feu (Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), à la p. 2). À mon avis, le juge Lane de la Cour de comté a correctement énoncé l'objet de la Loi dans l'affaire *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439, à la p. 447:

> [TRADUCTION] L'intention reconnue de l'art. 98 dans son ensemble est de retirer les armes à feu aux gens qui ont commis des infractions ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils le fassent, ou de les empêcher d'en acquérir.

L'interdiction préventive créée par les par. 98(4) et (6) est conforme à cet objet. Comme l'indiquent les résultats d'une étude de la législation sur le contrôle des armes à feu au Canada, l'interdiction peut être utile surtout dans les cas de fréquentes querelles domestiques ou entre voisins (Scarff, *Evaluation of the Canadian Gun Control Legisla-*

at p. 60). It is also relevant to note that the subject of such a prohibition is not accused of an offence. Neither does the application of the section affect the subject's liberty interests.

While the purpose of the prohibition provisions is clear, the courts have found that the nature of the hearing created is less clear. Disagreement on this point has been the basis for much of the division on the issue of whether hearsay evidence is admissible under s. 98. In *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Dhillon* (1981), 64 C.C.C. (2d) 483 (B.C. Co. Ct.); *R. v. Krieger* (unreported February 2, 1984, Sask. Prov. Ct.); and *Duguay v. Houle* (unreported September 24, 1985, Que. Sup. Ct.), hearsay was ruled admissible in a reference hearing under s. 98(7). In *R. v. Linder* (1980), 5 W.C.B. 86 (Ont. Co. Ct.), and most recently, in *Re Creusot* (1987), 62 Sask. R. 112 (Sask Prov. Ct.), hearsay was ruled inadmissible in an application hearing under s. 98(6). In *R. v. Anderson*, *supra*, Lane Co. Ct. J., in an *obiter* comment, stated at p. 449: "I agree that the ordinary rules of evidence should apply . . . ." The appellate courts which have considered this issue are also divided, with a majority of the Manitoba Court of Appeal in the present case finding hearsay testimony to be inadmissible, while the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. McWhirter*, *supra*, held such evidence to be admissible. I might also note that this disagreement may inhibit resort to s. 98; the vagueness of the procedural guidelines concerning the conduct of the hearing has been identified as engendering some reluctance to use the pre-emptive prohibition (Scarff, op. cit., "Executive Summary", at p. 11).

Counsel for both the appellant and the respondent referred to other provisions in the *Criminal Code* in an attempt to draw a parallel between

tion: Final Report (1983), à la p. 60). Il convient également de souligner que la personne faisant l'objet d'une telle interdiction n'est pas accusée d'avoir commis une infraction. L'application de l'article ne touche pas non plus aux droits à la liberté de cette personne.

Bien que l'objet des dispositions relatives à l'interdiction soit clair, les tribunaux ont jugé que la nature de l'audience qui s'y rapporte est moins claire. Le désaccord sur ce point est la raison principale pour laquelle on ne s'entend pas sur la question de savoir si la preuve par ouï-dire est admissible en vertu de l'art. 98. Dans les affaires *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (C. cté Ont.), *R. v. Dhillon* (1981), 64 C.C.C. (2d) 483 (C. cté C.-B.), *R. v. Krieger* (inédit, jugement rendu le 2 février 1984, C. prov. Sask.), et *Duguay c. Houle* (inédit, jugement rendu le 24 septembre 1985, C.S. Qué.), le ouï-dire a été jugé admissible dans une audience tenue en vertu du par. 98(7) concernant un renvoi. Dans l'affaire *R. v. Linder* (1980), 5 W.C.B. 86 (C. cté Ont.), et récemment dans *Re Creusot* (1987), 62 Sask. R. 112 (C. prov. Sask.), le ouï-dire a été jugé inadmissible lors de l'audition d'une demande tenue en vertu du par. 98(6). Dans l'affaire *R. v. Anderson*, précitée, le juge Lane de la Cour de comté fait la remarque incidente suivante, à la p. 449: [TRADUCTION] «Je suis d'accord pour dire que les règles ordinaires de la preuve devraient s'appliquer . . .» Les cours d'appel qui ont examiné cette question sont également partagées, la Cour d'appel du Manitoba ayant conclu à la majorité, en l'espèce, que la preuve par ouï-dire était inadmissible, tandis que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, dans l'arrêt *R. v. McWhirter*, précité, a jugé qu'une telle preuve est admissible. Je ferais également remarquer que ce désaccord est susceptible de décourager le recours à l'art. 98; l'imprécision des directives en matière de procédure concernant la tenue de l'audience a été considérée comme étant à l'origine d'une certaine hésitation à recourir à l'interdiction préventive (Scarff, *op. cit.*, «Executive Summary», à la p. 11).

Les avocats de l'appelante et de l'intimé ont cité d'autres disposition du *Code criminel* en vue d'établir un parallèle entre ces procédures et une

those proceedings and a firearm prohibition hearing. Particular reference was made to the procedure on application for: a peace bond (s. 745); dangerous offender status (s. 690); judicial interim release (s. 457.3); a search warrant (s. 443); and a wiretap authorization (s. 178.12). None of those proceedings is directly analogous to a s. 98(6) hearing; therefore, the evidentiary requirements under those provisions cannot be determinative of the issue.

Section 98(4) enables a peace officer acting on reasonable grounds to apply to the provincial court judge for an order prohibiting a particular person from possessing a firearm. Clearly, the peace officer is not required to act solely on the basis of evidence that would be admissible at a trial (see *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 745; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 279). At the hearing of the application pursuant to s. 98(6), the provincial court judge must be satisfied that there are reasonable grounds to believe that it is not desirable in the interests of the safety of the person or of others that the subject of the prohibition application should possess a firearm. The provincial court judge thus confirms the existence of the reasonable grounds which led the peace officer to launch the application. In my opinion, it was not intended that the provincial court judge strictly apply the rules of evidence. The provincial court judge must simply be satisfied that the peace officer had reasonable grounds to believe as he or she did: in other words, that there is an objective basis for the reasonable grounds on which the peace officer acted.

It is also relevant to note that the burden which the applicant bears at the hearing is not that of proof beyond a reasonable doubt, but simply proof on a balance of probabilities. In *R. v. McWhirter*, Hart J.A., for the court, took note of this reduced standard in reaching the conclusion, at p. 186, that "... although these proceedings arise under the

audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu. Ils ont surtout fait mention de la procédure visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public (art. 745), le statut de délinquant dangereux (art. 690), une mise en liberté provisoire par voie judiciaire (art. 457.3), un mandat de perquisition (art. 443) et une autorisation d'écoute électronique (art. 178.12). Aucune de ces procédures ne ressemble exactement à une audience prévue au par. 98(6); par conséquent, les exigences en matière de preuve sous le régime de ces dispositions ne sont pas déterminantes quant à la question qui nous intéresse.

Le paragraphe 98(4) permet à un agent de la paix qui se fonde sur des motifs raisonnables de demander à un juge de la cour provinciale de rendre une ordonnance interdisant à une personne en particulier d'avoir une arme à feu en sa possession. L'agent de la paix n'est manifestement pas tenu de se fonder uniquement sur la preuve qui serait admissible au procès (voir *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, à la p. 745; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 279). À l'audition de la demande conformément au par. 98(6), le juge de la cour provinciale doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il ne serait pas souhaitable pour la sécurité de la personne visée par la demande d'interdiction ni pour celle d'autrui que cette personne possède une arme à feu. Le juge de la cour provinciale confirme ainsi l'existence de motifs raisonnables qui ont amené l'agent de la paix à présenter la demande. À mon avis, on n'a pas voulu que le juge de la cour provinciale applique strictement les règles de la preuve. Il doit simplement être convaincu que l'agent de la paix avait des motifs raisonnables de croire de ce qu'il a cru: en d'autres termes, il faut que les motifs raisonnables pour lesquels l'agent de la paix a agi aient un fondement objectif.

Il y a également lieu de souligner que le fardeau auquel est assujetti le requérant à l'audience n'est pas celui de la preuve hors de tout doute raisonnable, mais simplement celui de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Dans l'arrêt *R. v. McWhirter*, le juge Hart de la Cour d'appel a tenu compte de cette norme moindre lorsqu'il a conclu,

Criminal Code Parliament did not intend that they be conducted in the manner of a criminal trial". I agree with this conclusion.

Accordingly, I am prepared to hold that hearsay evidence is admissible at a firearm prohibition hearing under s. 98(6) unless such a result is precluded by the words "all relevant evidence". The meaning of "all relevant evidence" was the principal basis upon which the majority of the Court of Appeal rested its decision. In my opinion, this expression means all facts which are logically probative of the issue. The general rule of evidence is that all relevant evidence is admissible (*R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 40; *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at p. 49). This general rule is subject to certain exceptions, such as the rule against hearsay evidence. Thus, the general rule is "... that unless excluded by some rule or principle of law, all that is logically probative is admissible" (Thayer, "Presumptions and the Law of Evidence," 3 *Harv. L. Rev.* 141 (1889), at p. 144). To state this general proposition more positively, "Admissibility signifies that the particular fact is relevant, and something more—that it has also satisfied all the auxiliary tests and extrinsic policies" (1 *Wigmore, Evidence*, para. 12 (Tillers rev. 1983), in *Cross on Evidence*, op. cit., at p. 58). By using the phrase "all relevant evidence" (emphasis added), Parliament did not address the question of exclusionary rules; it did not require "something more" at a firearm prohibition hearing. The effect of the exclusionary rules is left to the provincial court judge as part of the whole body of evidence on which the provincial court judge determines whether he or she is satisfied that the reasonable grounds exist. Frailties in the evidence are a matter of weight. In the case at bar, for example, the judge should properly consider what weight, if any, is to be given to the hearsay evidence. In doing so the judge should take into account the explanation, if any, for not making the best evidence available. The Crown bears the burden of proof at a s. 98(6) hearing and I agree with the observation of Killeen Co. Ct. J. in *Unterreiner v. The Queen, supra*, at p. 378 that in considering its weight, the judge must scrutinize

à la p. 186, que [TRADUCTION] «... bien que ces procédures découlent du *Code criminel*, le législateur ne voulait pas qu'elles se déroulent de la même façon qu'un procès criminel». Je souscris à cette conclusion.

Je suis par conséquent disposé à conclure que la preuve par ouï-dire est admissible à l'audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu, tenue sous le régime du par. 98(6), à moins que les termes «tout élément de preuve pertinent» ne m'empêchent de tirer cette conclusion. Le sens de l'expression «tout élément de preuve pertinent» a constitué l'élément principal sur lequel la Cour d'appel a appuyé sa décision majoritaire. À mon avis, cette expression désigne tous les faits qui, logiquement, ont une valeur probante eu égard à la question en litige. La règle générale en matière de preuve porte que tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 40; *Cross on Evidence* (6e éd. 1985), à la p. 49). Cette règle générale est soumise à certaines exceptions telles que la règle interdisant la preuve par ouï-dire. La règle générale est donc la suivante: [TRADUCTION] «... à moins d'une exception prévue par une règle ou un principe de droit, tout ce qui, logiquement, a une valeur probante est admissible» (Thayer, «Presumptions and the Law of Evidence», 3 *Harv. L. Rev.* 141 (1889), à la p. 144). Si on énonce cette proposition générale de manière plus positive, [TRADUCTION] «L'admissibilité signifie que le fait particulier est pertinent et qu'en plus il a satisfait à tous les critères auxiliaires et aux principes extrinsèques» (1 *Wigmore, Evidence*, par. 12 (Tillers rev. 1983), dans *Cross on Evidence*, *op. cit.*, à la p. 58). En utilisant l'expression «tout élément de preuve pertinent» (je souligne), le législateur n'a pas abordé la question des règles d'exclusion; il n'a pas exigé «quelque chose de plus» lors d'une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu. Le juge de la cour provinciale décide de l'effet des règles d'exclusion dans le cadre de l'ensemble des éléments de preuve sur lesquels il se fonde pour déterminer s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables. Les faiblesses de la preuve en affectent la force probante. En l'espèce, par exemple, le juge devrait bien examiner quel poids, s'il y a lieu, il faut accorder à la preuve par ouï-dire. Ce fai-

the evidence to ensure that it is credible and trustworthy.

I am confirmed in this view as to the meaning of "all relevant evidence" by the use of the identical phrase in s. 98(7). Section 104 requires that the firearms officer consider all information that "... may reasonably be regarded as relevant to the application ..." in reaching the decision to issue or refuse a firearms acquisition certificate. Clearly the firearms officer must consider information that may not be admissible under the ordinary rules of evidence. It would be incongruous if, having obtained that information, only those parts of it that could meet the test of the rules of evidence could be put before the provincial court judge at a s. 98(7) hearing. Giving the same words the same meaning throughout a statute is a basic principle of statutory interpretation (Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 93); in the present case, the identical phrase is used in two adjacent subsections within the same section of the *Criminal Code*. As well, the determinations being made at a s. 98(7) reference and a s. 98(6) hearing are, in essence, the same. In both proceedings, the provincial court judge is examining the basis for the decision made by the peace officer or the firearms officer as to whether the respondent should possess or continue to possess a firearm.

Accordingly, the appeal is allowed and the matter is remitted to the provincial court judge to be dealt with according to law.

sant, il devrait tenir compte de la raison, s'il en est, pour laquelle on n'a pas présenté la meilleure preuve. Le fardeau de la preuve incombe à la poursuite lorsqu'il s'agit d'une audience prévue au par. 98(6) et je souscris à l'observation formulée par le juge Killeen de la Cour de comté dans l'affaire *Unterreiner v. The Queen*, précitée, à la p. 378, selon laquelle le juge doit, lorsqu'il pèse la preuve, l'examiner attentivement pour s'assurer qu'elle est crédible et digne de foi.

L'utilisation de la même expression au par. 98(7) confirme mon point de vue quant au sens de l'expression «tout élément de preuve pertinent». L'article 104 exige que le préposé aux armes à feu examine tous les renseignements que «... l'on peut raisonnablement considérer comme pertinents à la demande ...» lorsqu'il décide de délivrer ou non une autorisation d'acquisition d'armes à feu. Manifestement, le préposé aux armes à feu doit tenir compte de renseignements qui peuvent ne pas être admissibles selon les règles ordinaires de la preuve. Il serait incongru si, une fois les renseignements obtenus, seulement ceux qui pourraient satisfaire au critère des règles de la preuve pouvaient être soumis au juge de la cour provinciale au cours d'une audience visée au par. 98(7). Donner aux mêmes mots le même sens dans l'ensemble d'une loi est un principe de base en matière d'interprétation des lois (Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), à la p. 93); en l'espèce, l'expression identique est utilisée dans deux paragraphes adjacents qui se trouvent dans le même article du *Code criminel*. En outre, les questions à trancher à la suite d'un renvoi fondé sur le par. 98(7) et d'une audience visée au par. 98(6) sont essentiellement les mêmes. Dans les deux cas, le juge de la cour provinciale examine le fondement de la décision rendue par l'agent de la paix ou le préposé aux armes à feu quant à savoir si l'intimé devrait avoir en sa possession ou continuer d'avoir en sa possession une arme à feu.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au juge de la cour provinciale pour qu'il la tranche conformément à la loi.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Manko, Shypit & Associates, Winnipeg.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Manko, Shypit & Associates, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Roland Gordon Mohl *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* MOHL

File No.: 20357.

1989: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Right to counsel — Motorist too impaired to understand right to retain and instruct counsel — Breathalyzer test — Whether use of breathalyzer certificate would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 55 Sask. R. 22, 34 C.C.C. (3d) 435, [1987] 4 W.W.R. 31, 56 C.R. (3d) 318, 50 M.V.R. 237, 30 C.R.R. 28, allowing an appeal from a judgment of Sirois J., allowing an appeal by the Crown from the accused's acquittal of driving while impaired and entering a conviction. Appeal allowed.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the appellant.

Anil K. Kapoor and *Ajit K. Kapoor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We have reached a unanimous decision, and my brother Lamer will deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—The Crown, in this case, has not argued the urgency to proceed with the breathalyzer test, and must be taken to have conceded that the respondent has not been given his rights under s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights*

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Roland Gordon Mohl *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MOHL

N° du greffe: 20357.

1989: 25 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Droit à l'assistance d'un avocat — Automobiliste trop enivré pour comprendre qu'il a droit à l'assistance d'un avocat et pour être informé de ce droit — Alcootest — Le recours au certificat d'analyse est-il susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 55 Sask. R. 22, 34 C.C.C. (3d) 435, [1987] 4 W.W.R. 31, 56 C.R. (3d) 318, 50 M.V.R. 237, 30 C.R.R. 28, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Sirois, qui avait accueilli un appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies et avait inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'appelante.

Anil K. Kapoor et *Ajit K. Kapoor*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Notre décision est unanime et mon collègue le juge Lamer va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—La poursuite n'a pas plaidé en l'espèce qu'il était urgent de faire passer l'alcootest et il faut donc considérer qu'elle a concédé que l'intimé n'a pas été informé des droits que lui confère l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des*

and Freedoms. The Crown's sole argument is under s. 24(2) and to the effect that the admission of the evidence, under the circumstances of this case, would not bring the administration of justice into disrepute. Assuming, without deciding, that there has been a violation of the accused's s. 10(*b*) rights, we agree with Sirois J. that the admission of the evidence in this case would not bring the administration of justice into disrepute.

The appeal is accordingly allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, the conviction entered by Sirois J. and his order referring the matter back to the trial judge for sentencing are restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Kenneth W. MacKay, Regina.

Solicitors for the respondent: Kapoor, Selnes & Klimm, Melfort.

droits et libertés. Le seul argument de la poursuite repose sur le par. 24(2) et porte que l'utilisation des éléments de preuve, eu égard aux circonstances de cette affaire, n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si l'on présume, sans toutefois en décider, qu'il y a eu violation des droits conférés à l'accusé par l'al. 10*b*), nous sommes d'accord avec le juge Sirois pour dire que l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Sirois et son ordonnance renvoyant la question au juge du procès pour le prononcé de la sentence sont rétablies.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Kenneth W. MacKay, Regina.

Procureurs de l'intimé: Kapoor, Selnes & Klimm, Melfort.

Frank Julien Lambretta *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LAMBRETTA; SEE ALSO R. *v.* ADAMS

File No.: 20567.

1989: May 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charter of Rights — Legal Rights — Adjournment to obtain new counsel after initial counsel withdrew during course of trial denied — Interests of justice.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 369, 78 A.R. 284, dismissing an appeal from a conviction of first degree murder. Appeal allowed.

Alexander D. Pringle, for the appellant.

Peter Martin, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Under the particular circumstances of this case, we are all of the view that the interests of justice will best be served by the ordering of a new trial.

We accordingly allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Peter W. L. Martin, Calgary.

Frank Julien Lambretta *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LAMBRETTA; VOIR AUSSI R. *c.* ADAMS

N° du greffe: 20567.

1989: 26 mai.

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

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

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Refus d'un ajournement pour retenir les services d'un nouvel avocat après le désistement du premier avocat au cours du procès — Intérêts de la justice.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 369, 78 A.R. 284, qui a rejeté un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli.

Alexander D. Pringle, pour l'appelant.

Peter Martin, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Dans les circonstances de cette affaire, nous sommes tous d'avis que les intérêts de la justice seront mieux servis si un nouveau procès est ordonné.

Par conséquent, nous accueillons le pourvoi, annulons la déclaration de culpabilité et ordonnons un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Peter W. L. Martin, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Arthur Thomas Tutton *Respondent*

and

Carol Anne Tutton *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TUTTON

File No.: 19284.

1987: November 10; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Criminal negligence — Necessaries of life — Manslaughter — Diabetic child dying after insulin withdrawn by parents — Parents' action motivated by belief that son cured by Divine intervention — Belief in faith healing part of parents' religious convictions — Whether or not parents guilty of causing death through criminal negligence — Whether or not objective standard or subjective standard to be used in determining if wanton or reckless disregard for life or safety of others — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

Respondents were parents of a five-year-old diabetic. They believed in faith healing but their religious convictions did not prevent them from seeking and acting on medical advice or from taking medicines. As the result of the intentional withholding of prescribed insulin upon the belief that the child had been miraculously cured, the child died.

Respondents were charged with causing their son's death by criminal negligence in that they denied him the necessaries of life without lawful excuse and thereby committed manslaughter. They raised the defence of an honest although mistaken belief in the existence of a circumstance which would render their conduct non-culpable. Respondents were convicted of manslaughter and appealed to the Court of Appeal which set aside the

* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Arthur Thomas Tutton *Intimé*

et

Carol Anne Tutton *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* TUTTON

N° du greffe: 19284.

1987: 10 novembre; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Négligence criminelle — Choses nécessaires à la vie — Homicide involontaire coupable — Mort d'un enfant diabétique après l'arrêt par ses parents des injections d'insuline — Action des parents motivée par la croyance que leur fils avait été guéri par l'intervention divine — Les convictions religieuses des parents comprenaient la croyance en la guérison par la foi — Les parents sont-ils coupables d'avoir causé la mort par négligence criminelle? — Doit-on utiliser une norme objective ou une norme subjective pour déterminer s'il y a eu insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

Les intimés étaient les parents d'un enfant diabétique âgé de cinq ans. Ils croyaient en la guérison par la foi mais leurs convictions religieuses ne les empêchaient pas de rechercher et de suivre des avis médicaux ni de prendre des médicaments. L'enfant est mort à la suite du retrait intentionnel de l'insuline prescrite, parce que les parents croyaient que l'enfant avait été miraculeusement guéri.

Les intimés ont été accusés d'avoir causé la mort de leur fils par négligence criminelle en ayant omis de fournir, sans excuse légitime, les choses nécessaires à l'existence, commettant ainsi un homicide involontaire coupable. Ils ont invoqué la défense de la croyance sincère bien qu'erronée en l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient leur conduite non coupable. Les intimés ont été déclarés coupables

* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

convictions and directed new trials. This appeal was taken by leave.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ.: The imposition of criminal liability in the absence of proof of a blameworthy state of mind, either as an inference from the nature of the act committed or by other evidence, does not sit comfortably with the principles of penal liability and fundamental justice. A serious criminal offence, absent clear statutory language and purpose to the contrary, should not be interpreted as an absolute liability offence. Rather, the presumption should be in favour of some degree of mental blameworthiness if the text and purpose can support such an interpretation.

Section 202 of the *Criminal Code* is notorious in its ambiguity; its interpretation depends on which words are emphasized. Given its fundamental ambiguity, it should be given the interpretation most consonant not only with its text and purpose but also, where possible, with the broader concepts and principles of the criminal law.

The phrase "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" signifies more than gross negligence in the objective sense. It requires some degree of awareness or advertence to the threat to the lives or safety of others or alternatively a wilful blindness to that threat which is culpable in light of the gravity of the risk assumed.

Conduct that displays a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others will constitute the *actus reus* of the offence under s. 202 and be *prima facie* evidence of the accused's blameworthy state of mind. A person functioning with normal faculties of awareness and engaging in a grave departure from the norm can be assumed to be either aware of the risk or wilfully blind to it. Proof of the conduct will cast an evidentiary burden on the accused to explain why the inference should not be drawn.

Malice or intent in the sense of a mind directed to a purpose is not an element of s. 202. The fact that an accused may desire or calculate that his purpose can be achieved without the realization of the risk does not relieve the accused of liability under s. 202 if he either adverted to or became aware of the risk or closed his eyes to the reality of it.

d'homicide involontaire coupable et ont fait appel à la Cour d'appel qui a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné de nouveaux procès. Le pourvoi est interjeté sur autorisation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest: Un verdict de responsabilité criminelle en l'absence de la preuve d'un état d'esprit répréhensible, qu'on y parvienne en raison de la nature de l'acte commis ou d'une autre preuve, est une anomalie qui s'accorde mal avec les règles de la responsabilité pénale et de la justice fondamentale. Une grave infraction criminelle, en l'absence de dispositions et d'intention législatives contraires non ambiguës, ne devrait pas être interprétée comme une infraction de responsabilité absolue. Il faut plutôt présumer la nécessité d'un certain état d'esprit répréhensible si le libellé et l'objet de l'article se prêtent à une telle interprétation.

L'article 202 du *Code criminel* est d'une ambiguïté notoire et son interprétation dépend des mots sur lesquels on insiste. Compte tenu de son ambiguïté fondamentale, il convient de lui donner l'interprétation la plus conforme non seulement à son texte et à son objet, mais aussi, dans la mesure du possible, celle qui s'accorde le mieux avec les concepts et les principes plus larges du droit criminel.

Les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» désignent davantage que la négligence grave, au sens objectif du terme. Ils exigent un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou, subsidiairement, un aveuglement délibéré à l'égard de ce danger, qui est coupable étant donné la gravité du risque prohibé.

La conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 202, et elle est la preuve *prima facie* de l'état d'esprit répréhensible de l'accusé. On peut supposer que quiconque est normalement conscient et a une conduite représentant une dérogation aussi grave à la norme, est conscient du danger ou refuse délibérément de le voir. La preuve de la conduite imposera à l'accusé l'obligation d'expliquer en preuve pourquoi il n'y a pas lieu de faire cette inférence.

La malveillance ou l'intention, au sens de la pensée qui tend vers un but, n'est pas un élément de l'art. 202. Le fait que l'accusé puisse souhaiter ou estimer qu'il pourra atteindre son but sans que le danger se concrétise, ne le libère pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 202, s'il a envisagé le danger ou s'il a délibérément fermé les yeux sur l'existence de ce danger.

This Court has established that the criminal negligence prohibited under s. 202 is advertent negligence. The case for the adoption of an objective standard of liability is not strong enough to justify a departure from established principles. Before overruling a previous decision, the Court should consider the introduction of the *Charter*, the alteration of a precedent in later authorities, the creation of uncertainty by the continued existence of the precedent and whether overturning the precedent will expand the range of criminal liability and work to the detriment of the accused. A departure from established principles is no justified in this case.

Proof of the mental element of advertence to the risk or wilful blindness to the risk will not undermine the policy objectives of s. 202. The subjective test would at most offer protection for those who due to some peculiarity or unexpected accident commit conduct which, although wanton or reckless with respect to the lives and safety of others, can be explained as inconsistent with any degree of awareness of or wilful blindness to such a risk.

A subjective interpretation of s. 202 does not render superfluous the role of manslaughter within the scheme of the *Code*'s homicide provisions. The murder provisions will in general be available only if a higher degree of intent is proven than awareness of or wilful disregard of a risk to the lives or safety of others.

Constitutional issues did not arise in this case, and constitutional considerations would not be precluded if a case involving constitutionality were to arise.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ.: An objective test must be used in determining criminal negligence. It is the conduct of the accused, not his intention or mental state, which is examined. No distinction should be made between any acts of commission or omission. Section 202 clearly applies to a person who is negligent in doing anything or in omitting to do anything that is his duty and shows a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others.

Negligence is a factor that may lead to criminal liability. It connotes the opposite of thought-directed action and precludes the element of positive intent to achieve a given result. Section 202, therefore, restrains

Cette Cour a établi que la négligence criminelle prohibée en vertu de l'art. 202 est la négligence consciente. Les arguments en faveur de l'adoption d'un critère objectif de responsabilité ne sont pas assez forts pour qu'il soit justifié de s'écarter des principes établis. Avant de passer outre à une de ses décisions antérieures, la Cour devrait prendre en considération l'adoption de la *Charte*, l'affaiblissement d'un précédent dans des décisions ultérieures, l'incertitude créée par la survivance de ce dernier, et la question de savoir si l'infirmation du précédent augmentera l'étendue de la responsabilité criminelle au détriment de l'accusé. Il n'est pas en l'espèce justifié d'écarter les principes établis.

La preuve de l'élément moral de conscience du risque ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ce risque ne mettra pas en danger les objectifs de principe de l'art. 202. La norme subjective pourrait tout au plus protéger ceux qui, en raison de quelque particularité ou d'un accident imprévu, adoptent une conduite qui, tout en montrant une insouciance déréglée ou téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, peut s'expliquer comme étant incompatible avec un degré quelconque de conscience d'un tel risque ou un aveuglement volontaire à cet égard.

Une interprétation subjective de l'art. 202 ne rend pas superflu le rôle de l'homicide involontaire coupable dans l'ensemble constitué par les dispositions du *Code* concernant l'homicide. Les dispositions relatives au meurtre n'entreront en jeu, en règle générale, que dans les cas où est prouvé un degré plus élevé d'intention que la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui, ou un aveuglement volontaire à son égard.

Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée en l'espèce, et la question de la constitutionnalité pourrait être examinée dans un cas où une telle question serait posée.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé: Un critère objectif doit être appliqué en matière de négligence criminelle. C'est la conduite de l'accusé, par opposition à son intention ou son état d'esprit, qui est étudiée. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les actions et les omissions. L'article 202 s'applique clairement à une personne qui est négligente en faisant quelque chose ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir et montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

La négligence est un des facteurs susceptibles d'entraîner la responsabilité criminelle. Elle implique le contraire de l'acte réfléchi et exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Donc l'art. 202 interdit

conduct and its results; it punishes the consequence of mindless action and not the state of mind.

The application of the objective test under s. 202 may not be made in a vacuum. The surrounding circumstances and the accused's perception of those facts must be considered in order to determine whether or not his conduct was reasonable. Where an offence rests on the concept of negligence, honestly held belief in circumstances which would afford a defence must, to be effective, be reasonably held.

Here, the jury should consider respondents' belief that their son had been cured by Divine intervention in light of the whole background of the case in order to determine if it was honest and reasonable. The jury would then have to determine if their conduct represented a marked and significant departure from the standard to be observed by reasonably prudent parents.

Per Lamer J.: The reasons of McIntyre J. were agreed with, subject to certain considerations. Firstly, the application of the objective norm in s. 202 of the *Criminal Code* must make generous allowance for factors particular to the accused such as youth, mental development and education. Further, Parliament did not determine the nature of the negligence required to ground criminal liability when enacting s. 202 but merely defined the expression "criminal negligence" wherever used in the *Code*. Finally, the constitutionality of s. 205(5)(*b*) was not in issue in this case. Assuming without now deciding that it is a principle of fundamental justice that knowledge of a likely risk or deliberate ignorance thereof (foresight or wilful blindness) is an essential element of the offence of manslaughter, the issue as to whether proof of the substituted element of "criminal negligence" as defined by Parliament and interpreted by this Court satisfies the test set out in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, does not arise. This constitutional consideration is not to be precluded by concurrence in McIntyre J.'s decision.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Arthurs v. The Queen*, [1974] S.C.R. 287; **referred to**: *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R.

une façon d'agir, et ses conséquences; il punit les conséquences d'une action irréfléchie et non un état d'esprit.

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 ne peut se faire dans le vide. Les circonstances propres à l'espèce et la perception de l'accusé des faits en question doivent être prises en considération pour décider si la conduite était ou non raisonnable. Si l'infraction reprochée repose sur le concept de la négligence, une croyance sincèrement entretenue qui constituerait un moyen de défense doit, pour avoir cet effet, être également entretenue de façon raisonnable.

En l'espèce, le jury devrait prendre en considération la croyance que l'enfant avait été guéri par l'intervention divine, en tenant compte de tout l'historique de l'affaire, afin de déterminer si elle était sincère et raisonnable. Le jury aurait alors à décider si la conduite des accusés représentait une dérogation marquée et importante à la norme à laquelle on peut s'attendre chez des parents raisonnablement prudents.

Le juge Lamer: Le juge Lamer souscrit aux motifs du juge McIntyre, sous réserve de quelques observations. Tout d'abord, pour appliquer le critère objectif édicté à l'art. 202 du *Code criminel*, il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel et son niveau d'instruction. De plus, le législateur n'entendait pas préciser la nature de la négligence nécessaire pour fonder la responsabilité pénale, en édictant l'art. 202; il y a seulement défini le sens de l'expression «négligence criminelle» partout où elle apparaît dans le *Code*. Enfin, la constitutionnalité de l'al. 205(5)*b*) n'est pas en cause en l'espèce. En fait, si l'on suppose, sans en décider ici, qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel la connaissance d'un risque probable ou son ignorance délibérée (la prévision ou l'aveuglement volontaire) constitue un élément essentiel de l'infraction d'homicide involontaire coupable, ne se pose pas alors la question de savoir si la preuve de l'élément substitué qu'est la «négligence criminelle», telle que définie par le législateur et interprétée par cette Cour, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. L'accord avec la décision du juge McIntyre n'empêchera pas l'examen de cette question constitutionnelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Arthurs c. La Reine*, [1974] R.C.S. 287; **arrêts mentionnés**: *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson*, [1987] 1

918; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510; *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153.

By McIntyre J.

Distinguished: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; **referred to:** *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1436.

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1)(*a*), (2)(*a*), 202(1), (2), 203, 204, 205(1), (2), (3), (4), (5), 212(*a*), (*b*), (*c*), 213, 219, 233.

Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Colvin, Eric. "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

Fletcher, George P. "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis," 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971).

Hart, H. L. A. "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility," in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Edited by A. G. Guest. London: Oxford University Press, 1961.

O'Hearn, P. J. T. "Criminal Negligence: An Analysis in Depth" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27.

Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75.

Stalker, Anne. "Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal Negligence" (1982), 7 *Queens L.J.* 274.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, setting

R.C.S. 918; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905; *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510; *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153.

Citée par le juge McIntyre

Distinction d'avec les arrêts: *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; **arrêt mentionné**: *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1436.

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1)*a*), (2)*a*), 202(1), (2), 203, 204, 205(1), (2), (3), (4), (5), 212*a*), *b*), *c*), 213, 219, 233.

Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Colvin, Eric. «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

Fletcher, George P. «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis,» 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971).

Hart, H. L. A. «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility,» in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Edited by A. G. Guest. London: Oxford University Press, 1961.

O'Hearn, P. J. T. «Criminal Negligence: An Analysis in Depth» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27.

Pickard, Toni. «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75.

Stalker, Anne. «Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal Negligence» (1982), 7 *Queens L.J.* 274.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, qui a

aside convictions by Salhany Co. Ct. J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal dismissed.

W. J. Blacklock and *Kenneth L. Campbell*, for the appellant.

Andrew Kerekes, for the respondent Arthur Thomas Tutton.

Irwin Koziebrocki, for the respondent Carol Anne Tutton.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Justices McIntyre and Lamer and I agree with them that the appeal should be dismissed and a new trial ordered because the trial judge's charge failed to make clear to the jury that the Crown had the burden to prove all the elements of the offence of manslaughter by criminal negligence. I do not, however, agree with my colleagues' conclusion that criminal negligence under s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, consists only of conduct in breach of an objective standard and does not require the Crown to prove that the accused had any degree of guilty knowledge. I also have reservations concerning the approach my colleagues suggest is available in order to relieve against the harshness of the objective standard of liability which they find in s. 202 and to ensure that the morally innocent are not punished for the commission of serious criminal offences committed through criminal negligence.

The facts and the judgments below are fully set out in the judgment of my colleague McIntyre J. I wish only to emphasize two points. The respondents' defence in this case centred around their claim of honest but mistaken belief as to the nature of their son's condition. Although the respondents were aware that their son was a diabetic who needed regular insulin injections, they claimed that because of their religious convictions

annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Salhany de la Cour de comté, siégeant avec jury, et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

W. J. Blacklock et *Kenneth L. Campbell*, pour l'appelante.

Andrew Kerekes, pour l'intimé Arthur Thomas Tutton.

Irwin Koziebrocki, pour l'intimée Carol Anne Tutton.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McIntyre et Lamer et, comme eux, j'estime que le pourvoi doit être rejeté et qu'un nouveau procès doit être ordonné parce que, dans son exposé, le juge du procès n'a pas dit clairement au jury que le ministère public était tenu de faire la preuve de tous les éléments de l'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Cependant, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de mes collègues que la négligence criminelle au sens de l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, consiste uniquement en une conduite contraire à un critère objectif et que le ministère public n'a pas à prouver à cet égard l'existence, chez l'accusé, d'un quelconque degré de connaissance coupable. J'ai aussi des réserves quant à la façon dont il serait possible, selon mes collègues, d'atténuer la dureté du critère objectif de la responsabilité qu'ils voient à l'art. 202 et de s'assurer que les personnes moralement innocentes ne seront pas punies pour la perpétration d'infractions criminelles graves commises par négligence criminelle.

Les motifs de mon collègue le juge McIntyre exposent de façon complète les faits et les jugements des tribunaux d'instance inférieure, aussi je m'en tiendrai à souligner deux points. La défense des intimés en l'espèce se fondait essentiellement sur ce qu'ils affirmaient être leur opinion sincère mais erronée quant à la nature de la maladie de leur fils. Bien que les intimés aient su que leur fils était diabétique et devait recevoir régulièrement

they sincerely believed that he had been cured by divine intervention and were unaware of the serious nature of his illness following the withdrawal of insulin. For example, in a statement provided to the police shortly after her son's death from the complications of diabetic hyperglycemia the respondent Carol Anne Tutton stated:

> Complete faith in Jesus and obedience to the word of God is the reason for our decision to cease giving Chris insulin. Since I have accepted Jesus as my personal Saviour and Lord. He has revealed himself to me in vision and spoke in words of his own that Christopher is healed and further that complete faith in Him not man's doctrine or shall I say the world's teachings will bring forth the manifestation of this healing. Standing on the promises of God and His holy Word 100%, Wednesday, October 14, 1981 I did not administer Christopher insulin. Thursday and Wednesday Christopher ate, played normally although Thursday evening he became sick to his stomach. Friday I kept him home from school and he kept liquids in his stomach. Saturday morning until approximately 1:00 PM he was resting comfortably. I left him to make myself a sandwich about five perhaps ten minutes, rechecked him and found him to be not breathing. My husband administered mouth to mouth resuscitation until the police department arrived about five minutes later.

The second point which I wish to emphasize is that the Ontario Court of Appeal ((1985), 18 C.C.C. (3d) 328) would not have applied an objective standard of liability in this case. Dubin J.A. stated at p. 345:

> I do not think, however, that a loving and caring parent who omits to seek medical assistance because of the honest but mistaken belief that his or her child was not in need of such assistance should be found to have shown a wanton or reckless disregard for its life or safety merely because it can be said that reasonable parents would have responded otherwise, or even that in omitting to seek medical assistance, there was a marked and substantial departure from the standard of care of reasonable parents. In such a case, I think a distinction should be made between acts of commission and acts of omission and, in the latter case, a subjective test should be used.

des injections d'insuline, ils ont affirmé qu'en raison de leurs convictions religieuses, ils croyaient sincèrement qu'il avait été guéri grâce à l'intervention divine et qu'ils n'étaient pas conscients de la gravité de son état à la suite du retrait de l'insuline. Ainsi, dans une déposition que la police a recueillie peu après la mort de son fils des suites de l'hyperglycémie diabétique, l'intimée Carol Anne Tutton a déclaré ce qui suit:

> [TRADUCTION] C'est notre entière foi en Jésus et en la parole de Dieu qui nous a incités à retirer l'insuline à Chris, car je reconnais en Jésus mon Sauveur et mon Maître. Il s'est manifesté à moi dans une vision et il a révélé en ses propres termes que Christopher était guéri, et de plus qu'une foi entière en sa Personne et non dans la doctrine des hommes, ou devrais-je dire dans les enseignements du monde, fournira la manifestation de sa guérison. Croyant entièrement aux promesses de Dieu et à Sa Sainte Parole, le mercredi 14 octobre 1981, je n'ai pas donné d'insuline à Christopher. Les jeudi et mercredi, Christopher a mangé et joué normalement, bien que jeudi soir, il ait eu la nausée. Vendredi, je ne l'ai pas envoyé à l'école, et il a conservé les liquides ingurgités. Samedi matin, jusque vers 13 heures, il a reposé confortablement. Je l'ai quitté de cinq à dix minutes pour me faire un sandwich, je suis allée le voir et j'ai constaté qu'il ne respirait pas. Mon mari lui a fait le bouche-à-bouche jusqu'à l'arrivée de la police, environ cinq minutes plus tard.

Le second point que je tiens à souligner est que la Cour d'appel de l'Ontario ((1985), 18 C.C.C. (3d) 328) n'aurait pas appliqué en l'espèce un critère objectif de responsabilité. Le juge Dubin, de la Cour d'appel, a dit à la p. 345:

> [TRADUCTION] Toutefois, je ne crois pas qu'un parent affectueux et attentionné qui ne procure pas à son enfant des soins médicaux parce qu'il croit honnêtement mais à tort que ce dernier n'en a pas besoin devrait être considéré comme montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui simplement parce que l'on peut dire que des parents raisonnables auraient agi autrement, ou même qu'en omettant de fournir des soins médicaux, les parents en question ont dérogé de façon marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre de parents raisonnables. Dans de telles circonstances, je crois qu'il y ait lieu d'établir une distinction entre les actions et les omissions et, dans le second cas, un critère subjectif doit s'appliquer.

The Court of Appeal concluded that the trial judge erred in instructing the jury that no *mens rea* was required for the crime of manslaughter by means of criminal negligence. Dubin J.A. stated at pp. 349-50:

In this case, from the portion of the judge's charge which I have reproduced above, the jury could not have helped but be under the impression that a departure from the standard of care of reasonable parents constituted a wanton or reckless disregard for the life or safety of Christopher. Throughout, the test given was purely an objective one. In the portion of the charge that I have reproduced, no other definition of wanton or reckless was provided to the jury.

In my opinion, for a conviction of manslaughter in this case, the jury had to be satisfied that the appellants, in failing to administer insulin and/or to seek timely medical assistance, knew that there was a risk to the life or safety of Christopher and unjustifiably took that risk, or closed their minds to any such risk out of a disregard for his life or safety. It would have been open to the jury in this case to conclude, notwithstanding the protestations of the parents, that they knew that Christopher had not been cured, particularly having regard to what had transpired the year before, and that they knew that there was a risk of harm in their failure to continue the administration of insulin.

It would also have been open to the jury to reject the parents' testimony as to the child's condition following the withdrawal of insulin, and to conclude that it was apparent to them that he needed medical assistance at that time.

Thus, in considering the state of mind of the appellants, the jury were entitled to take into consideration all the evidence. What reasonable parents might have done under the circumstances is only relevant in determining the state of mind of the appellants. But unless they were satisfied that the parents actually knew of the risk of harm, or that they completely closed their minds to it out of a disregard for the life or safety of Christopher, the jury could not convict of manslaughter.

For convenience, I reproduce here the relevant sections of the *Criminal Code*:

197. (1) Every one is under a legal duty

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury que la *mens rea* n'était pas nécessaire pour qu'il y ait homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Le juge Dubin a dit aux pp. 349 et 350:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, les jurés ne pouvaient qu'avoir l'impression, d'après l'extrait précité de l'exposé au jury, que la dérogation à ce que l'on est en droit d'attendre de parents raisonnables constituait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher. Tout au long, le critère énoncé était purement objectif. Dans l'extrait que j'ai cité, aucune autre définition des adjectifs «déréglée» ou «téméraire» n'a été donnée aux jurés.

À mon avis, pour que les accusés soient reconnus coupables d'homicide involontaire coupable en l'espèce, il fallait que le jury soit convaincu que les appelants, en omettant d'administrer de l'insuline ou de rechercher des soins médicaux en temps utile, ou l'un et l'autre, savaient qu'ils mettaient ainsi en danger la vie ou la sécurité de Christopher et qu'ils ont pris ce risque sans justification, ou ont refusé de voir ce danger en raison de leur insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur enfant. Il aurait été loisible au jury en l'espèce de conclure, en dépit des protestations des parents, que ceux-ci savaient que Christopher n'avait pas été guéri, particulièrement en raison de ce qui s'était passé l'année précédente, et qu'ils savaient que le retrait de l'insuline présentait un danger.

Il aurait aussi été loisible aux jurés de rejeter le témoignage des parents sur l'état de leur enfant à la suite du retrait de l'insuline, et de conclure qu'il était évident qu'il avait besoin de soins médicaux à ce moment.

Donc, en examinant l'état d'esprit des appelants, le jury était en droit de prendre en considération tous les éléments de preuve. Ce qu'auraient pu faire des parents raisonnables dans les circonstances n'est pertinent que pour déterminer l'état d'esprit des appelants. Mais à moins d'être convaincus que les parents connaissaient réellement le danger possible, ou qu'ils ont complètement refusé de le voir en raison de leur insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher, les jurés ne pouvaient rendre un verdict d'homicide involontaire coupable.

Pour des raisons de commodité, je cite ici les articles applicables du *Code criminel*:

197. (1) Toute personne est légalement tenue

(*a*) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessaries of life for a child under the age of sixteen years;

. . .

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies upon him, to perform that duty, if

(*a*) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(*a*) or (*b*),

(i) the person to whom the duty is owed is in destitute or necessitous circumstances, or

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

. . .

202. (1) Every one is criminally negligent who

(*a*) in doing anything, or

(*b*) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

205. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(*a*) by means of an unlawful act,

(*b*) by criminal negligence,

(*c*) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death, or

(*d*) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

. . .

a) en qualité de père ou de mère, par le sang ou par adoption, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

. . .

(2) Commet une infraction, quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)*a*) ou *b*),

(i) la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin, ou

(ii) l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne; ou

. . .

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

205. (1) Commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) L'homicide qui n'est pas coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L'homicide qui est coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain,

a) au moyen d'un acte illégal,

b) par négligence criminelle,

c) en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort, ou

d) en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

. . .

219. Every one who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

I wish to deal first with the implications of my colleagues' approach in this case. By concluding that s. 202 of the *Criminal Code* prohibits conduct and the consequences of mindless action absent any blameworthy state of mind, they have, in effect, held that the crime of criminal negligence is an absolute liability offence. Conviction follows upon proof of conduct which reveals a marked and substantial departure from the standard expected of a reasonably prudent person in the circumstances regardless of what was actually in the accused's mind at the time the act was committed.

I take as the point of commencement the following statement of Justice Dickson (as he then was) in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10:

> Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law.
>
> In sharp contrast, "absolute liability" entails conviction on proof merely that the defendant committed the prohibited act constituting the *actus reus* of the offence. There is no relevant mental element. It is no defence that the accused was entirely without fault. He may be morally innocent in every sense, yet be branded as a malefactor and punished as such.

This Court made clear in *Sault Ste. Marie* and other cases that the imposition of criminal liability in the absence of proof of a blameworthy state of mind, either as an inference from the nature of the act committed or by other evidence, is an anomaly which does not sit comfortably with the principles of penal liability and fundamental justice: see also *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, *Pap-*

219. Quiconque commet un homicide involontaire coupable se rend coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

Je tiens à traiter tout d'abord de l'incidence du point de vue de mes collègues en l'espèce. En concluant que l'art. 202 du *Code criminel* prohibe une certaine façon d'agir ainsi que les conséquences d'une action irréfléchie en l'absence de tout état d'esprit répréhensible, ils ont en fait statué que l'acte criminel qu'est la négligence criminelle est une infraction de responsabilité absolue. La preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances justifiera un verdict de culpabilité, indépendamment de l'état d'esprit réel de l'accusé au moment où l'acte a été commis.

Je prends pour point de départ les propos suivants du juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1309 et 1310:

> Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître.
>
> Par contre la «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l'acte prohibé qui constitue l'*actus reus* de l'infraction. Aucun élément moral n'est nécessaire. On ne peut plaider que l'accusé n'a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.

Cette Cour a dit clairement dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et dans d'autres décisions qu'un verdict de responsabilité criminelle en l'absence de la preuve d'un état d'esprit répréhensible, qu'on y parvienne en raison de la nature de l'acte commis ou d'une autre preuve, est une anomalie qui s'accorde mal avec les règles de la responsabilité pénale et de la justice fondamentale: voir aussi les

pajohn v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 120, *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918. This is particularly so in the case of offences carrying a substantial term of imprisonment which by their nature, severity and attendant stigma are true criminal offences aimed at punishing culpable behaviour as opposed to securing the public welfare. In the absence of clear statutory language and purpose to the contrary, this Court should, in my view, be most reluctant to interpret a serious criminal offence as an absolute liability offence. As Dickson J. stated in *Sault Ste. Marie* at p. 1326:

> Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

In this case there can be no doubt that we are dealing with a serious criminal offence. The appellants are charged with committing manslaughter by criminal negligence. Under s. 219 of the *Criminal Code* then in force they are liable to imprisonment for life. Other offences committed by means of criminal negligence are also serious. For example, causing death by criminal negligence is an indictable offence under s. 203 of the *Code* carrying with it a liability to life imprisonment. Causing bodily harm by criminal negligence is an indictable offence under s. 204 of the *Code* carrying a liability to ten years' imprisonment. Criminal negligence in the operation of a motor vehicle could be prosecuted under s. 233 of the *Code* then in force as an indictable offence with a liability to five years' imprisonment. Taking the above considerations into account, can it be said that s. 202 of the *Code* creates an absolute liability offence for which conviction will follow on proof of the

arrêts *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S 918. Cela s'applique particulièrement aux infractions sanctionnées par une peine d'emprisonnement d'une durée considérable et qui, étant donné leur nature, leur gravité et la réprobation qui s'y rattachent, constituent de véritables infractions criminelles déclarées telles dans le but de punir une conduite coupable plutôt que d'assurer le bien-être public. En l'absence de dispositions et d'intention législatives contraires non ambiguës, j'estime que cette Cour devrait être très hésitante à considérer une grave infraction criminelle comme une infraction de responsabilité absolue. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, à la p. 1326:

> Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, nous sommes en présence d'une grave infraction criminelle. Les appelants sont accusés d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. En vertu de l'art. 219 du *Code criminel* qui était alors en vigueur, ils sont passibles d'emprisonnement à perpétuité. D'autres infractions imputables à la négligence criminelle sont également graves. Ainsi, quiconque cause la mort d'une autre personne par négligence criminelle est coupable, en vertu de l'art. 203 du *Code*, d'un acte criminel et est passible d'emprisonnement à perpétuité. Quiconque cause des lésions corporelles par négligence criminelle est coupable, en vertu de l'art. 204 du *Code*, d'un acte criminel et passible d'une peine d'emprisonnement de dix ans. Quiconque est criminellement négligent dans l'utilisation d'un véhicule à moteur pouvait être accusé, en vertu de l'art. 233 du *Code* alors en vigueur, d'un acte criminel et était passible d'un emprisonnement de cinq ans. Compte tenu des considérations susmentionnées, peut-on dire que l'art. 202 du *Code* crée une infraction de responsabilité absolue à l'égard de

proscribed act without reference to the accused's state of mind?

My colleague McIntyre J. has concluded that upon the wording of s. 202 it is an inescapable conclusion that Parliament intended liability to follow upon proof of the act or conduct described in the section. In particular, he stresses the reference to conduct which shows wanton or reckless disregard for the lives and safety of others and the fact that what is prohibited is criminal negligence. McIntyre J. states at pp. 1429-30:

> In choosing the test to be applied in assessing conduct under s. 202 of the *Code*, it must be observed at once that what is made criminal is negligence. Negligence connotes the opposite of thought-directed action. In other words, its existence precludes the element of positive intent to achieve a given result. This leads to the conclusion that what is sought to be restrained by punishment under s. 202 of the *Code* is conduct, and its results. What is punished, in other words, is not the state of mind but the consequences of mindless action. This is apparent, I suggest, from the words of the section, which makes criminal, conduct which shows wanton or reckless disregard. It may be observed as well that the words "wanton or reckless" support this construction, denying as they do the existence of a directing mental state. Nor can it be said that criminal negligence, as defined in s. 202, imports in its terms some element of malice or intention.

Section 202 of the *Code* is, in my view, notorious in its ambiguity. Since its enactment in its present form in the 1955 Amendments to the *Criminal Code* it has bedevilled both courts and commentators who have sought out its meaning. The interpretation put upon it usually depends upon which words are emphasized. On the one hand, my colleague's judgment demonstrates that emphasizing the use of the words "shows" and "negligence" can lead to the conclusion that an objective standard of liability was intended and that proof of unreasonable conduct alone will suffice. On the other hand, if the words "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" are stressed along with the fact that what is prohibited is not negligence *simpliciter* but "criminal" negligence, one might conclude that Parliament intended some degree of advertence to

laquelle il suffit de prouver la perpétration de l'acte prohibé pour entraîner un verdict de culpabilité, abstraction faite de l'état d'esprit de l'accusé?

Mon collègue le juge McIntyre a conclu que le libellé de l'art. 202 mène à la conclusion inéluctable que le Parlement entendait que la preuve de la conduite ou de l'acte décrits à cet article entraîne la responsabilité de son auteur. Plus particulièrement, il insiste sur le fait que le législateur parle de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, et que ce qui est prohibé est la négligence criminelle. Le juge McIntyre dit ce qui suit aux pp. 1429 et 1430:

> Dans le choix du critère à appliquer pour juger la conduite visée à l'art. 202 du *Code*, soulignons immédiatement que ce qui est rendu criminel est la négligence. La négligence implique le contraire de l'acte réfléchi. En d'autres termes, son existence exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Cela permet de conclure que la sanction prévue à l'art. 202 du *Code* vise à empêcher une façon d'agir, et ses conséquences. Ce qui est puni, en d'autres mots, n'est pas un état d'esprit mais les conséquences d'une action irréfléchie. J'estime que cela ressort du libellé de l'article, qui fait un crime de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire. On peut également remarquer que les mots «déréglée ou téméraire» appuient cette conclusion car ils nient l'existence d'une pensée directrice. On ne peut dire non plus que la négligence criminelle, visée à l'art. 202, implique un élément de malveillance ou une intention.

À mon avis, l'art. 202 du *Code* est d'une ambiguïté notoire. Depuis son adoption en sa forme actuelle dans les modifications de 1955 apportées au *Code criminel*, il a tourmenté aussi bien les tribunaux que les commentateurs qui ont recherché son sens. L'interprétation qu'on lui donne dépend habituellement des mots sur lesquels on insiste. D'une part, le jugement de mon collègue démontre que l'insistance sur les mots «montre» et «négligence» peut mener à la conclusion que l'on vise l'application d'un critère objectif de responsabilité, et que la seule preuve d'une conduite non raisonnable suffira. En revanche, si l'on insiste sur les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» ainsi que sur le fait que ce qui est prohibé n'est pas la simple négligence mais la négligence «criminelle», on pourrait conclure que le Parlement entendait

the risk to the lives or safety of others to be an essential element of the offence. When faced with such fundamental ambiguity, it would be my view that the court should give the provision the interpretation most consonant, not only with the text and purpose of the provision, but also, where possible, with the broader concepts and principles of the law: see also *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

It is obviously important to give meaning and effect to each word employed in s. 202. Under that section every one is criminally negligent who in doing or in omitting to do anything that it is his duty to do shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. As I have stated, the presumption when we are dealing with a serious criminal offence should be in favour of a requirement of some degree of mental blameworthiness if the text and purpose of the section are susceptible of such an interpretation. This Court, in its previous consideration of s. 202, concluded that it was intended to prohibit advertent negligence in the sense that the accused must be fixed with an awareness of the risk that is being prohibited. In *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, Judson J., in comparing what is now s. 202 with a provincial prohibition against driving "without due care or without reasonable consideration for other persons using the highway" stated at p. 808:

> There is a fundamental difference between the subject-matter of these two pieces of legislation which the appellant's argument does not recognize. It is a difference in kind and not merely one of degree. This difference has been recognized and emphasized in the recent writings of Glanville Williams on Criminal Law, para. 28, p. 82, and by J. W. C. Turner in the 17th edition of Kenny's Outlines of Criminal Law. I adopt as part of my reasons Turner's statement of the difference to be found at p. 34 of Kenny:
>
> > But it should now be recognized that at common law there is no *criminal* liability for harm thus caused by inadvertence. This has been laid down authoritatively for manslaughter again and again. There are

qu'une certaine conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui soit un élément essentiel de l'infraction. Devant une ambiguïté aussi fondamentale, j'estime que le tribunal devrait donner à la disposition en cause l'interprétation la plus conforme non seulement à son texte et à son objet, mais aussi, dans la mesure du possible, celle qui s'accorde le mieux avec les concepts et les principes plus larges du droit: voir aussi l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Il importe évidemment de donner un sens et un effet à chacun des mots utilisés à l'art. 202. Selon cet article, est coupable de négligence criminelle quiconque, en faisant quelque chose, ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Comme je l'ai dit, lorsque nous sommes en présence d'une infraction criminelle grave, il y a lieu de présumer la nécessité d'un certain état d'esprit répréhensible si le libellé et l'objet de l'article se prêtent à une telle interprétation. Cette Cour, dans son examen antérieur de l'art. 202, a conclu qu'il visait à prohiber la négligence consciente, c'est-à-dire qu'il faut prouver chez l'accusé la conscience du danger qui est prohibé. Dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S 804, le juge Judson qui faisait une comparaison entre ce qui est maintenant l'art. 202 et une disposition provinciale prohibant la conduite d'un véhicule automobile [TRADUCTION] «sans apporter un soin convenable ou sans se soucier d'une manière raisonnable des autres usagers de la route», a déclaré à la p. 808:

> [TRADUCTION] Il existe entre l'objet de ces deux textes législatifs une différence fondamentale dont l'argument de l'appelant ne tient pas compte. C'est une différence de nature et non simplement une différence de degré. Cette différence a été dégagée et soulignée dans le récent ouvrage de Glanville Williams, Criminal Law, par. 28, p. 82, et par J. W. C. Turner dans la 17e édition de l'ouvrage Kenny's Outlines of Criminal Law. Je fais mien et incorpore à mes motifs ce que dit Turner sur cette différence, que l'on trouve à la p. 34 de l'ouvrage de Kenny:
>
> > Mais il faut maintenant reconnaître qu'il n'existe pas de responsabilité *criminelle* en *common law* pour le préjudice ainsi causé par inadvertance. Ce principe a été établi à maintes reprises par la jurisprudence en

only two states of mind which constitute *mens rea*, and they are intention and *recklessness*. The difference between recklessness and negligence is the difference between advertence and inadvertence; they are opposed and it is a logical fallacy to suggest that recklessness is a degree of negligence. The common habit of lawyers to qualify the word "negligence" with some moral epithet such as "wicked", "gross", or "culpable" has been most unfortunate since it has inevitably led to great confusion of thought and of principle. It is equally misleading to speak of criminal negligence since this is merely to use an expression to explain itself.

Despite the sometimes confusing characterization of the distinct crime of dangerous driving (which I note is not in issue on this appeal), the *O'Grady v. Sparling* view of criminal negligence was affirmed by various members of the Court in *obiter* comments in *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, at p. 243, *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, at pp. 598 and 600, and *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, at pp. 911-12, 917-18 and 919-20. These cases are, in my respectful view, very relevant to the question that the Court faces on this appeal. They indicate that on previous occasions the Court considered s. 202 susceptible of an interpretation in keeping with the general principle that some degree of guilty knowledge is an element of all serious criminal offences. It is true that the offence of criminal negligence was not directly in issue in these cases, but at no time did any member of the Court suggest that the subjective approach to the interpretation of the offence of criminal negligence in *O'Grady v. Sparling* was incorrect or inconsistent with the statutory language or purpose.

In *Peda v. The Queen* Pigeon J., delivering a concurring judgment for himself and Justice Ritchie, elaborated on the Court's interpretation of s. 202(1) (then s. 191(1)) in *O'Grady v. Sparling* as follows at pp. 919-20:

Therefore the essential basis on which subsection 1 was held to be aimed at a kind of negligence different from the negligence contemplated in the enactments of

ce qui concerne l'homicide involontaire. Il n'y a que deux états d'esprit qui soient constitutifs de *mens rea*, ce sont l'intention proprement dite et la *témérité*. La différence entre la témérité et la négligence équivaut à la différence entre l'intention et l'inadvertance: elles s'opposent et il est en toute logique spécieux de prétendre que la témérité représente un degré dans la négligence. L'habitude qu'ont prise les avocats d'assortir le mot «négligence» de certains qualificatifs d'ordre moral comme «malicieuse», «lourde» ou «coupable» est extrêmement regrettable car elle a inévitablement mené à une grande confusion de pensée et de principes. Parler de négligence criminelle prête également à confusion, car cela revient à faire une tautologie.

Malgré la caractérisation parfois ambiguë du crime distinct qu'est la conduite dangereuse (dont il n'est pas question en l'espèce), le point de vue qui est exposé dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* sur la négligence criminelle a été confirmé par divers membres de la Cour dans des remarques incidentes qu'ils ont faites dans les arrêts *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238, à la p. 243, *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, aux pp. 598 et 600, et *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905 aux pp. 911 et 912, 917, 918, 919 et 920. À mon avis, ces arrêts sont très pertinents à la question que doit trancher la Cour en l'espèce. Ils indiquent qu'en d'autres occasions, la Cour a considéré que l'art. 202 était susceptible d'une interprétation conforme au principe général selon lequel un certain degré de connaissance coupable est un élément de toutes les infractions criminelles graves. Il est vrai qu'il n'était pas directement question de l'infraction de négligence criminelle dans ces affaires, mais jamais aucun membre de la Cour n'a laissé entendre que l'interprétation subjective de l'infraction de négligence criminelle dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* était incorrecte ou incompatible avec le libellé ou l'objet de la disposition.

Dans l'arrêt *Peda v. The Queen*, le juge Pigeon, qui rendait un jugement concurrent pour lui-même et pour le juge Ritchie, a traité, aux pp. 919 et 920, de l'interprétation par la Cour du par. 202(1) (alors le par. 191(1)) dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling*:

[TRADUCTION] Par conséquent, la raison essentielle pour laquelle on a considéré que le paragraphe 1 visait une négligence différente de la négligence envisagée

regulatory authorities is that "criminal negligence" requires *mens rea*. It follows, of course, that inadvertent negligence is not criminal. Because negligence in the usual language includes both advertent and inadvertent negligence, it is obvious that in charging a jury on an indictment for "criminal negligence" a judge must in some way explain adequately the kind of negligence that is criminal and make it clear, but not necessarily in those words, that inadvertent negligence is not criminal. It may well be that he can do it by using the language of s. 191(1), seeing that "wanton or reckless" undoubtedly exclude mere inadvertence.

He then stated at p. 920:

By virtue of s. 191(1), a conviction for "criminal negligence" requires "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons". As against that, subs. 4 contemplates danger to other persons only. There is, therefore, ample room for distinction between the two offences even excluding inadvertence from the lesser.

However, wantonness and recklessness of themselves clearly imply the exclusion of mere inadvertence while "dangerous driving" does not necessarily.

Pigeon J.'s interpretation of the criminal negligence provisions of the *Code* stresses the phrase "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" and the qualification of negligence by the word "criminal". I would respectfully agree that these elements in the section militate against a purely objective standard of liability.

It is my view that the phrase "reckless disregard for the lives or safety of other persons" found in s. 202, when read in the context of Canadian criminal law jurisprudence, requires the Crown to prove advertence or awareness of the risk that the prohibited consequences will come to pass. This Court has adopted a subjective approach to recklessness in *Pappajohn v. The Queen*, *supra*, and has reaffirmed this in the recent case of *Sansregret v. The Queen*, *supra*. In doing so the Court has, I believe, implicitly rejected the view that failure to give any thought to whether or not there is a risk can be substituted for the mental state of recklessness as

dans les textes de réglementation, c'est que la «négligence criminelle» requiert la *mens rea*. Il s'ensuit, naturellement, que la négligence inconsciente n'est pas criminelle. Parce que la négligence, dans la langue courante, comprend à la fois la négligence consciente et celle qui ne l'est pas, il est évident que le juge qui fait un exposé au jury dans le cadre d'un procès pour «négligence criminelle», doit d'une façon quelconque expliquer adéquatement quelle sorte de négligence est criminelle et souligner clairement, mais pas nécessairement en ces termes, que la négligence inconsciente n'est pas criminelle. Il est bien possible qu'il puisse le faire en utilisant les termes du par. 191(1), étant donné que les adjectifs «déréglée ou téméraire» excluent sans aucun doute la simple inadvertance.

Il a ensuite déclaré à la p. 920:

[TRADUCTION] En vertu du par. 191(1), la déclaration de culpabilité pour «négligence criminelle» exige l'«insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui». Par contre, le paragraphe 4 ne prévoit que le danger auquel est exposé autrui. Par conséquent, il est aisé de faire la distinction entre les deux infractions, même si l'on exclut l'inadvertance de l'infraction la moins grave.

Cependant la conduite qui est déréglée et celle qui est téméraire impliquent clairement en elles-mêmes qu'elles excluent la simple inadvertance, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour la «conduite dangereuse».

Dans son interprétation des dispositions du *Code* sur la négligence criminelle, le juge Pigeon insiste sur les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» et sur le qualificatif «criminelle» qui accompagne le mot négligence. Je suis d'accord pour dire que ces éléments de l'article militent contre l'application d'un critère de responsabilité purement objectif.

J'estime que les mots «insouciance téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui», à l'art. 202, interprétés dans le contexte de la jurisprudence canadienne de droit criminel, exigent de la part du ministère public la preuve que l'accusé était conscient que ses actes risquaient d'entraîner les conséquences prohibées. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, précité, cette Cour a appliqué un critère subjectif à la témérité, et elle l'a fait de nouveau dans une décision récente, *Sansregret c. La Reine*, précitée. Ce faisant la Cour a, je crois, rejeté implicitement l'opinion que le défaut d'accorder la moindre pensée à l'existence ou à l'ab-

that view is articulated in the majority decisions in *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.), and *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.)

The expression "wanton" disregard for the lives and safety of others is perhaps less clear. The word "wanton" taken in its acontextual sense could signal an element of randomness or arbitrariness more akin to an objective standard but, given the context in which it appears, coupled with the adjective reckless, and its clear use to accentuate and make more heinous the already serious matter of disregard for the lives or safety of others, I would think that the preferable interpretation is that the word wanton was intended to connote wilful blindness to the prohibited risk: see P. J. T. O'Hearn "Criminal Negligence: An Analysis in Depth" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27, at p. 411.

In short, the phrase "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" signifies more than gross negligence in the objective sense. It requires some degree of awareness or advertence to the threat to the lives or safety of others or alternatively a wilful blindness to that threat which is culpable in light of the gravity of the risk that is prohibited.

In recent years courts and commentators have sought to deal with those aspects of s. 202 which seem to be in tension with a subjective standard. In his valuable treatise *Principles of Criminal Law* (1986), Professor Colvin has written at p. 120:

> The reference to *showing* wanton or reckless disregard in s. 202 can be used to support the objective test. It is submitted, however, that it is wrong to interpret s. 202 as a complete definition of criminal negligence which includes its *mens rea*. The better interpretation is that the section does no more than define the *conduct* which is involved in criminal negligence. *Mens rea* then remains to be implied in accordance with general principles and this is in effect what the Supreme Court did in *O'Grady*. This construction is supported by the statement in another Supreme Court case that "conduct disclosing wanton or reckless disregard for the lives or

sence d'un risque puisse être substitué à l'état mental qu'est la témérité, comme le disent les décisions de la majorité dans les arrêts *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.) et *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.)

L'expression insouciance «déréglée» à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui est peut-être moins claire. L'adjectif «déréglée», pris sans contexte, peut laisser supposer un caractère aléatoire ou arbitraire qui se rapproche davantage d'une norme objective. Toutefois, étant donné le contexte dans lequel il se trouve, son association à l'adjectif téméraire et le fait qu'il a visiblement été utilisé pour accentuer et rendre plus odieuse l'affaire déjà grave qu'est l'insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, je crois préférable de conclure que le mot «déréglée» vise à désigner un aveuglement délibéré à l'égard du risque prohibé: P. J. T. O'Hearn, «Criminal Negligence: An Analysis in Depth» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27 à la p. 411.

En bref, les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» désignent davantage que la négligence grave, au sens objectif du terme. Ils exigent un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou, subsidiairement, un aveuglement délibéré à l'égard de ce danger, qui est coupable étant donné la gravité du risque prohibé.

Au cours des dernières années, les tribunaux et les commentateurs ont tenté de traiter des aspects de l'art. 202 qui semblent ne pas se prêter à l'application d'un critère subjectif. Dans son utile traité *Principles of Criminal Law* (1986), le professeur Colvin a écrit à la p. 120:

> [TRADUCTION] L'expression «*montre* une insouciance déréglée ou téméraire» à l'art. 202 peut-être invoquée à l'appui de l'application d'un critère objectif. Il me semble toutefois erroné d'interpréter l'art. 202 comme une définition complète de la négligence criminelle, y compris sa *mens rea*. Il est préférable d'interpréter cet article comme définissant tout simplement la *conduite* constituant la négligence criminelle. Il reste alors à présumer la *mens rea* conformément aux règles générales, et c'est en réalité ce que la Cour suprême a fait dans l'arrêt *O'Grady*. Cette interprétation est aussi appuyée par l'affirmation, dans un autre arrêt de la Cour

safety of others constitutes *prima facie* evidence of criminal negligence". [Emphasis in original.]

The other Supreme Court case to which Professor Colvin refers is *Arthurs v. The Queen*, [1974] S.C.R. 287, in which Ritchie J. after examining the wording of s. 202 stated, at p. 292:

> ... conduct disclosing wanton or reckless disregard for the lives or safety of others constitutes *prima facie* evidence of criminal negligence.

Ritchie J. then went on to elaborate on what this test means in the context of deciding whether the trial judge had erred in failing to outline a possible defence to the jury. He stated at p. 294

> I think that the second question must be governed by the test which I indicated at the outset, and that question therefore is whether the learned trial judge failed to outline to the jury any theory of the defence which was consistent with the appellant having acted otherwise than with wanton or reckless disregard for the lives and safety of others.

What emerges from the test outlined by Ritchie J. in *Arthurs v. The Queen* is, in my view, a very workable test that is consistent with both the text and purpose of s. 202 and with the basic principles of penal liability. Conduct that displays a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others will constitute the *actus reus* of the offence under s. 202 and be *prima facie* evidence of the accused's blameworthy state of mind. It can be assumed that a person functioning with normal faculties of awareness and engaging in conduct which represents such a grave departure from the norm is either aware of the risk or is wilfully blind to the risk. Proof of the conduct will, in other words, cast an evidential burden on the accused to explain why the normal inference of conscious awareness or wilful blindness should not be drawn. The inference will arise in most cases because the intent requirement under s. 202 is the minimal intent requirement of awareness or advertence or wilful blindness to the prohibited risk. As Ritchie J. noted in *Arthurs v. The Queen* at p. 298 the more expansive intent requirement of deliberation

suprême, que «le comportement manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence criminelle». [Italiques dans le texte original.]

L'autre décision de la Cour suprême dont fait mention le professeur Colvin est l'arrêt *Arthurs c. La Reine*, [1974] R.C.S 287 dans lequel le juge Ritchie, après avoir examiné le libellé de l'art. 202, dit à la p. 292:

> ... le comportement manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence criminelle.

Le juge Ritchie considère ensuite la signification de ce critère lorsqu'il s'agit de décider si le juge de procès a commis une erreur en omettant de souligner au jury une défense possible. Il dit à la p. 294:

> Je crois que la seconde question doit dépendre du critère dont j'ai fait mention au début, et il s'agit donc de savoir si le savant juge de première instance a omis d'exposer au jury quelque théorie de la défense compatible avec l'hypothèse que l'appelant aurait agi autrement qu'avec une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

À mon sens, le critère exposé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* est un critère réellement utilisable, qui est conforme à la fois au libellé et à l'objet de l'art. 202 et aux principes fondamentaux de la responsabilité pénale. La conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 202, et elle est la preuve *prima facie* de l'état d'esprit répréhensible de l'accusé. On peut supposer que quiconque est normalement conscient et qui a une conduite représentant une dérogation aussi grave à la norme, est conscient du danger ou refuse délibérément de le voir. En d'autres termes, la preuve de la conduite en question imposera à l'accusé l'obligation d'expliquer pourquoi il n'y a pas lieu d'en arriver à l'inférence normale qu'il était conscient du risque ou qu'il a délibérément refusé de le voir. Cette inférence se présentera dans la plupart des cas parce que l'intention exigée à l'art. 202 est l'intention minimale en ce qui concerne la conscience du risque prohibé ou le refus délibéré de le voir. Comme l'a souligné le

is not a necessary element of the offence set out in s. 202.

I agree with my colleague McIntyre J. that malice or intent in the sense of a mind directed to a purpose is not an element of s. 202. Moreover, the fact that the accused may desire or calculate that his purpose can be achieved without the realization of the risk does not relieve the accused of liability under s. 202 if he either adverted to or became aware of the risk to the lives or safety of others or wilfully closed his eyes to the reality of that risk.

The approach to criminal negigence set out in *Arthurs v. The Queen* also finds support in the subsequent case of *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339. In that case the issue was whether evidence of similar facts was admissible to prove the *mens rea* of an accused who was charged with causing death by criminal negligence when he fatally struck a person while making a low pass in a bush plane. De Grandpré J. observed at p. 356 that "in most cases, the fact itself proves the intent" but that it remained open to the Crown to prove the *mens rea* not only on the basis of an inference from the commission of the act itself but also by evidence such as the similar facts of previous low passes in order to prove that the accused must have been aware of the risk created by such dangerous methods of flying an airplane. Dickson J., in dissent, approved of the statement in *Arthurs v. The Queen* that conduct disclosing a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others constitutes *prima facie* evidence of negligence but held at p. 346 that the evidence of similar facts was not admissible because the "*mens rea* of criminal negligence is determined by an objective standard". I find a certain ambiguity in this position because, in my respectful opinion, the *mens rea* of advertent negligence can in most cases be determined by reference to an objective standard without in the final analysis itself constituting an objective standard. Similarly, the dissent of Chief Justice Laskin in *Arthurs v. The Queen* can also perhaps be reconciled with the Court's holding in

juge Ritchie à la p. 298 de l'arrêt *Arthurs c. La Reine*, l'exigence plus large visant le propos délibéré n'est pas un élément nécessaire de l'infraction prévue à l'art. 202.

Je suis d'accord avec mon collègue le juge McIntyre pour dire que la malveillance ou l'intention, au sens de la pensée qui tend vers un but, n'est pas un élément de l'art. 202. De plus, le fait que l'accusé puisse souhaiter ou estimer qu'il pourra atteindre son but sans que le danger se concrétise ne le libère pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 202, s'il a envisagé le danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou en est devenu conscient, ou s'il a délibérément fermé les yeux sur l'existence de ce danger.

La façon dont la négligence criminelle est considérée dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* trouve aussi un appui dans un arrêt ultérieur, *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si la preuve de faits similaires était recevable pour prouver la *mens rea* d'une personne accusée d'avoir causé la mort d'une autre personne par négligence criminelle lorsqu'elle l'a mortellement blessée en volant à très basse altitude dans un avion de brousse. Le juge de Grandpré a observé à la p. 356 que «dans la plupart des cas, le fait lui-même fait preuve de l'intention», mais qu'il était loisible au ministère public de prouver la *mens rea* non seulement en se fondant sur une inférence découlant de la perpétration de l'acte lui-même, mais aussi au moyen de la preuve d'actes similaires, c'est-à-dire des vols à basse altitude, de façon à prouver que l'accusé avait dû être conscient des risques que comportaient des manœuvres aussi dangereuses. Le juge Dickson, qui était dissident, a approuvé la déclaration dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* que la conduite montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence, mais il a conclu à la p. 346 que la preuve de faits similaires n'est pas admissible parce que la «*mens rea* [. . .] se détermine en vertu d'un critère objectif». Avec égards, je trouve à cette position une certaine ambiguïté car, à mon avis, la *mens rea* relative à la négligence consciente peut dans la plupart des cas se déterminer au moyen d'un cri-

O'Grady v. Sparling that criminal negligence consists of advertent negligence in so far as the Chief Justice's dissent stands for the propositions that (1) the defence of accident designed to deny some necessary mental element should have been explained to the jury (pp. 308-12) and (2) the requirement of deliberation or in his words "subjective intent" was not a necessary element of the offence of criminal negligence as set out by the Court in *O'Grady v. Sparling*, *Binus v. The Queen*, and *Peda v. The Queen* (pp. 306-307). In any event, I would respectfully agree with Professor Colvin's comment on this Court's decision in *Leblanc* in "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345, at p. 356:

> The decision of the majority in *Leblanc* establishes that *O'Grady v. Sparling* remains good law on the mental element of criminal negligence. The test is subjective: the actor himself must have known of the risks of his conduct. Those provincial appellate courts which have espoused an objective test are in error. This is not meant to suggest, however, that the decisions in the particular cases were wrong. The results would perhaps have been the same even if a subjective test had been used.

It is my view that the jurisprudence of this Court to date establishes that the criminal negligence prohibited under s. 202 is advertent negligence. I would not hesitate to depart from these precedents for solid reasons but I cannot, with due respect to those who think otherwise, agree that the case for the adoption of an objective standard of liability has been made out to the extent required to justify a departure from this Court's previous decisions. On the standard required to justify a departure from the practice of *stare decisis*, I find the comments of the Chief Justice in his dissent in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 849-61, instructive. In *R. v. Bernard* the Chief Justice suggests that before overruling one of its prior decisions the Court consider the intro-

tère objectif sans constituer elle-même, en dernière analyse, un critère objectif. De la même façon, l'opinion dissidente du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* pourrait peut-être aussi être conciliée avec la conclusion de la Cour dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* selon laquelle la négligence criminelle est la négligence consciente, dans la mesure où la dissidence du Juge en chef appuie les propositions suivantes: (1) la défense d'accident destinée à nier l'existence d'un certain élément moral nécessaire aurait dû être expliquée au jury (pp. 308 à 312) et (2) la nécessité du propos délibéré ou selon ses propres mots [TRADUCTION] de «l'intention subjective» n'était pas un élément nécessaire de l'infraction de négligence criminelle comme l'a exposée la Cour dans les arrêts *O'Grady v. Sparling*, *Binus v. The Queen* et *Peda v. The Queen* (aux pp. 306 et 307). En tout état de cause, je suis d'accord avec ce que dit le professeur Colvin sur l'arrêt *Leblanc* de cette Cour dans son ouvrage «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345, à la p. 356:

> [TRADUCTION] La décision de la majorité dans l'affaire *Leblanc* établit que l'arrêt *O'Grady v. Sparling* continue à faire autorité en ce qui concerne l'élément moral de la négligence criminelle. Le critère est subjectif: l'auteur lui-même doit avoir connu les risques que présentait sa conduite. Les cours d'appel provinciales qui ont appliqué le critère objectif sont dans l'erreur. Cela ne veut toutefois pas dire que les décisions rendues dans les différentes affaires étaient erronées. L'application d'un critère subjectif aurait peut-être mené aux mêmes résultats.

J'estime que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence de cette Cour établit que la négligence criminelle prohibée en vertu de l'art. 202 est la négligence consciente. Je n'hésiterais pas à m'écarter de ces décisions pour de solides motifs mais, avec égards pour ceux qui ne sont pas de cet avis, je ne peux pas reconnaître que l'on a prouvé qu'il y a lieu d'adopter un critère objectif de responsabilité dans la mesure requise pour qu'il soit justifié de s'écarter des décisions antérieures de cette Cour. Je trouve fort intéressants les commentaires du Juge en chef dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 849 à 861, lorsqu'il traitait du critère requis pour déroger à la règle du *stare decisis*. Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, le Juge en chef laisse entendre qu'a-

duction of the *Charter*, the attenuation of a precedent in later authorities, the creation of uncertainty by the continued existence of the precedent and whether the overturning of the precedent will expand the range of criminal liability and work to the detriment of the accused. Considering these factors in the case at bar, the burden to justify such a departure would, in my view, be especially high given that *O'Grady v. Sparling* has not been attenuated by the subsequent jurisprudence of this Court and the effect of the change proposed here is to expand criminal liability beyond its normal limits and to the detriment of the accused. The adoption of an objective standard also creates, in my view, both the possibility of a *Charter* violation and uncertainty as to the relevance of factors subjective to the accused under the new objective standard.

vant de passer outre à une de ses décisions antérieures, la Cour devrait prendre en considération l'adoption de la *Charte*, l'affaiblissement d'un précédent dans des décisions ultérieures, l'incertitude créée par la survivance de ce dernier, et la question de savoir si l'infirmation du précédent augmentera l'étendue de la responsabilité criminelle au détriment de l'accusé. Compte tenu de ces facteurs en l'espèce, l'obligation de justifier une telle dérogation serait, à mon avis, particulièrement rigoureuse, car l'arrêt *O'Grady v. Sparling* n'a pas été atténué par la jurisprudence ultérieure de notre Cour et l'effet du changement proposé en l'espèce serait d'étendre la responsabilité pénale au delà de ses limites normales et ce, au détriment de l'accusé. L'adoption d'une norme objective crée aussi, à mon avis, à la fois la possibilité d'une violation de la *Charte* et une incertitude, sous le régime d'une nouvelle norme objective, quant à la pertinence de facteurs subjectifs en ce qui concerne l'accusé.

As I have suggested above, the words of the section can reasonably bear an interpretation which leaves room for the mental element of awareness or advertence to a risk to the lives or safety of others or wilful blindness to such risk. Conduct which shows a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others will by its nature constitute *prima facie* evidence of the mental element, and in the absence of some evidence that casts doubt on the normal degree of mental awareness, proof of the act and reference to what a reasonable person in the circumstances must have realized will lead to a conclusion that the accused was aware of the risk or wilfully blind to the risk.

Comme je le notais précédemment, le libellé de l'article peut raisonnablement être interprété de façon à laisser une place à l'élément moral de la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou de l'aveuglement volontaire à l'égard d'un tel risque. Toute conduite montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui sera, de par sa nature même, la preuve *prima facie* de l'élément moral et, en l'absence de preuve jetant le doute sur le degré normal de conscience mentale, la preuve de l'acte et la comparaison avec ce dont une personne raisonnable se serait rendu compte dans les circonstances, mènera à la conclusion que l'accusé était conscient du risque ou a délibérément fermé les yeux sur ce risque.

Professor Glanville Williams in his work *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), explained the minimal nature of the mental element for advertent negligence and the important evidentiary use of objective standards in determining the subjective state of mind of what he terms advertent negligence. He defined the requirement of recklessness in advertent negligence as follows at pp. 53-55:

Dans son ouvrage *Criminal Law: The General Part* (2e éd. 1961), le professeur Glanville Williams explique la nature minimale de l'élément moral dans la négligence consciente et la large utilisation en preuve de normes objectives pour déterminer l'état d'esprit subjectif de ce qu'il appelle la négligence consciente. Il définit ainsi l'exigence de «témérité» en matière de négligence consciente, aux pp. 53 à 55:

If the actor foresaw the probability of the consequences he is regarded as reckless, even though he fervently desired and hoped for the exact opposite of the consequence, and even though he did his best (short of abandoning his main project) to avoid it .... Recklessness is any determination to pursue conduct with knowledge of the risks involved though without a desire that they should eventuate.

. . .

... recklessness may be a mere passing realization, instantly dismissed, which leaves no mark upon conduct.

Likewise, P. J. T. O'Hearn has indicated that the requirements of advertent negligence encompass any consciousness of the prohibited risk or "the mental state of one who is doing what appears to be taking chances but who is blindly wilful in doing so": "Criminal Negligence: An Analysis in Depth", *supra*, at p. 422. To take account of the minimal nature of the mental element of recklessness, Professor Williams explained in *Criminal Law: The General Part*, *supra*, at pp. 55-56:

On an issue of recklessness, these considerations may be put before the jury. There is no objection to instructing the jury to consider whether the defendant *must* have foreseen the consequence, but it is fatally easy to confuse this with the question whether the defendant *ought* as a reasonable man to have foreseen it. The latter question presupposes an objective test of the reasonable man, and the accused person's actual foresight is immaterial. The former question is directed exclusively to the accused's actual foresight, and the test of what a reasonable man would have foreseen is merely a step in reasoning. For example, it may be shown that the accused is mentally subnormal, or that on the occasion in question he was drunk, or suffering from some fear, anger, or other excitement which deprived him of the ability to look circumspectly to the probable outcome of his conduct. These facts would not, according to the usual view, be relevant to an issue of inadvertent negligence, if that were before the court; but they are very relevant to the issue of recklessness. They may lead the tribunal to decide that the accused did not foresee the consequence, even though a person somewhat differently situated would have foreseen it. In short, a judgment of inadvertent negligence rests merely on a comparison between the conduct of the accused and that of a reasonable man, while a judgment of recklessness uses

[TRADUCTION] Si l'acteur a envisagé la probabilité des conséquences, il a été téméraire, même s'il souhaitait ou espérait ardemment la conséquence exactement contraire, et même s'il a fait de son mieux (mais sans abandonner son projet principal) pour l'éviter ... La témérité est la détermination de continuer à adopter le comportement en question avec la connaissance des risques courus mais sans le désir que ces risques se réalisent.

. . .

... la témérité peut prendre la forme d'une pensée fugace, immédiatement rejetée, qui ne laisse aucune trace dans le comportement lui-même.

De même, P. J. T. O'Hearn a indiqué que les exigences en matière de négligence consciente englobe toute conscience du risque prohibé ou [TRADUCTION] «l'état d'esprit de la personne qui fait quelque chose—apparemment prendre des risques—mais refuse délibérément de voir ces risques quand elle le fait»: «Criminal Negligence: An Analysis in Depth», précité, à la p. 422. Pour prendre en compte le caractère «minimal» de l'élément moral de la témérité, le professeur Williams explique ceci dans *Criminal Law*: *The General Part*, précité, aux pp. 55 et 56:

[TRADUCTION] Sur la question de la témérité, ces considérations peuvent être exposées au jury. Il n'y a pas d'objection à donner au jury la directive de se demander si le défendeur *a dû* envisager la conséquence, mais il est dangereusement facile de confondre cette question avec celle de savoir s'il *aurait dû* l'envisager comme l'aurait fait une personne raisonnable. La deuxième question suppose le critère objectif de la personne raisonnable et le fait que l'accusé ait effectivement envisagé ou non la conséquence est sans importance. La première question vise uniquement ce que l'accusé a effectivement envisagé et le critère de ce qu'aurait envisagé une personne raisonnable est seulement une des étapes du raisonnement. Par exemple, on peut démontrer que l'accusé a des capacités mentales inférieures à la moyenne ou qu'au moment en cause, il était ivre ou était animé par la crainte, la colère ou une autre forme d'agitation qui le privait de la capacité de considérer avec discernement le résultat probable de sa conduite. Selon le point de vue habituel, ces faits ne seraient pas pertinents quant à la négligence inconsciente si cette question était soumise au tribunal, mais ils sont très pertinents quand il s'agit de témérité. Ils peuvent amener le tribunal à décider que l'accusé n'a pas prévu la conséquence, même si une personne, dans une situation un peu différente, l'aurait prévue. En bref, une décision sur la négligence incons-

the concept of the reasonable man only as a guide to what went on in the accused's mind, and only so long as it can plausibly be assumed that the accused's mind accorded with the normal at the time of his act.

I would add that the importance of what the reasonable person would have foreseen to the determination of whether a particular accused would have become aware or wilfully blind to the prohibited risk will vary with the context. For example, in the case of a licensed driver engaging in high risk motoring, I am in general agreement with Morden J.A. in *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.), at pp. 434-35, that it is open to the jury to find the accused's blameworthy state of mind from driving which shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of others subject to an explanation in the evidence which would account for the deviant conduct such as a sudden mechanical malfunction or a bee sting or other accident beyond the accused's control. I would think that in the driving context where risks to the lives and safety of others present themselves in a habitual and obvious fashion the accused's claim that he or she gave no thought to the risk or had simply a negative state of mind would in most, if not all, cases amount to the culpable positive mental state of wilful blindness to the prohibited risk.

The minimal nature of the requirement of a blameworthy state of mind and the relevance of the objective standard as a rebuttable mode of proof suggests to me that a holding that s. 202 requires proof of the mental element of advertence to the risk or wilful blindness to the risk will not undermine the policy objectives of the provision. The loss in terms of deterrence and social protection would seem to be negligible when the retention of a subjective standard would at most offer protection for those who due to some peculiarity or unexpected accident commit conduct which, although it shows a reckless or wanton disregard for the lives or safety of others, can be explained as

ciente repose uniquement sur une comparaison entre la conduite de l'accusé et celle d'une personne raisonnable, alors qu'une décision sur la témérité ne fait intervenir la notion de personne raisonnable que pour aider à découvrir ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé et dans la mesure seulement où on peut présumer plausiblement que l'esprit de l'accusé correspondait à ce qui était «normal» au moment de l'acte.

J'ajouterais que l'importance de ce que la personne raisonnable aurait prévu, pour déterminer si un accusé donné aurait été conscient du risque prohibé ou aurait délibérément fermé les yeux sur celui-ci, variera selon le contexte. Par exemple, dans le cas d'un automobiliste muni d'un permis qui conduit d'une façon qui comporte des risques élevés, je suis d'accord avec le juge Morden dans *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.), aux pp. 434 et 435, pour dire qu'il appartient au jury de conclure à l'état d'esprit répréhensible de l'accusé en raison d'une conduite montrant une insouciance déréglée et téméraire pour la vie et la sécurité d'autrui, sous réserve d'une explication, ressortant de la preuve, de cette conduite anormale, comme par exemple une panne mécanique subite, une piqûre d'abeille ou un autre accident hors du contrôle de l'accusé. J'estime que, dans le contexte de la conduite automobile où les risques pour la vie et la sécurité d'autrui se présentent de façon usuelle et évidente, l'affirmation par l'accusé(e) qu'il ou elle n'a aucunement pensé aux risques ou a simplement refusé d'y penser constituerait dans la plupart des cas, sinon tous, un état d'esprit positif coupable d'aveuglement volontaire face au risque prohibé.

Le caractère minimal de l'exigence d'un état d'esprit répréhensible et la pertinence de la norme objective comme mode de preuve réfutable me permettent de penser que conclure que l'art. 202 exige la preuve de l'élément moral de conscience du risque ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ce risque ne mettrait pas en danger les objectifs de principe visés par cette disposition. La perte en termes de dissuasion et de protection sociale semble négligeable parce que le maintien d'une norme subjective pourrait tout au plus protéger ceux qui, en raison de quelque particularité ou d'un accident imprévu, adoptent une conduite qui, tout en montrant une insouciance déréglée ou

inconsistent with any degree of awareness of or wilful blindness to such a risk. Should social protection require the adoption of an objective standard it is open to Parliament to enact a law which clearly adopts such a standard. In my respectful view this Court should not do it for them.

I do not think that a subjective interpretation of s. 202 renders the role of manslaughter committed by means of criminal negligence superfluous within the scheme of the homicide provisions of the *Criminal Code*. The murder provisions will in general be available only if a higher degree of intent is proven than awareness of or wilful blindness to a risk to the lives and safety of others. For example ss. 212(*a*) and (*b*) involve the higher degree of *mens rea* of either meaning to cause death or meaning to cause bodily harm with the knowledge that it is likely to cause death and being reckless as to whether death ensues or not. There may be some overlap between the offence of committing culpable homicide by criminal negligence and the murder offences found in ss. 212(*c*) and 213 but these murder provisions seem to be a distinct part of the statutory scheme in that they are addressed to the specific issue of killings which result from either the pursuit of an unlawful object or the commission of specified indictable offences. Manslaughter by means of advertent criminal negligence would still, in my view, have a role to play in prohibiting killings done with a more minimal intent than required under ss. 212(*a*) and (*b*) and in contexts which would not be covered by ss. 212(*c*) and 213.

In recognition of the harshness of a uniform application of an objective standard of criminal liability much of the recent work in criminal jurisprudence has canvassed the possibility of introducing a subjective dimension into the objective standard in order to relieve the harshness of imposing an objective standard on those who, because of their peculiar characteristics, could not fairly be expected to live up to the standard set by the reasonable person. H. L. A. Hart was perhaps the first to

téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, peut s'expliquer comme étant incompatible avec un degré quelconque de conscience d'un tel risque ou un aveuglement volontaire à cet égard. Si la protection de la société exige l'adoption d'une norme objective, il appartient au Parlement d'édicter une loi qui le fasse clairement. Avec égards, j'estime que la Cour ne devrait pas le faire à sa place.

Je ne pense pas qu'une interprétation subjective de l'art. 202 rende superflu le rôle de l'homicide volontaire coupable par négligence criminelle dans l'ensemble constitué par les dispositions du *Code criminel* concernant l'homicide. Les dispositions relatives au meurtre n'entreront en jeu, en règle générale, que dans les cas où est prouvé un degré plus élevé d'intention que la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui, ou un aveuglement volontaire à son égard. Par exemple, les al. 212*a*) et 212*b*) comportent un degré plus élevé de *mens rea* ou d'intention soit de causer la mort soit de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort ou en étant indifférent que la mort s'ensuive ou non. Il peut y avoir un chevauchement entre l'infraction d'homicide coupable par négligence criminelle et les meurtres définis à l'al. 212*c*) et à l'art. 213, mais ces dernières dispositions semblent constituer une catégorie à part dans cet ensemble législatif car elles traitent de la question spécifique d'homicides qui résultent de la poursuite d'un objet illicite ou de la perpétration d'actes criminels précis. L'homicide involontaire coupable par négligence criminelle consciente aurait encore, à mon avis, un rôle à jouer dans la prohibition d'homicides commis avec une intention moindre que ce qu'exigent les al. 212*a*) et 212*b*) et dans des contextes autres que ce qui est envisagé à l'al. 212*c*) et à l'art. 213.

Reconnaissant la sévérité d'une application uniforme d'une norme objective de responsabilité criminelle, une large part des travaux récents de la doctrine en matière pénale a étudié la possibilité d'introduire une dimension subjective dans la norme objective afin d'atténuer la sévérité d'une norme objective imposée à des personnes dont, en raison de leurs caractéristiques particulières, on ne peut équitablement s'attendre qu'elles se conforment à la norme fixée par la personne raisonnable.

explore this possibility in his essay "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility," in *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961) (c. 2). He recognized the dangers of the use of an objective standard at p. 47:

If our conditions of liability are invariant and not flexible, *i.e.* if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence through they could not have helped their failure to comply with the standard. In *such* cases, indeed, criminal responsibility will be made independent of any 'subjective element': since the accused could not have conformed to the required standard.

In response to this most legitimate fear, Professor Hart proposed the following two-pronged test for criminal negligence:

(i) Did the accused fail to take those precautions which any reasonable man with normal capacities would in the circumstances have taken?

(ii) Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?

A similar approach has been taken by the criminal law theorist George Fletcher. Professor Fletcher also proposed that criminal liability for negligent conduct be determined in a two step process: the first being the determination of wrongdoing which in the case of the prohibition of negligence would proceed on the basis of breach of an objective standard and the second being the process by which the court determines whether it would be fair to hold a particular accused responsible for the act of wrongdoing. Professor Fletcher notes in *Rethinking Criminal Law* (1978), at p. 511:

If the law ignored the question of attribution, namely, the question whether individuals were properly held accountable for their wrongful acts, the criminal law undoubtedly would generate some unjust decisions. If it were true that the only relevant norms of the legal system were those of wrongdoing, injustice would be inescapable in cases in which individuals could not but violate the law.

See also G. Fletcher, "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis," 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971); A. Stalker "Can George Fletcher

H. L. A. Hart a peut-être été le premier à examiner cette possibilité dans son essai «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility,» *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961) (chap. 2). Il reconnaît les dangers que comporte le recours à une norme objective, à la p. 47:

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité sont invariables et inflexibles, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas ajustées aux capacités de l'accusé, certains individus seront tenus responsables pour négligence alors qu'ils ne pouvaient s'empêcher de ne pas se conformer à la norme. Dans de *tels* cas en fait la responsabilité criminelle serait dissociée de tout «élément subjectif» puisque l'accusé n'aurait pas pu se conformer à la norme requise.

En réponse à cette crainte très légitime, le professeur Hart a proposé le double critère suivant pour la négligence criminelle:

[TRADUCTION]

(i) L'accusé a-t-il omis de prendre les précautions qu'aurait prises une personne raisonnable, ayant des capacités normales, dans les mêmes circonstances?

(ii) L'accusé aurait-il pu prendre ces précautions, étant donné ses capacités mentales et physiques?

Un raisonnement similaire est adopté par le criminaliste George Fletcher, qui propose également un examen en deux temps de la responsabilité criminelle pour une conduite négligente: le premier consisterait à décider s'il y a acte délictueux, ce qui, dans le cas de l'interdiction de la négligence, serait la violation d'une norme objective, le second étant le processus permettant au tribunal de décider s'il serait juste de tenir l'accusé responsable pour cet acte délictueux. Le professeur Fletcher souligne, à la p. 511 de *Rethinking Criminal Law* (1978):

[TRADUCTION] Si le droit ne prenait pas en compte la question de l'imputation, c'est-à-dire la question de savoir si des personnes peuvent à bon droit être jugées responsables de leurs actes délictueux, le droit criminel produirait sans aucun doute quelques décisions injustes. S'il était exact que les seules normes pertinentes de notre système juridique étaient celles de l'acte délictueux, il serait impossible d'éviter l'injustice dans les cas où des personnes n'ont d'autre choix que de violer la loi.

Voir également G. Fletcher, «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis,» 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971); A. Stalker «Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal

Help Solve The Problem of Criminal Negligence" (1982), 7 *Queens L.J.* 274. Professor Pickard has also adopted an approach to this issue similar to that of Professors Hart and Fletcher. She proposes in "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75, at p. 79, to modify an objective standard of unreasonableness so that "the relevant characteristics of the particular actor, rather than those of the ordinary person" will be "the background against which to measure the reasonableness of certain conduct or beliefs". Professor Pickard elaborates:

> This individualized standard is neither 'subjective' nor 'objective.' It partakes of the subjective position because the inquiry the fact finder must conduct is about the defendant himself, not about some hypothetical ordinary person. It partakes of the objective position because the inquiry is not limited to what was, in fact, in the actor's mind, but includes an inquiry into what could have been in it, and a judgment about what ought to have been in it.

In their judgments in this case my colleagues McIntyre and Lamer JJ. seem to have adopted variations of the above developments. McIntyre J., for example, states at p. 1432:

> The application of an objective test under s. 202 of the *Code*, however, may not be made in a vacuum. Events occur within the framework of other events and actions when deciding on the nature of the questioned conduct surrounding circumstances must be considered. The decision must be made on a consideration of the facts existing at the time and in relation to the accused's perception of those facts. Since the test is objective, the accused's perception of the facts is not to be considered for the purpose of assessing malice or intention on the accused's part but only to form a basis for a conclusion as to whether or not the accused's conduct, in view of his perception of the facts, was reasonable.

My colleague then, however, goes on to suggest that the factual perceptions of the accused must be not only honest but reasonable in order to be factored into the assessment of the objective standard. For example, he suggests that the appellants in this case should not be held to the standard of honest but mistaken belief in circumstances which

Negligence» (1982), 7 *Queens L.J.* 274. Le professeur Pickard a abordé lui aussi la question d'une manière similaire à celle des professeurs Hart et Fletcher. Dans «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75, à la p. 79, elle propose de modifier la norme objective du caractère non raisonnable de façon à ce que [TRADUCTION] «les caractéristiques pertinentes d'un acteur donné, plutôt que celles de la personne ordinaire», constitueront «le fond sur lequel sera mesuré le caractère raisonnable d'une certaine conduite ou de certaines croyances». Le professeur Pickard développe ainsi sa pensée:

> [TRADUCTION] Cette norme individualisée n'est ni «subjective» ni «objective». Elle tient de la position subjective parce que le juge des faits s'interroge sur le défendeur lui-même et non sur une hypothétique personne ordinaire. Elle tient de la position objective parce que l'interrogation ne se limite pas à ce qu'était en fait l'état d'esprit de l'acteur mais comprend également la recherche de ce qu'aurait pu être son état d'esprit et un jugement sur ce qu'aurait dû être cet état d'esprit.

Dans leurs jugements en l'espèce, mes collègues les juges McIntyre et Lamer semblent avoir adopté des variantes de ce qui précède. Le juge McIntyre par exemple déclare à la p. 1432:

> L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l'accusé ne doit pas être considérée dans le but d'apprécier s'il y a malveillance ou intention de la part de l'accusé, mais seulement pour constituer la base d'une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l'accusé, étant donné sa perception des faits.

Mon collègue indique cependant par la suite que les perceptions des faits par l'accusé doivent être non seulement sincères mais également raisonnables pour entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la norme objective. Par exemple, il indique que les appelants en l'espèce ne devraient pas être assujettis à la norme de la croyance sincère mais

would render their conduct not culpable as set out in *Pappajohn v. The Queen*, *supra*, but rather that their beliefs and perceptions in order to be considered must not be negligently or unreasonably held. To my mind, when the offence charged is criminal negligence the distinction from *Pappajohn v. The Queen* lies not in the introduction of an overriding standard of reasonableness, as this in effect holds the accused simply to the standards of what would be expected from the reasonable person, but rather in the degree of guilty knowledge that must be proven. Although a person may have an honest yet unreasonable view of the circumstances which would render him or her in the large sense blameless, this would not necessarily decide the relevant question of whether he or she had any awareness of the prohibited risk or at some time during the relevant transaction wilfully blinded him or herself to an otherwise obvious risk. To require, as does my colleague, that all misperceptions be reasonable will, in my view, not excuse many of those who through no fault of their own cannot fairly be expected to live up to the standard of the reasonable person.

My colleague Lamer J. takes a somewhat different approach. He suggests at p. 1434 that courts when applying the objective standard in s. 202 should make " 'a generous allowance' for factors which are particular to the accused, such as youth, mental development, education". I do not doubt that an expansive application of this approach could relieve some of the harshness of applying an objective standard to those who could not fairly be expected to meet the standard and I am cautiously sympathetic to attempts to integrate elements of subjective perception into criminal law standards that are clearly objective: see *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313. Despite this, the test proposed by my colleague suffers, in my respectful view, from the various degrees of over and under inclusiveness that would be expected from a test which is only a rough substitute for a finding of a blameworthy state of mind in each case. For example, an instruction to

erronée qui rendrait leur conduite non coupable, selon *Pappajohn c. La Reine*, précité, mais plutôt que leurs croyances et perceptions, pour être prises en considération, ne devraient pas être entretenues de façon négligente ou déraisonnable. À mon sens, lorsque l'infraction reprochée est la négligence criminelle, la distinction à faire avec l'arrêt *Pappajohn c. La Reine* se trouve non pas dans l'introduction d'une norme prépondérante du caractère raisonnable, qui a tout simplement pour effet d'assujettir l'accusé aux normes de ce qui est attendu d'une personne raisonnable, mais plutôt dans le degré de connaissance coupable qui doit être prouvé. Bien qu'une personne puisse avoir une opinion sincère et cependant déraisonnable des circonstances, opinion qui la soustrairait à tout blâme au sens large, cela ne trancherait pas nécessairement la question pertinente de savoir si elle avait une conscience quelconque du risque prohibé ou si, à un moment donné pendant les événements pertinents, elle avait délibérément fermé les yeux sur un risque qui à tous égards était évident. Exiger, comme le fait mon collègue, que toutes les perceptions erronées soient raisonnables, enlèvera, à mon avis, toute excuse à beaucoup de personnes dont on ne peut s'attendre, sans faute de leur part et en toute justice, qu'elles se conforment à la norme de la personne raisonnable.

Mon collègue le juge Lamer adopte un raisonnement un peu différent. Il propose à la p. 1434 que les tribunaux, lorsqu'ils appliquent la norme objective de l'art. 202, tiennent «largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction». Je ne doute pas qu'une application large de cette méthode pourrait atténuer un peu la sévérité de l'application d'une norme objective aux personnes dont on ne peut équitablement s'attendre qu'elles se conforment à la norme et, avec prudence, je suis assez d'accord avec les tentatives qui sont faites d'intégrer des éléments de perception subjective dans des normes de droit criminel qui sont nettement objectives: voir *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313. Malgré cela, j'estime avec égards, que le critère proposé par mon collègue a, à divers degrés, une portée à la fois trop large et trop restreinte, comme on peut s'y attendre d'un critère qui n'est qu'une

the trier of fact that they are to hold a young accused with modest intelligence and little education to a standard of conduct that one would expect from the reasonable person of tender years, modest intelligence and little education sets out a fluctuating standard which in my view undermines the principles of equality and individual responsibility which should pervade the criminal law. It tells the jury simply to lower the standard of conduct expected from such people regardless of whether in the particular case the accused attained the degree of guilty knowledge that I have set out above. Professor Fletcher in "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis" has termed the decision whether to make the standard of liability more or less objective by including or excluding specific personal characteristics a "policy question", "a low visibility device for adjusting the interests of competing classes of litigants" and I respectfully agree with the following criticism he makes of this process at p. 408:

> The question in the criminal context is not one of adjusting the interests of competing classes of litigants, but of justifying the state's depriving an individual of his liberty.

Professor Fletcher's solution to this problem, the introduction of a comprehensive range of individualized excuses, is in my view far from realization in Canadian criminal law jurisprudence and, as such, the concern he identifies of the culpability of the individual is still, in my view, best served by continued adherence to subjective standards of liability.

One problem with attempts to individualize an objective standard is that regard for the disabilities of the particular accused can only be applied in a general fashion to alter the objective standard. It seems preferable to me to continue to address the question of whether a subjective standard (a standard, I might add, that in its form is applied equally to all and consistent with individual responsibility) has been breached in each case than to introduce

solution de rechange pour une conclusion relative à l'état d'esprit répréhensible dans chaque cas. Par exemple, une directive au juge des faits selon laquelle il doit tenir un jeune accusé, doué d'une intelligence limitée et peu instruit, à une norme de conduite que l'on pourrait attendre d'une personne raisonnable de jeune âge, d'intelligence limitée et peu instruite, crée une norme fluctuante qui, à mon avis, sape les principes d'égalité et de responsabilité individuelle qui doivent prévaloir en droit criminel. Cela reviendrait à dire simplement au jury d'abaisser la norme de conduite attendue de ces personnes sans tenir compte du fait que, dans un cas particulier, l'accusé a atteint ou non le degré de connaissance coupable dont je parlais plus haut. Le professeur Fletcher dans «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis» a défini la décision de rendre plus ou moins objective la norme de responsabilité, en incluant ou excluant des caractéristiques personnelles spécifiques, comme une [TRADUCTION] «décision de principe», «un mécanisme peu visible pour ajuster les intérêts de catégories adverses de plaideurs» et, avec égards, je dois donner mon accord à la critique suivante qu'il fait de ce processus, à la p. 408:

> [TRADUCTION] En contexte de droit criminel, la question n'est pas d'ajuster les intérêts de catégories adverses de plaideurs, mais de justifier le fait, pour l'État, de priver une personne de sa liberté.

La solution du professeur Fletcher à ce problème, qui serait l'introduction d'un éventail complet d'excuses individualisées, est à mon avis très loin d'être réalisée dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes de droit criminel et, par conséquent, j'estime que l'importance qu'il attache à la culpabilité de l'accusé est encore le mieux servie par le maintien de normes subjectives de responsabilité.

L'un des problèmes posés par tout effort d'individualisation d'un critère objectif, c'est que la prise en compte des lacunes d'un accusé donné ne peut être appliqué que d'une façon générale pour modifier le critère objectif. Il me semble préférable de continuer à se demander s'il y a eu violation d'un critère subjectif dans chaque cas (un critère, j'ajouterais, qui dans sa forme est appliqué également à tous et est conforme à la responsabilité

varying standards of conduct which will be only roughly related to the presence or absence of culpability in the individual case. Varying the level of conduct by factoring in some personal characteristics may be unavoidable if the court is faced with a clearly objective standard but it should, in my opinion, be avoided if the more exacting subjective test is available as a matter of statutory interpretation. I have no doubt that factors such as the accused's age and mental development will often be relevant to determining culpability but under a subjective test they will be relevant only as they relate to the question of whether the accused was aware of or wilfully blind to the prohibited risk and will not have to be factored in wholesale in order to adjust the standard of conduct that is expected from citizens.

Attempts to introduce subjective elements into objective standards risk not only being overinclusive in the sense that they mandate a lowering of the objective standard of liability on a characteristic by characteristic basis, they also risk the danger of being underinclusive for those accused who have idiosyncracies that cannot be articulated *ex ante* into the necessarily limited list of personal characteristics which can be grafted on to an objective standard. For example the characteristics listed by my colleague Lamer J. would not relieve the harshness of the application of an objective standard for a driver who because of a sudden injury or ailment drove a motor vehicle in a fashion which showed a reckless or wanton disregard for the lives and safety of others. It would not matter that the particular accused was not capable of adverting or wilfully closing his or her eyes to the prohibited risk; the conduct in itself would have breached the objective standard.

The limited range of personal characteristics which can be imported into a modified objective standard is often justified by the notion that a thoroughly subjective approach will allow those

individuelle) plutôt que d'introduire diverses normes de conduite qui n'auront qu'un rapport approximatif avec la présence ou l'absence de culpabilité dans un cas particulier. La variation de la norme de conduite par l'introduction de certaines caractéristiques personnelles est peut-être inévitable lorsque les tribunaux doivent appliquer un critère clairement objectif, mais on devrait, à mon avis, éviter cela quand l'interprétation de la loi autorise le recours au critère subjectif plus exigeant. Je ne doute nullement que des facteurs comme l'âge de l'accusé et son développement intellectuel seront souvent pertinents pour déterminer sa culpabilité, mais dans l'application d'un critère subjectif, ils ne seront pertinents que dans la mesure où ils se rapportent à la question de savoir si l'accusé avait conscience du danger prohibé ou refusait délibérément de le voir, et ils n'auront pas à être imposés globalement de façon à modifier la norme de conduite à laquelle doivent se conformer les citoyens.

L'introduction d'éléments subjectifs dans des critères objectifs risquerait non seulement d'avoir une portée trop large, au sens où elle imposerait l'abaissement du critère objectif de responsabilité pour tenir compte de chaque caractéristique, mais elle risquerait également d'être trop limitative à l'égard des accusés dont les particularités ne peuvent être définies à l'avance sur la liste nécessairement restreinte des caractéristiques personnelles susceptibles d'être greffées à un critère objectif. Ainsi, les caractéristiques personnelles mentionnées par mon collègue le juge Lamer n'atténueraient pas la sévérité de l'application d'un critère objectif à un automobiliste qui, en raison d'une blessure ou d'un mal soudain, conduit sa voiture d'une façon qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Il n'importerait pas que l'accusé en cause ait été incapable d'avoir conscience du danger prohibé ou de refuser délibérément de le voir; sa conduite en elle-même aurait violé le critère objectif.

On a souvent justifié l'éventail restreint des caractéristiques personnelles susceptibles d'être greffées à un critère objectif modifié en faisant valoir qu'un point de vue entièrement subjectif

who deprive themselves of normal awareness through voluntary intoxication or fits of temper to be exempted from criminal liability. My answer to this (it was also my answer in the cases of *R. v. Bernard*, *supra*, and *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825) is that greater attention must be paid to the minimal levels of guilty knowledge that are required for conviction of many offences of violence under the *Criminal Code*. It is, in my respectful view, perfectly permissible for the trier of fact to reason from an objective standard and ask the question: must not the accused have had the minimal awareness of what he or she was doing? The important point is that this question is rebuttable and leaves room for acquitting an accused who for whatever reason lacked the minimal awareness that would normally accompany the commission of high risk or violent acts.

I am in complete agreement with what my colleague Lamer J. has to say concerning the issue of constitutionality. I would only add that in light of this Court's decision in *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, the *Charter* could not have been applied to the tragic events culminating in Christopher Tutton's death on October 17, 1981.

To sum up, although I agree with my colleagues as to the proper disposition of this appeal, I am unable to agree with their conclusion that the offence of manslaughter by criminal negligence consists of conduct in breach of an objective standard.

The reasons of McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises again the question of criminal negligence, as defined in s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the test to be applied by a jury in its application to a given case.

The respondents, Carol Anne Tutton and Arthur Thomas Tutton, were the parents of a five-year-old child, Christopher Tutton, who died on October 17, 1981. After a trial before judge and jury, the Tuttons were convicted of man-

permettrait à ceux qui se privent d'un état de conscience normal, par une intoxication volontaire ou des accès de colère, d'échapper à la responsabilité criminelle. À cela, je répondrai (c'est aussi la réponse que j'ai faite dans les arrêts *R. c. Bernard*, précité, et *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825) qu'il faut accorder une plus grande attention aux degrés minimaux de connaissance coupable qui sont requis pour qu'un accusé puisse être reconnu coupable de plusieurs actes de violence prévus au *Code criminel*. À mon avis, il est parfaitement loisible au juge des faits de raisonner selon un critère objectif et de se demander: l'accusé ne doit-il pas avoir eu une conscience minimale de ce qu'il ou elle faisait? L'important est que cette question peut être réfutée et qu'elle permet l'acquittement de l'accusé qui, pour un motif quelconque, n'avait pas la conscience minimale accompagnant normalement des actes très dangereux ou violents.

Je souscris entièrement à ce qu'a dit mon collègue le juge Lamer sur la question de la constitutionnalité. J'ajouterai simplement qu'étant donné la décision de cette Cour dans l'affaire *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, la *Charte* n'aurait pu s'appliquer aux événements tragiques qui ont conduit à la mort de Christopher Tutton le 17 octobre 1981.

Pour résumer, bien que je sois d'accord avec mes collègues sur l'issue de ce pourvoi, je ne saurais souscrire à leur conclusion que l'infraction d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle consiste en une conduite contraire à un critère objectif.

Version française des motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève de nouveau la question de la négligence criminelle, que définit l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et le critère qu'un jury doit appliquer dans un cas particulier.

Les intimés, Carol Anne Tutton et Arthur Thomas Tutton, étaient les parents d'un enfant de cinq ans, Christopher Tutton, qui est décédé le 17 octobre 1981. À la suite d'un procès devant un juge et un jury, les Tutton ont été reconnus coupa-

slaughter because of his death. They appealed the conviction. The Court of Appeal (Dubin, Goodman, Tarnopolsky JJ.A.) in a judgment written for the court by Dubin J.A. (as he then was) allowed the appeals, set aside the convictions, and directed new trials. This appeal is taken by the Crown, by leave granted May 23, 1985.

The Tuttons, according to the evidence, which was unquestioned on this point, had a good reputation in their community for honesty and integrity and, as well, they were loving and responsible parents. They were also deeply religious and they belonged to a religious sect which believes in faith healing. Their religious convictions did not prevent them from seeking and acting on medical advice nor from taking medicines, but they believed that Divine intervention could miraculously effect cures for illnesses and ailments beyond the power of modern medical science.

In April of 1979, their family physician, a general practitioner named Love, diagnosed the child, Christopher, as a diabetic and admitted him to hospital where he remained for some weeks. While the child was in hospital, his mother attended classes at a diabetic education centre where she received instruction regarding insulin injections and the impact of diet and exercise on diabetes and diabetics. She also attended in July of 1979 a full week of seminars at a juvenile diabetic clinic to gain an understanding of her son's condition and to learn how to deal with it. There was then evidence upon which the jury could conclude that Mrs. Tutton had made herself competent to deal with her child's illness under general supervision from the family physician.

Throughout the son's illness, the Tuttons main concern was to find a cure for the boy. They both believed that there would be a spiritual cure. They discussed this possibility with Dr. Love who considered that there was no possibility of a miraculous cure, and in November of 1979 a diabetic

bles d'homicide involontaire coupable en raison de la mort de leur fils. Ils ont fait appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre eux. La Cour d'appel (les juges Dubin, Goodman et Tarnopolsky), dans un jugement rédigé pour la cour par le juge Dubin (tel était alors son titre), a accueilli les appels, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné de nouveaux procès. Le présent pourvoi est interjeté par le ministère public, sur autorisation accordée le 23 mai 1985.

Selon la preuve incontestée sur ce point, les Tutton passaient auprès de leurs concitoyens pour des gens honnêtes et intègres, ainsi que des parents affectueux et conscients de leurs responsabilités. Ils étaient aussi profondément religieux et appartenaient à une secte qui croit à la guérison par la foi. Leurs convictions religieuses ne les empêchaient pas de rechercher et de suivre des avis médicaux ni de prendre des médicaments, mais ils croyaient que l'intervention divine pouvait effectuer miraculeusement la guérison de maladies et de maux qui dépassent les possibilités de la science médicale contemporaine.

En avril 1979, leur médecin de famille, un généraliste nommé Love, a diagnostiqué le diabète chez Christopher Tutton et il l'a fait entrer à l'hôpital; l'enfant y est resté quelques semaines. Pendant qu'il était à l'hôpital, sa mère a assisté à des cours dispensés dans un centre d'information sur le diabète où elle a appris à donner des injections d'insuline et a reçu des renseignements sur l'effet de l'alimentation et de l'exercice sur le diabète et les diabétiques. En juillet 1979, elle a également suivi des séminaires pendant toute une semaine dans une clinique spécialisée dans le diabète de l'enfance afin de mieux comprendre la maladie de son fils et d'apprendre à y faire face. Il existe à cet égard des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure que Mme Tutton était devenue compétente pour traiter la maladie de son fils sous la surveillance générale du médecin de famille.

Tout au long de la maladie de leur fils, le souci principal des Tutton était d'obtenir sa guérison. Tous deux croyaient que se produirait une guérison spirituelle. Ils ont discuté de cette possibilité avec le docteur Love, qui considérait impossible une guérison miraculeuse et, en novembre 1979,

specialist from the Sick Children's Hospital in Toronto advised the respondents that their son would never be able to discontinue his insulin injections. He told the respondents not to discontinue the insulin treatments. However, on October 2, 1980, Mrs. Tutton stopped giving the child insulin in the belief that he was being healed by the power of the Holy Spirit. In two days, the child became quite ill and was taken to a hospital emergency unit. The physician who attended the child said that on admission to hospital the child was dangerously ill, suffering from diabetic acidosis, a potentially fatal disorder which was due to the absence of insulin. The doctor admonished the parents when he learned that they had consciously withheld the insulin. He told the parents that insulin would be required by their son for life, and after this incident Mr. Tutton assured the family physician that insulin would not be withheld in future without consulting a doctor. A year later, however, insulin was again stopped. Mrs. Tutton believed that she had a vision of God in which she was told that Christopher was cured, that no more insulin was needed, and that God would take care of her son. The insulin injections were stopped on October 14, 1981. Mr. Tutton did not know of the withdrawal of insulin until October 15 but on learning of it he approved. The child sickened quickly. On October 17, he was taken to the hospital where he was pronounced dead on arrival. The forensic pathologist who conducted a postmortem examination gave his opinion that death was caused by complications of diabetic hyperglycemia. The respondents were jointly charged with manslaughter in an indictment which provided:

ARTHUR TUTTON AND CAROL TUTTON stand charged that between the period of the 14th day of October, 1981, and the 17th day of October, 1981, both dates inclusive, at the Township of Wilmot, in the Judicial District of Waterloo, being the parents of Christopher Tutton, they did cause the death of Christopher Tutton, age five years, by criminal negligence, to wit, they did, without lawful excuse, omit to provide necessaries of life to Christopher Tutton, which was their duty to provide, thereby showing wanton or reckless disregard for the life or safety of the said Christo-

un spécialiste du Sick Children's Hospital de Toronto a avisé les intimés que leur fils ne pourrait jamais cesser ses injections d'insuline. Il a dit aux intimés de ne pas mettre fin au traitement à l'insuline. Cependant, le 2 octobre 1980, Mme Tutton a cessé de donner de l'insuline à son enfant parce qu'elle croyait que le Saint-Esprit avait commencé sa guérison. En l'espace de deux jours, l'enfant est devenu assez malade et a été transporté au service d'urgence d'un hôpital. Le médecin qui s'est occupé de l'enfant a dit qu'à son arrivée à l'hôpital, l'enfant était dangereusement malade, souffrant d'acidose diabétique, trouble potentiellement fatal dû à l'absence d'insuline. Le médecin a admonesté les parents quand il a appris qu'ils avaient délibérément privé leur fils d'insuline. Il leur a dit que leur enfant aurait besoin d'insuline toute sa vie et, après cet incident, M. Tutton a assuré au médecin qu'à l'avenir, son fils ne serait pas privé d'insuline sans qu'un médecin ait été consulté. Toutefois, un an plus tard, l'insuline a été de nouveau retirée. Madame Tutton croyait avoir eu une vision divine dans laquelle Christopher était guéri, l'insuline ne lui était plus nécessaire et Dieu prendrait soin de son fils. Les injections d'insuline ont cessé le 14 octobre 1981. Monsieur Tutton n'a pas été mis au courant du retrait de l'insuline avant le 15 octobre mais quand il l'a appris il a donné son accord. L'enfant est rapidement tombé malade. Le 17 octobre, il a été transporté à l'hôpital, où son décès a été constaté à son arrivée. Selon le médecin légiste qui a procédé à l'examen de l'enfant après son décès, sa mort était due à des complications causées par l'hyperglycémie diabétique. Les intimés ont été conjointement accusés d'homicide involontaire coupable aux termes d'un acte d'accusation qui contenait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] ARTHUR TUTTON ET CAROL TUTTON sont accusés d'avoir causé, par négligence criminelle, la mort de leur enfant Christopher Tutton, âgé de cinq ans, entre le 14 octobre 1981 et le 17 octobre 1981, inclusivement, dans le canton de Wilmot, district judiciaire de Waterloo, et plus précisément, d'avoir, sans excuse légitime, omis de fournir à leur enfant, Christopher Tutton, comme ils étaient tenus de le faire, les choses nécessaires à l'existence, montrant de la sorte une insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité dudit Christopher Tutton et commettant

pher Tutton, and did thereby commit manslaughter, contrary to the Criminal Code.

Particulars were given in these terms:

It is further particularized that the said Arthur Tutton and Carol Tutton failed, without lawful excuse, while their said son, Christopher, was in necessitous circumstances,

(1) to provide insulin to him

(2) to obtain timely medical assistance for him.

The relevant statutory provisions which were considered in the courts below are set out hereunder:

197. (1) Every one is under a legal duty

(*a*) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessaries of life for a child under the age of sixteen years;

. . .

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies upon him, to perform that duty, if

(*a*) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(*a*) or (*b*),

(i) the person to whom the duty is owed is in destitute or necessitous circumstances, or

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

. . .

202. (1) Every one is criminally negligent who

(*a*) in doing anything, or

(*b*) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, "duty" means a duty imposed by law.

At trial, the defence was that as far as the Crown's case rested on the failure to provide insulin the Tuttons honestly believed that Christopher had been cured by Divine intervention and, therefore, no further insulin was necessary. This would

ainsi un homicide involontaire coupable, en violation du Code criminel.

Les détails donnés précisaient:

[TRADUCTION] Il est en outre précisé que lesdits Arthur Tutton et Carol Tutton ont omis, sans excuse légitime et lorsque leur fils Christopher en avait besoin,

(1) de lui donner de l'insuline,

(2) de lui procurer des soins médicaux en temps utile.

Les dispositions législatives pertinentes considérées par les tribunaux d'instance inférieure sont les suivantes:

197. (1) Toute personne est légalement tenue

a) en qualité de père ou de mère, par le sang ou par adoption, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

. . .

(2) Commet une infraction, quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)*a*) ou *b*),

(i) la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin, ou

(ii) l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne; ou

. . .

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

(2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

Au procès, la défense a fait valoir que, dans la mesure où la preuve de la poursuite reposait sur l'omission des Tutton de fournir de l'insuline à leur fils, ceux-ci croyaient sincèrement que Christopher avait été guéri par l'intervention divine et que, par

raise the defence of an honest though mistaken belief in the existence of a circumstance or circumstances which, if present, would render their conduct non-culpable. It was also argued that as far as the Crown's case depended upon a failure to provide timely medical assistance for their son, the parents were unaware of the fact that he was seriously ill as a result of the withdrawal of the insulin and, accordingly, their conduct in this regard could not be said to exhibit a wanton or reckless disregard for the life or safety of their son.

The judgment of the Court of Appeal is now reported at (1985), 18 C.C.C. (3d) 328. Dubin J.A. after reviewing the facts noted that the indictment as drawn involved two offences: manslaughter, and failing to provide necessaries under s. 197 of the *Criminal Code*. He recognized that this made for a difficult charge to the jury involving, as it did, a charge of manslaughter in respect of which the onus of proof beyond a reasonable doubt rested entirely upon the Crown, and, as well, a charge in respect of which the Crown was required only to prove beyond reasonable doubt the duty to provide necessaries and a failure to do so, following which to escape conviction the accused was required to prove a lawful excuse on a balance of probabilities. Dubin J.A. in his reasons reproduced substantial parts of the charge and concluded that the jury might well have been confused as to the burden of proof and may have formed the impression that the accused were under a burden to show an excuse, both with respect to the failure to provide necessaries and to the charge of manslaughter.

In considering the charge, it seems to me, that in so far as it dealt with the burden of proof on manslaughter it was an adequate statement of the law. At the risk of undue repetition, I will reproduce the manslaughter portion of the charge referred to by Dubin J.A., at p. 335 in the report:

conséquent, il n'était plus nécessaire de lui donner de l'insuline. Cela leur permettrait d'opposer la défense de la croyance sincère bien qu'erronée en l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient leur conduite non coupable. La défense a aussi soutenu que, dans la mesure où la poursuite se fondait sur le défaut des Tutton de fournir à leur fils des soins médicaux en temps utile, ceux-ci ne se rendaient pas compte qu'il était sérieusement malade en raison du retrait de l'insuline, et qu'en conséquence, on ne saurait dire que, de ce point de vue, leur conduite montrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils.

On peut lire le jugement de la Cour d'appel au (1985), 18 C.C.C. (3d) 328. Le juge Dubin, après avoir étudié les faits, a noté que l'acte d'accusation, tel qu'il était rédigé, faisait état de deux infractions: l'homicide involontaire coupable, et l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence en vertu de l'art. 197 du *Code criminel*. Il a reconnu que cela compliquait l'exposé au jury qui portait, d'une part, sur une accusation d'homicide involontaire coupable à l'égard duquel le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable incombait entièrement à la poursuite et, d'autre part, sur une accusation pour laquelle la poursuite n'avait qu'à faire la preuve hors de tout doute raisonnable de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence et de l'inexécution de cette obligation, alors que les accusés étaient tenus, pour se disculper, de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse légitime. Dans ses motifs, le juge Dubin a reproduit de longs extraits de l'exposé au jury et il a conclu que les jurés pouvaient ne pas avoir bien compris le fardeau de la preuve et avoir eu l'impression que les accusés étaient tenus d'apporter la preuve d'une excuse, tant à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence qu'à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable.

L'exposé au jury me paraît être un exposé exact du droit, quand il traite du fardeau de la preuve en matière d'homicide involontaire coupable. Au risque d'une répétition inutile, je vais reproduire la partie de l'exposé au jury relative à l'homicide involontaire coupable visée par le juge Dubin à la p. 335 du recueil:

To succeed on this indictment therefore the Crown must satisfy you, beyond a reasonable doubt, of each and every one of these following elements:—

That it was the duty of the Tuttons to provide Christopher with the necessaries of life;

That they omitted to do so without lawful excuse;

That in omitting to do so they showed wanton or reckless disregard for the life or safety of Christopher;

and that it was that omission or failure which did cause his death.

and, further, he said:

Another element which the Crown must establish is that the accused omitted to provide Christopher with insulin and timely medical assistance without lawful excuse. Excuse of course means excuse in law. A lawful excuse might be that the person does not have the money to purchase insulin or that because of some personal or physical incapacity he is unable to obtain the insulin or that he or she did not know how to administer it. It is not a lawful excuse for a person to have religious beliefs that say it is wrong to give insulin or that God has told them that it is not necessary to give insulin to a child. The law of this country is paramount and must be obeyed by everyone without exception.

To sum up then. To succeed on this indictment the Crown must satisfy you, beyond a reasonable doubt. Firstly, that it was the duty of the Tuttons to provide Christopher with the necessaries of life, namely his daily injections of insulin and timely medical assistance. That they failed to do so without lawful excuse. That in omitting to do so they showed wanton or reckless disregard for his life or safety. That it was that omission or failure which caused his death. If the Crown has so satisfied you then you will return a verdict of guilty on this indictment. [Emphasis in original.]

Dubin J.A. agreed that in that portion of the charge the onus to negate a lawful excuse had been placed upon the Crown, but he then considered a further portion of the charge, at p. 336, which is also reproduced below:

[TRADUCTION] Pour que l'acte d'accusation soit retenu, la poursuite doit vous convaincre, hors de tout doute raisonnable, de chacun des éléments suivants: —

Que les Tutton étaient tenus de fournir à Christopher les choses nécessaires à l'existence;

Qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime;

Qu'en omettant de le faire, ils ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher;

et que c'est cette omission ou ce défaut qui ont causé sa mort.

et plus loin, il dit:

[TRADUCTION] Un autre élément que la poursuite doit établir est que les accusés ont omis de fournir à Christopher de l'insuline et des soins médicaux en temps utile sans excuse légitime, le mot excuse s'entendant évidemment d'une excuse en droit. Une excuse légitime pourrait être que la personne concernée n'a pas l'argent nécessaire pour acheter de l'insuline, ou qu'en raison d'une quelconque incapacité personnelle ou physique, elle est incapable d'obtenir l'insuline, ou encore qu'elle ne sait pas comment l'administrer. Ce n'est pas une excuse légitime que d'avoir certaines convictions religieuses selon lesquelles il ne serait pas bien de donner de l'insuline ou encore selon lesquelles Dieu aurait dit qu'il n'est pas nécessaire de donner de l'insuline à un enfant. La loi du pays est prépondérante et elle doit être respectée par tous sans exception.

Résumons donc. Pour que l'acte d'accusation soit retenu, la poursuite doit vous convaincre, hors de tout doute raisonnable. Premièrement, que les Tutton étaient tenus de fournir à Christopher les choses nécessaires à l'existence, c'est-à-dire son injection quotidienne d'insuline et des soins médicaux en temps utile. Qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Qu'en omettant de le faire, ils ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur enfant, et enfin, que c'est cette omission ou ce défaut qui ont causé la mort de Christopher. Si la poursuite vous a persuadés de ce qui précède, vous devez alors rendre un verdict de culpabilité relativement à cet acte d'accusation. [Italiques dans le texte original.]

Le juge Dubin a convenu que, dans cette partie de l'exposé, l'obligation de réfuter la présence d'une excuse légitime était imposée à la poursuite, mais il a ensuite reporté son attention sur une autre partie de l'exposé au jury, à la p. 336, que je reproduis également:

Now I have already reviewed all of those essential ingredients that make up this charge and I don't propose to go through them with you again.

The first two elements will give you no problem. Those two elements are that the accused are the parents of Christopher and he was under the age of sixteen years. That has been admitted.

The next issue. Has the Crown proved, beyond a reasonable doubt, that they failed to provide him with the necessaries of life. I have already instructed you on the law on that issue.

Finally the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, that their failure to provide their child with the necessaries of life endangered his life.

Now if the Crown does prove those items that is not the end of the matter. *You have to go on and determine if the accused have proved that they had a lawful excuse which would entitle them to be acquitted. The question of lawful excuse has already been discussed with you and as I indicated to you it is to be determined on all of the facts of the circumstances of this case.*

I have reviewed with you the evidence and the explanation of the accused as to why they withdrew insulin from him and I have also reviewed with you what constituted a lawful excuse. I told you that the burden would be on the accused to prove lawful excuse. Parliament has enacted that special provision. But this burden on the accused is not as heavy as the burden on the Crown. The Crown has to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. The burden on the accused, with respect to proving lawful excuse, is only to show on a balance of probabilities that they had a lawful excuse.

So, if on balance, it comes down in favour of the accused that they have proved lawful excuse they are entitled to be acquitted. If on balance it comes down against them and they have not proved lawful excuse and the Crown having proved everything that it has to prove, beyond a reasonable doubt, you will then be obliged to convict. Now if the balance is so even on this issue of lawful excuse that you cannot decide one way or the other then they have not discharged the burden and they have not proved lawful excuse and you should convict. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] J'ai déjà passé en revue tous les éléments essentiels de l'acte d'accusation et je n'ai pas l'intention de les revoir de nouveau avec vous.

Les deux premiers éléments ne vous causeront pas de problème. Ces deux éléments sont que les accusés sont les parents de Christopher et que ce dernier était âgé de moins de seize ans. Cela a été reconnu.

Passons à la question suivante. La poursuite a-t-elle prouvé, hors de tout doute raisonnable, qu'ils ont omis de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence. Je vous ai déjà mis au fait du droit sur ce point.

Finalement, la poursuite doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que leur omission de fournir à leur enfant les choses nécessaires à l'existence a mis sa vie en danger.

Or, même si la poursuite fait la preuve de ces éléments, cela ne règle pas la question. *Vous devez ensuite déterminer si les accusés ont prouvé qu'ils avaient une excuse légitime qui leur permettrait d'être acquittés. On a déjà discuté avec vous de la question de l'excuse légitime, et je vous ai indiqué qu'elle doit être déterminée compte tenu de tous les faits propres aux circonstances de l'espèce.*

J'ai revu avec vous les éléments de preuve et l'explication des accusés concernant la raison pour laquelle ils ont cessé de donner de l'insuline à leur fils, et j'ai aussi examiné avec vous ce qui constitue une excuse légitime. Je vous ai dit qu'il incombait aux accusés de prouver qu'ils avaient une excuse légitime. Le Parlement a édicté cette disposition particulière. Mais ce fardeau qui incombe aux accusés n'est pas aussi lourd que celui imposé à la poursuite. La poursuite doit faire la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Le fardeau qui incombe aux accusés, en ce qui concerne la preuve de l'excuse légitime, consiste simplement à démonter que, selon la prépondérance des probabilités, ils avaient une excuse légitime.

Donc, si la prépondérance des probabilités va en faveur des accusés et de l'excuse légitime qu'ils ont invoquée, ils méritent d'être acquittés. Par contre, si la prépondérance des probabilités va contre les accusés et s'ils n'ont pas fait la preuve de l'excuse légitime, alors que la poursuite a prouvé tout ce qu'elle avait à prouver, hors de tout doute raisonnable, vous devez rendre un verdict de culpabilité. Et si, en ce qui concerne la question de l'excuse légitime, vous ne pouvez trancher ni dans un sens ni dans l'autre, c'est que les accusés ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait, ils n'ont pas fait la preuve d'une excuse légitime, et vous devez les déclarer coupables. [Italiques dans le texte original.]

Dubin J.A. considered that the jury may have formed the impression from these comments that, both with respect to the underlying question concerning the provision of necessaries of life and the actual offence charged, manslaughter, there was a burden on the accused to show on a balance of probabilities that they had a lawful excuse. He considered this resulted in reversible error and on that basis a new trial would be required.

I am in agreement with him on that point because of the complications arising out of the form of the indictment and the confusion concerning the burden of proof which varied with different aspects of the offence charged. In my view, this would be sufficient to resolve the appeal, but because of the nature of this case Dubin J.A. felt obliged to go further and deal with other issues raised by the parties. Some comment is required, then, from this Court.

The indictment and its particulars have been reproduced above and, of course, the Crown is bound by what it has pleaded. The Crown has alleged that the appellants have caused the death of their son by criminal negligence and did thereby commit manslaughter. It has particularized its allegation in the indictment and also in the particulars, alleging that the appellants without lawful excuse did omit to provide necessaries of life to their son which it was their duty to provide. This failure is the basis of the allegation of wanton or reckless disregard for the life or safety of their son and it is the sole basis on which the charge of manslaughter may be supported. It is therefore clear that while the appellants are charged with the commission of one specific offence, manslaughter, the Crown may only succeed in its proof by establishing the commission of a different offence, provided for in s. 197(2) of the *Criminal Code*, and one in which a burden of proof relating to the question of lawful excuse is imposed on the accused.

The task of a trial judge charging a jury in these circumstances would be difficult and, in my view, it would be necessary to keep clearly separate the

Le juge Dubin a considéré que ces commentaires avaient pu donner l'impression au jury, aussi bien en ce qui concerne la question sous-jacente visant les choses nécessaires à l'existence que le chef d'accusation lui-même, soit l'homicide involontaire coupable, que les accusés étaient tenus de démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, ils avaient une excuse légitime. Il a considéré que cela était cause d'une erreur donnant lieu à révision et qu'en conséquence, un nouveau procès s'imposait.

Je suis d'accord avec lui sur ce point en raison des complications suscitées par la forme de l'acte d'accusation et de la confusion concernant le fardeau de la preuve, qui variait selon les différents aspects du chef d'accusation. À mon sens, cela suffirait pour décider du pourvoi, mais vu la nature de cette affaire, le juge Dubin s'est senti obligé d'aller plus loin et de traiter d'autres questions soulevées par les parties. Cette Cour doit donc faire certains commentaires.

L'acte d'accusation et les détails donnés ont déjà été reproduits et, naturellement, la poursuite est liée par ce qu'elle a plaidé. La poursuite a allégué que les appelants ont causé la mort de leur fils par négligence criminelle et qu'ils se sont ainsi rendus coupables d'homicide involontaire coupable. Elle a précisé ses allégations dans l'acte d'accusation et aussi dans les chefs d'accusation, soutenant que les appelants ont, sans excuse valable, omis de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence, comme ils y étaient tenus. Cette omission est le fondement de l'allégation d'insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant, et elle est le seul fondement sur lequel peut reposer le chef d'accusation d'homicide involontaire coupable. Il est donc clair que, même si les appelants sont accusés d'un acte criminel particulier, l'homicide involontaire coupable, on ne peut en faire la preuve qu'en établissant la perpétration d'une infraction différente, prévue au par. 197(2) du *Code criminel* et à l'égard de laquelle il incombe aux accusés de prouver qu'ils avaient une excuse légitime.

Un exposé au jury dans de telles circonstances est une tâche difficile et, à mon sens, le juge du procès doit tenir nettement distincts les deux

two offences or the elements of the two offences which must be dealt with. This could be achieved by approaching the charge in two steps. The first step, I suggest, would be to deal with the underlying offence in s. 197(2) of the *Code*, for under this indictment until this question is settled no approach can be made to the crime of manslaughter actually charged. The jury should be instructed on the elements of the offence under s. 197 and told that for a conviction under that section they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants were under a duty to provide necessaries of life to their son, and that they failed to do so without lawful excuse. If they were not so satisfied, they would acquit the accused and go no further, for the sole basis of the manslaughter allegation would be gone. If, however, they were to find that the accused had failed to provide the necessaries without lawful excuse, then it would be necessary for them to go further and consider whether in such failure they had shown a wanton and reckless disregard for the life and safety of their son. If the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that such conduct had been shown and that it had caused the death of the child, they would be obligated to convict of manslaughter, and on this indictment that is the only way a conviction of manslaughter could be reached. If, on the other hand, the jury were not so satisfied, they would be required to acquit the accused of the crime of manslaughter. If, however, they were satisfied that the necessaries of life had been withheld but in doubt as to whether the deprivation was the cause of the son's death, they could in that case convict of the included offence under s. 197, otherwise they would acquit. The advantage, in my view, of putting the matter to the jury in this manner is that it would clarify the separate issues and make it clear that in reaching a conclusion on the offence of manslaughter, it is the conduct of the parents in relation to the provision of necessaries and medical assistance which must

infractions ou les éléments des infractions à examiner. On peut y arriver par une étude de l'accusation en deux temps. Le premier, à mon avis, consisterait à examiner l'infraction sous-jacente prévue au par. 197(2) du *Code*, car en vertu de l'acte d'accusation tant que cette question n'a pas été réglée, il n'est pas possible d'aborder la question de l'homicide involontaire coupable dont les intimés sont accusés. Le jury doit recevoir des directives quant aux éléments de l'infraction prévue à l'art. 197 et être avisé que, pour rendre un verdict de culpabilité en vertu de cet article, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les accusés étaient tenus de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence et qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit acquitter les accusés et ne pas aller plus loin, car tout le fondement de l'allégation d'homicide involontaire coupable disparaît. Cependant, si le jury devait conclure que les accusés ont omis de fournir les choses nécessaires à l'existence de leur fils sans excuse légitime, il serait alors tenu de procéder plus avant et de se demander si les accusés, en agissant de la sorte, ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils. Si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'une telle conduite avait été démontrée et qu'elle avait causé la mort de l'enfant, il serait tenu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable; selon le présent acte d'accusation, c'est la seule façon de parvenir à un tel verdict. Si, par ailleurs, le jury n'était pas convaincu de ce qui précède, il aurait l'obligation d'acquitter les accusés de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Si, toutefois, le jury était convaincu que la victime avait été privée des choses nécessaires à l'existence, mais s'il n'était pas certain que cette privation avait causé sa mort, le jury pourrait dans ce cas reconnaître les accusés coupables de l'infraction comprise prévue à l'art. 197, sinon il devrait les acquitter. À mon sens, l'avantage qu'il y a à présenter l'affaire au jury de cette façon, c'est que cela rendrait plus claires les questions distinctes et indiquerait nettement au jury que pour parvenir à une conclusion sur l'acte criminel d'homicide involontaire coupable, c'est la conduite des parents quant à la fourniture des choses néces-

be considered in deciding if wanton and reckless disregard has been shown.

In reaching a conclusion as to whether the conduct of an accused person has shown, within the meaning of s. 202 of the *Criminal Code*, wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons, the authorities dictate an objective test: see the review of the authorities on this subject by Cory J.A. for the Court of Appeal in *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, approved in this Court, [1989] 1 S.C.R. 1436. Indeed, in the Court of Appeal, Dubin J.A. accepted the objective test as one of general application, but made an exception in cases where the conduct complained of consisted of an act or acts of omission, as opposed to those of commission. In such cases, it was his view that occasions would arise where a subjective test would be required where acts of omission were under consideration. He considered this was such a case. It is my view, however, that no such distinction as Dubin J.A. would adopt may be made. I am wholly unable to see any difference in principle between cases arising from an omission to act and those involving acts of commission. Indeed, the words of s. 202 of the *Code* make it clear that one is criminally negligent who, in doing anything or in omitting to do anything that it is his duty to do, shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. The objective test must, therefore, be employed where criminal negligence is considered for it is the conduct of the accused, as opposed to his intention or mental state, which is examined in this inquiry.

Our concept of criminal culpability relies primarily upon a consideration of the mental state which accompanies or initiates the wrongful act, and the attribution of criminal liability without proof of such a blameworthy mental state raises serious concerns. Nonetheless, negligence has become accepted as a factor which may lead to criminal liability and strong arguments can be raised in its favour. Section 202 of the *Criminal Code* affords an example of its adoption. In choosing the test to be applied in assessing conduct

saires à l'existence et des soins médicaux qu'il doit considérer pour décider si la preuve a été faite d'une insouciance déréglée et téméraire.

Pour décider si la conduite d'un accusé montre, au sens que l'art. 202 du *Code criminel* donne à cette expression, une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, la jurisprudence dicte un critère objectif: voir l'étude des décisions sur ce sujet faite par le juge Cory pour la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, approuvé par notre Cour, [1989] 1 R.C.S. 1436. En effet, en Cour d'appel, le juge Dubin a considéré le critère objectif comme étant d'application générale, mais il a fait une exception dans les cas où la conduite reprochée consiste en une ou des omissions par opposition à un acte concret. Dans de tels cas, il s'est dit d'avis qu'il se présenterait des situations où un critère subjectif devrait être appliqué quand il s'agirait de juger des omissions. Il a considéré que tel était le cas en l'espèce. J'estime toutefois que l'on ne peut faire la distinction que préconise le juge Dubin. Je suis totalement incapable de voir une différence de principe entre les affaires mettant en cause une omission et celles qui mettent en cause un acte concret. En effet, l'art. 202 du *Code* dit clairement qu'est coupable de négligence criminelle quiconque, en faisant quelque chose ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Le critère objectif doit par conséquent être appliqué en matière de négligence criminelle, car c'est la conduite de l'accusé, par opposition à son intention ou son état d'esprit, qui est étudiée dans le cadre de cet examen.

Notre concept de culpabilité criminelle repose principalement sur l'examen de l'état d'esprit qui accompagne l'acte délictueux ou lui donne naissance, et l'attribution de la responsabilité criminelle sans la preuve d'un tel état d'esprit répréhensible peut donner lieu à de graves inquiétudes. Néanmoins, la négligence est reconnue maintenant comme l'un des facteurs susceptibles d'entraîner la responsabilité criminelle et de forts arguments peuvent être soulevés à l'appui. L'article 202 du *Code criminel* en est un exemple. Dans le choix du

under s. 202 of the *Code*, it must be observed at once that what is made criminal is negligence. Negligence connotes the opposite of thought-directed action. In other words, its existence precludes the element of positive intent to achieve a given result. This leads to the conclusion that what is sought to be restrained by punishment under s. 202 of the *Code* is conduct, and its results. What is punished, in other words, is not the state of mind but the consequence of mindless action. This is apparent, I suggest, from the words of the section, which make criminal, conduct which shows wanton or reckless disregard. It may be observed as well that the words "wanton or reckless" support this construction, denying as they do the existence of a directing mental state. Nor can it be said that criminal negligence, as defined in s. 202, imports in its terms some element of malice or intention. This point was made in the Crown's factum in paragraph 41, which provided, in part:

> The plain and ordinary meaning of the terms "wanton" and "reckless" when used in connection with the concept of negligence would seem to include a state of being heedless of apparent danger. Section 202(1) does not use the term "reckless" as an extended definition of intention or malice, but rather employs the term as part of a definition of conduct which amounts to "negligence" in a criminal context.

In my view, then, an objective standard must be applied in determining this question because of the difference between the ordinary criminal offence, which requires proof of a subjective state of mind, and that of criminal negligence. In criminal cases, generally, the act coupled with the mental state or intent is punished. In criminal negligence, the act which exhibits the requisite degree of negligence is punished. If this distinction is not kept clear, the dividing line between the traditional *mens rea* offence and the offence of criminal negligence becomes blurred. The difference, for example, between murder and manslaughter, both unlawful killings, is merely one of intent. If the question of an accused's intent had to be considered and separately proved in offences under s. 202 of the *Code*, the purpose of the section would be defeated because intentional conduct would perforce be considered under other sections of the *Code* and s.

critère à appliquer pour juger la conduite visée à l'art. 202 du *Code*, soulignons immédiatement que ce qui est rendu criminel est la négligence. La négligence implique le contraire de l'acte réfléchi. En d'autres termes, son existence exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Cela permet de conclure que la sanction prévue à l'art. 202 du *Code* vise à empêcher une façon d'agir, et ses conséquences. Ce qui est puni, en d'autres mots, n'est pas un état d'esprit mais les conséquences d'une action irréfléchie. J'estime que cela ressort du libellé de l'article, qui fait un crime de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire. On peut également remarquer que les mots «déréglée ou téméraire» appuient cette conclusion car ils nient l'existence d'une pensée directrice. On ne peut dire non plus que la négligence criminelle, visée à l'art. 202, implique un élément de malveillance ou une intention. La poursuite en fait état au paragraphe 41 de son mémoire:

> [TRADUCTION] Le sens clair et ordinaire des termes «déréglée» et «téméraire» utilisés en rapport avec la notion de négligence semblerait comprendre le fait d'être peu soucieux d'un danger apparent. Le paragraphe 202(1) n'emploie pas le terme «téméraire» comme une extension de la définition de l'intention ou de la malveillance, mais il utilise plutôt le terme comme élément de la définition d'une conduite qui équivaut à la «négligence» dans un contexte criminel.

Donc, à mon sens, un critère objectif doit s'appliquer à la détermination de cette question en raison de la différence entre d'une part l'acte criminel ordinaire, qui requiert la preuve d'un état d'esprit subjectif, et d'autre part la négligence criminelle. Dans les affaires criminelles, en général, c'est l'acte joint à l'état d'esprit ou à l'intention qui est puni. En matière de négligence criminelle, l'acte qui montre le degré voulu de négligence est puni. Si cette distinction n'est pas clairement maintenue, la limite entre l'infraction traditionnelle exigeant la *mens rea* et l'infraction que constitue la négligence criminelle devient floue. La différence, par exemple, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, qui sont tous deux des homicides réprimés par la loi, réside dans l'intention. Ce serait aller contre l'objet de l'art. 202 du *Code* que d'étudier et de prouver séparément l'intention de l'accusé relativement aux infractions visées à cet

202, aimed at mindless but socially dangerous conduct, would have no function. For these reasons, the objective test should be employed and, in my view, the Court of Appeal was in error in concluding in this case that a subjective test would be required. The test is that of reasonableness, and proof of conduct which reveals a marked and significant departure from the standard which could be expected of a reasonably prudent person in the circumstances will justify a conviction of criminal negligence.

In reaching this conclusion, I am not overlooking the comments I made in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at pp. 581-82, which were cited by counsel for the appellant. In *Sansregret v. The Queen*, I expressed the view that "recklessness, to form a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective". I then went on to say that, "[i]t is in this sense that the term 'recklessness' is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence". It was argued upon the basis of these words and later comments on the nature of negligence in relation to the criminal law that a subjective test should therefore be applied in considering the existence of criminal negligence under s. 202 of the *Code*. I would reject that argument on the basis that the concept of recklessness there described is not applicable in a case under s. 202 of the *Code*. Sansregret was charged with rape, a crime which involves positive mind-directed conduct on the part of the accused which aims at the accomplishment of a specific result. It is a traditional *mens rea* offence and a mental state must be proved, in that case an intention to persist with his purpose despite the fact that the complainant's consent has been extorted by threats and fear. Recklessness on his part forms a part of the *mens rea* (the blameworthy state of mind) and has to be proved on a subjective basis as part of the mental element of the offence. In this sense, the words in *Sansregret v. The Queen* are apposite. Section 202, on the other hand, has created a separate offence; an offence which makes negligence—the exhibition of wanton or reckless behaviour—a crime in

article, car la conduite intentionnelle serait nécessairement examinée en vertu d'autres articles du *Code* et l'art. 202, qui vise une conduite irréfléchie, mais socialement dangereuse, n'aurait aucune fonction. Pour ces motifs, le critère objectif devrait être appliqué et, à mon sens, la Cour d'appel a eu tort de conclure dans cette affaire qu'il fallait utiliser un critère subjectif. Le critère vise le caractère raisonnable de la conduite en cause, et la preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances, justifiera un verdict de négligence criminelle.

En tirant cette conclusion, je n'oublie pas les commentaires que j'ai faits dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, aux pp. 581 et 582, et que l'avocat de l'appelante a cités. Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, j'ai exprimé l'opinion que «l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle». J'ai ensuite ajouté que «[c]'est dans ce sens qu'on emploie le terme «insouciance» en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.» On a soutenu en s'appuyant sur ces mots et sur des commentaires postérieurs sur la nature de la négligence en droit criminel qu'il fallait par conséquent appliquer un critère subjectif pour s'interroger sur l'existence de la négligence criminelle en vertu de l'art. 202 du *Code*. Je suis d'avis de rejeter cet argument au motif que le concept de l'insouciance dont il était question dans cette affaire ne s'applique pas dans un cas visé à l'art. 202 du *Code*. Sansregret était accusé de viol, un crime qui implique de la part de l'accusé une conduite positive et voulue, qui vise la réalisation d'un résultat particulier. C'est une infraction traditionnelle exigeant la *mens rea* et il faut prouver un certain état d'esprit, dans ce cas-là l'intention de persévérer dans une entreprise en dépit du fait que le consentement de la plaignante a été extorqué par les menaces et la crainte. L'insouciance de la part de l'accusé fait partie de la *mens rea* (l'état d'esprit répréhensible) et elle doit être prouvée selon un critère subjectif comme partie de l'élément moral de l'infraction. En ce sens, les extraits tirés de l'arrêt *Sansregret c. La Reine* sont pertinents. L'article 202, en revan-

itself and has thus defined its own terms. As noted by Cory J.A. in *R. v. Waite*, s. 202 of the *Code* was enacted in its present form as a codification of the offence which had emerged in Canadian jurisprudence, and in respect of which the necessary *mens rea* may be inferred on an objective basis from the acts of the accused.

The application of an objective test under s. 202 of the *Code*, however, may not be made in a vacuum. Events occur within the framework of other events and actions and when deciding on the nature of the questioned conduct surrounding circumstances must be considered. The decision must be made on a consideration of the facts existing at the time and in relation to the accused's perception of those facts. Since the test is objective, the accused's perception of the facts is not to be considered for the purpose of assessing malice or intention on the accused's part but only to form a basis for a conclusion as to whether or not the accused's conduct, in view of his perception of the facts, was reasonable. This is particularly true where, as here, the accused have raised the defence of mistake of fact. If an accused under s. 202 has an honest and reasonably held belief in the existence of certain facts, it may be a relevant consideration in assessing the reasonableness of his conduct. For example, a welder, who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is stored nearby, should be entitled to have his perception, as to the presence or absence of dangerous materials, before the jury on a charge of manslaughter when his welding torch causes an explosion and a consequent death.

As noted earlier, the Tuttons raised the defence of mistake of fact at trial. They argued that the failure to supply insulin was based upon the belief

che, a créé une infraction distincte; une infraction qui fait de la négligence—la manifestation d'une conduite déréglée ou téméraire—un crime en soi et a donc défini l'infraction dans ses propres termes. Comme l'a noté le juge Cory dans l'arrêt *R. v. Waite*, l'art. 202 du *Code* a été édicté en sa présente forme comme une codification de l'infraction qui était apparue dans la jurisprudence canadienne, et à l'égard de laquelle la *mens rea* nécessaire peut être inférée de façon objective à partir des actes de l'accusé.

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l'accusé ne doit pas être considérée dans le but d'apprécier s'il y a malveillance ou intention de la part de l'accusé, mais seulement pour constituer la base d'une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l'accusé, étant donné sa perception des faits. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'accusé oppose le moyen de défense de l'erreur de fait. Si un accusé aux termes de l'art. 202 a une croyance sincère et raisonnablement entretenue en l'existence de certains faits, cela peut être une considération pertinente quant à l'appréciation du caractère raisonnable de sa conduite. Prenons par exemple un soudeur engagé pour travailler dans un espace restreint, et qui se fit à la parole du propriétaire des lieux qu'aucune matière combustible ou explosive ne se trouve à proximité; lorsque son chalumeau provoque une explosion qui entraîne la mort d'une personne et qu'il est accusé d'homicide involontaire coupable, il devrait pouvoir faire part au jury de sa perception quant à la présence ou l'absence de matières dangereuses là où il travaillait.

Comme je l'ai déjà noté, les Tutton ont invoqué la défense d'erreur de fait en première instance. Ils ont fait valoir que l'omission de donner de l'insu-

that the child had been cured by Divine intervention and that the failure to provide medical care in timely fashion was based upon the belief that the child was not seriously ill, so medical assistance was not necessary. The trial judge, it was argued, was in error in telling the jury that for any such belief to be effective as a defence it must have been reasonably held. It was held in this Court in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, that an honest, though mistaken, belief in the existence of circumstances which, if present, would make the questioned conduct non-culpable would entitle an accused to an acquittal. It was also held in *Pappajohn v. The Queen* that the honest belief need not be reasonable, because its effect would be to deny the existence of the requisite *mens rea*. The situation would be different, however, where the offence charged rests upon the concept of negligence, as opposed to that of the guilty mind or blameworthy mental state. In such case, an unreasonable though honest belief on the part of the accused would be negligently held. The holding of such a belief could not afford a defence when culpability is based on negligent conduct. I would therefore conclude that the trial judge made no error in charging the jury to the effect that any mistaken belief which could afford a defence in a charge of criminal negligence would have to be reasonable.

In the case at bar, then, the assertion of the Tuttons that they believed a cure had been effected by Divine intervention and that insulin was not necessary for the preservation of the child's life would have to be considered by the jury. The jury would have to consider whether such belief was honest and whether it was reasonable. In this, they would be required to consider the whole background of the case. They would have to take into account the experience of the Tuttons with the child's illness; the fact that they had seen the result of the withdrawal of insulin on one occasion and that they had been informed of its necessity for the continued care of the child; and, that Mrs. Tutton had received some formal instruction or training in dealing with diabetes and diabetics. They would,

line à leur enfant découlait de la croyance qu'il avait été guéri par l'intervention divine et que l'omission de lui fournir des soins médicaux en temps utile était due à la croyance que l'enfant n'était pas sérieusement malade, de sorte qu'aucune assistance médicale ne lui était nécessaire. Le juge du procès, a-t-on soutenu, a eu tort de dire au jury qu'une telle croyance, pour constituer une défense efficace, devait être entretenue de façon raisonnable. Cette Cour a statué dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, que la croyance sincère, bien qu'erronée, dans l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient la conduite reprochée non coupable, permettrait à un accusé d'être acquitté. Il a aussi été statué dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine* que la croyance sincère n'a pas à être raisonnable, parce qu'elle aurait pour effet de nier l'existence de la *mens rea* requise. La situation serait toutefois différente si l'infraction reprochée reposait sur le concept de la négligence, par opposition à celui de l'intention coupable ou de l'état d'esprit répréhensible. Dans ce cas, la croyance déraisonnable mais sincère chez l'accusé serait entretenue de façon négligente. Le fait d'avoir une telle croyance ne pourrait servir de défense lorsque la culpabilité se fonde sur la conduite négligente. Je suis donc d'avis de conclure que le juge du procès n'a commis aucune erreur en disant au jury que toute croyance erronée pouvant servir de défense contre une accusation de négligence criminelle devrait être raisonnable.

En l'espèce, l'assertion des Tutton qu'ils croyaient qu'une guérison avait été effectuée par l'intervention divine et que l'insuline n'était pas nécessaire à la préservation de la vie de leur enfant, devait donc être examinée par le jury. Celui-ci devait se demander si une telle croyance était sincère et si elle était raisonnable. Ce faisant, il devait considérer tout l'historique de l'affaire. Il devait prendre en considération l'expérience des Tutton de la maladie de leur fils; le fait qu'ils avaient constaté les conséquences du retrait de l'insuline en une occasion et qu'ils avaient été avisés de sa nécessité dans la prestation des soins à donner à leur enfant; et le fait que Mme Tutton avait bénéficié d'une formation ou de cours réguliers sur la façon de soigner le diabète et les

as well, have to consider whether the belief in a miraculous cure leading to the conclusion that insulin and medical care were not required, though honest, was reasonable. Upon these facts and all others concerning the matter which were revealed in the evidence, the jury would be required to decide whether the refusal of insulin and medical attention represented a marked and significant departure from the standard to be observed by reasonably prudent parents.

I would dismiss the appeal and confirm the direction for a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I am in agreement with them, subject to the following remarks. I am of the view that, when applying the objective norm set out by Parliament in s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, must be made "a generous allowance" for factors which are particular to the accused, such as youth, mental development, education (see Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), p. 194; see also Pickard, "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75). When this is done, as we are considering conduct which is likely to cause death, that is high risk conduct, the adoption of a subjective or of an objective test will, in practice, nearly if not always produce the same result (see Colvin, "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345).

I should note that Parliament, when enacting s. 202, did not purport to determine the nature of the negligence which is required when grounding criminal liability thereupon. My understanding of s. 202 is that Parliament has in that section simply defined the expression "criminal negligence" whenever used in the *Criminal Code*.

I should finally mention that in this case the constitutionality of s. 205(5)(*b*) was not in issue. Indeed, assuming without now deciding that it is a principle of fundamental justice that knowledge of

diabétiques. Le jury devait aussi se demander si la croyance en une guérison miraculeuse menant à la conclusion que l'insuline et les soins médicaux n'étaient pas nécessaires, si sincère que puisse être cette croyance, était raisonnable. Compte tenu de ces faits et des autres faits révélés par la preuve, le jury devait décider si le retrait de l'insuline et l'omission de fournir des soins médicaux représentaient une dérogation marquée et importante à la norme à laquelle on peut s'attendre chez des parents raisonnablement prudents.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et j'y souscris, sous réserve des observations suivantes. J'estime que, pour appliquer le critère objectif édicté par le législateur à l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction (voir Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2e éd. 1987), p. 194; voir également Pickard, «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75). Quand on le fait au moment d'examiner la conduite susceptible de causer la mort, c'est-à-dire une conduite qui comporte beaucoup de risques, le recours à un critère objectif ou à un critère subjectif produira en pratique, presque toujours sinon toujours, le même résultat (voir Colvin, «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345).

Je veux souligner qu'en édictant l'art. 202, le législateur n'entendait pas préciser la nature de la négligence nécessaire pour fonder la responsabilité pénale. À mon avis, en édictant l'art. 202, le législateur a seulement défini le sens de l'expression «négligence criminelle» partout où elle apparaît dans le *Code criminel*.

Enfin, je souligne que la constitutionnalité de l'al. 205(5)*b*) n'est pas en cause en l'espèce. En fait, si l'on suppose, sans en décider ici, qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel la

a likely risk or deliberate ignorance thereof (foresight or wilful blindness) is an essential element of the offense of manslaughter, the issue as to whether proof of the substituted element of "criminal negligence" as defined by Parliament and interpreted by this Court satisfies the test set out in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, does not arise. I therefore do not by my concurrence feel precluded or limited when addressing such a constitutional challenge, of course, if and when called upon to do so.

I would, as does my colleague McIntyre J., dismiss the appeal and let the order for a new trial stand.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Arthur Thomas Tutton: Kerekes, Collins, Toronto.

Solicitor for the respondent Carol Anne Tutton: Irwin Koziebrocki, Toronto.

connaissance d'un risque probable ou son ignorance délibérée (la prévision ou l'aveuglement volontaire) constitue un élément essentiel de l'infraction d'homicide involontaire coupable, ne se pose pas alors la question de savoir si la preuve de l'élément substitué qu'est la négligence criminelle, telle que définie par le législateur et interprétée par cette Cour, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Je ne pense donc pas qu'en souscrivant aux motifs de mon collègue je m'interdis de me prononcer plus tard sur une telle question constitutionnelle si, évidemment, elle est jamais soumise à la Cour.

Je suis donc d'avis, comme mon collègue le juge McIntyre, de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Arthur Thomas Tutton: Kerekes, Collins, Toronto.

Procureur de l'intimée Carol Anne Tutton: Irwin Koziebrocki, Toronto.

Michael Bradley Waite *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* WAITE

File No.: 19988.

1987: November 10; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Criminal negligence — Mens rea — Impaired driver playing chicken with hayride — Persons killed and injured — Whether subjective test as to accused's state of mind, in addition to objective test as to state of accused's driving, to be considered in determining mens rea — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203.

Appellant, who had been drinking, struck and killed four young people taking part in a hayride, and injured a fifth. The hayride involved three tractors each towing a wagon with bales of hay along a public road. Four or five of the young people had been running alongside the wagons or had been running from one wagon to another when appellant came upon the hayride. Appellant drove behind the hayride, passed it, turned around and deliberately approached the hayride at high speed on the wrong side of the road.

At trial before judge and jury, the appellant was found not guilty of four counts of causing death by criminal negligence and one count of causing bodily harm by criminal negligence, but guilty of five counts of the included offence of dangerous driving. The charge to the jury did not specifically mention the objective test for criminal negligence but did convey that the *mens rea* required for proof of the commission of the offence could be found in the accused's conduct. In clarifying the test for *mens rea*, the trial judge directed the jury to look at the objective driving and also to the accused's state of mind as to whether he had deliberately assumed the risk. The Crown appealed the acquittals on the

* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Michael Bradley Waite *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* WAITE

N° du greffe: 19988.

1987: 10 novembre; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Négligence criminelle — Mens rea — Conducteur en état d'ébriété jouant au «froussard» avec un défilé de chariots à foin — Personnes tuées et blessées — Le critère subjectif quant à l'état d'esprit de l'accusé doit-il être pris en considération, en plus du critère objectif quant à la conduite de l'accusé, pour déterminer la mens rea? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203.

L'appelant, qui avait bu, a heurté avec son automobile et tué quatre jeunes personnes qui participaient à un défilé de chariots à foin et en a blessé une cinquième. Le défilé comprenait trois tracteurs qui remorquaient des chariots à foin sur un chemin public. Quatre ou cinq jeunes personnes couraient le long des chariots ou d'un chariot à l'autre quand l'appelant est arrivé près du défilé. L'appelant roulait derrière le défilé; il l'a dépassé, a fait demi-tour et s'est délibérément approché à grande vitesse du défilé, du même côté de la route.

Au procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré non coupable sur quatre chefs d'accusation d'avoir causé la mort par négligence criminelle et sur un chef d'accusation d'avoir causé des lésions corporelles, mais coupable sur les cinq chefs de l'infraction comprise de conduite dangereuse. L'exposé au jury ne mentionnait pas spécifiquement le critère objectif de la négligence criminelle mais indiquait que la *mens rea* exigée pour la preuve de la perpétration de l'infraction pouvait être dégagée de la conduite de l'accusé. En donnant des explications supplémentaires sur le critère de la *mens rea*, le juge du procès a donné au jury la directive de regarder la conduite objective du véhicule ainsi que l'état d'esprit de l'accusé quant à savoir s'il avait délibérément accepté le risque. Le ministère public a fait appel des acquittements relatifs aux accusations de

* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

charges of criminal negligence. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

At issue here is whether the requisite *mens rea* for criminal negligence is to be determined only by an objective test based on the activity giving rise to the charge or whether a subjective test as to the voluntary assumption of risk on the part of the accused is also required.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ.: Criminal negligence requires both the conduct addressed by the objective test and a subjective mental element which is the minimal intent of awareness of the prohibited risk or wilful blindness to the risk. The jury properly instructed as to the minimal intent requirements of awareness or wilful blindness to the prohibited risk would not necessarily have returned a verdict of acquittal.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ.: The *mens rea* which the Crown must prove in criminal negligence cases, as in other offences, is to be found in the conduct of the accused. Criminal negligence is shown where the Crown proves conduct on the part of the accused which shows a marked and substantial departure from the standard of behaviour expected of a reasonably prudent person in the circumstances. The objective test is to be applied whether the acts are ones of commission or omission; criminal negligence does not involve a subjective element requiring the deliberate assumption of risk by the accused.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons set out by McIntyre J. subject to the observations made in *R. v. Tutton.*

Cases Cited

By Wilson J.

R. v. Tutton, [1989] 1 S.C.R. 1392; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

By McIntyre J.

R. v. Tutton and Tutton (1985), 18 C.C.C. (3d) 328.

By Lamer J.

R. v. Tutton, [1989] 1 S.C.R. 1392.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203, 618(2)(*a*).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 28 C.C.C. (3d) 327, 15 O.A.C.

négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

La question dans ce pourvoi est de savoir si la *mens rea* requise pour la négligence criminelle doit être déterminée selon uniquement un critère objectif fondé sur l'activité qui a donné lieu à l'accusation ou s'il faut également utiliser un critère subjectif quant à l'acceptation du risque par l'accusé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest: La négligence criminelle exige à la fois l'examen de la conduite en cause selon un critère objectif et un élément moral subjectif qui réside dans le minimum de conscience du risque prohibé ou d'aveuglement volontaire face à ce risque. Si le jury avait reçu des directives appropriées sur le minimum de conscience du risque prohibé ou sur l'aveuglement volontaire, il n'aurait pas nécessairement rendu un verdict d'acquittement.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé: La *mens rea* dont le ministère public doit apporter la preuve dans les cas de négligence criminelle, comme dans le cas d'autres infractions, doit être dégagée de la conduite de l'accusé. La négligence criminelle est démontrée lorsque la poursuite prouve que l'accusé a eu un comportement qui indique une dérogation marquée et importante à la norme de comportement qu'on attend d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances. Il faut appliquer le critère objectif dans les cas visant des actions ou des omissions; la négligence criminelle ne comporte pas d'élément subjectif exigeant l'acceptation délibérée du risque par l'accusé.

Le juge Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les motifs prononcés par le juge McIntyre, sous réserve des observations faites dans *R. c. Tutton.*

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

Citée par le juge McIntyre

R. v. Tutton and Tutton (1985), 18 C.C.C. (3d) 328.

Citée par le juge Lamer

R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392.

Lois et règlements cités

Code Criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203, 618(2)*a*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 28 C.C.C. (3d) 327, 15

215, allowing an appeal from acquittal by Evans C.J.H.C. sitting with jury. Appeal dismissed.

Brian H. Greenspan, for the appellant.

W. J. Blacklock and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. was delivered by

WILSON J. — Although I find myself in respectful disagreement for the reasons I gave in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, with my colleague Justice McIntyre in so far as he adopts an objective test for criminal negligence, I agree with him that this appeal should be dismissed and the Court of Appeal's order for a new trial affirmed.

In my view the trial judge's final instruction to the jury was in error as to the degree of *mens rea* required under s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. When the jury asked the trial judge to explain the moral difference between dangerous driving and causing death by criminal negligence, the trial judge instructed the jury that the subjective element in criminal negligence was "a deliberate and wilful assumption of the risk involved in driving in the manner in which he was driving". Later in his reply to the jury he repeated that the subjective element in criminal negligence was "assumption and deliberate assumption of the risk". Although I believe there is a subjective element to criminal negligence, the judge in this case placed much too high an onus on the Crown to prove elements of deliberation and wilfulness. For the reasons I gave in *R. v. Tutton* I am of the view that the mental element in criminal negligence is the minimal intent of awareness of the prohibited risk or wilful blindness to the risk.

The trial judge's erroneous instructions to the jury were given near the close of the trial and they were crucial because they were in response to a question from the jury. The facts of the case also suggest that, had the jury been instructed as to the minimal intent requirements of awareness or wilful

O.A.C. 215, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge en chef Evans de la Haute Cour, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Brian H. Greenspan, pour l'appelant.

W. J. Blacklock et *Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE WILSON—Bien qu'avec égards, et pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, je sois en désaccord avec le juge McIntyre, qui adopte un critère objectif pour la détermination de la négligence criminelle, j'estime comme lui que le présent pourvoi doit être rejeté et que l'ordre de nouveau procès de la Cour d'appel doit être confirmé.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur dans la dernière directive qu'il a donnée au jury au sujet du degré de *mens rea* requis aux termes de l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Lorsque le jury lui a demandé d'expliquer la différence morale entre la conduite dangereuse et le fait de causer la mort par négligence criminelle, il a répondu que l'élément subjectif de la négligence criminelle était [TRADUCTION] «une acceptation délibérée et volontaire du risque que comporte sa manière de conduire». Il a conclu sa directive en répétant que l'élément subjectif de la négligence criminelle était [TRADUCTION] «l'acceptation délibérée du risque». Je suis d'avis que la négligence criminelle comporte un élément subjectif, mais j'estime que le juge du procès a imposé un fardeau beaucoup trop lourd à la poursuite en l'obligeant à prouver l'acceptation délibérée et volontaire du risque. Pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, je suis d'avis que l'élément moral de la négligence criminelle réside dans le minimum de conscience du risque prohibé ou d'aveuglement volontaire face au risque.

Le juge du procès a donné au jury ces directives erronées juste avant la fin du procès et celles-ci étaient cruciales car elles avaient été formulées en réponse à une question du jury. Les faits de l'affaire permettent également de croire que si le juge avait donné au jury des directives sur le

blindness to the prohibited risk, they would not necessarily have returned the verdict of acquittal on the charges of causing death by criminal negligence: see *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

The reasons of McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—This appeal comes before this Court as of right pursuant to s. 618(2)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, At trial before judge and jury the appellant was found not guilty of four counts of causing death by criminal negligence and one count of causing bodily harm by criminal negligence, but guilty of five counts of the included offence of dangerous driving. The Crown appealed the acquittals on the charges of criminal negligence. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. It is from this Order that the present appeal is taken.

The events giving rise to this appeal occurred on September 8, 1984. Between approximately 3:15 p.m. and 6:00 p.m. on that day the appellant consumed about five bottles or tins of beer at a fall fair in the arena at Drayton, Ontario. At about 7:00 p.m. he consumed two more bottles of beer. At about 8:20 p.m. on the same day the Bethel Mennonite Church hayride commenced. The hayride was made up of three tractors each of which towed one wagon containing bales of hay. The wagons proceeded along the public road, one after the other, and some forty or fifty people, mostly young, rode in the wagons. The accused accompanied by two friends followed the wagons in his car. He had a bottle or tin of beer in his hand while driving. Evidence was given by certain witnesses that some of the hayride participants, four or five in number, were walking or running along the road beside the wagons and moving from the second wagon to the first wagon. The appellant drove past the wagons and he and his passengers testified that in passing the vehicles they did not observe anyone on the roadway. Having passed the hayride, the appellant proceeded some distance

minimum de conscience du risque prohibé ou sur l'aveuglement volontaire face au risque, celui-ci n'aurait pas nécessairement rendu un verdict d'acquittement relativement aux accusations d'avoir causé la mort par négligence criminelle: voir l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

Version française des motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit en application de l'al. 618(2)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Au procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré non coupable sur quatre chefs d'accusation d'avoir causé la mort par négligence criminelle et sur un chef d'accusation d'avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle, mais il a été déclaré coupable sur les cinq chefs de l'infraction comprise de conduite dangereuse. Le ministère public a fait appel des acquittements relatifs aux accusations de négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. C'est contre cet ordre que le présent pourvoi est interjeté.

Les événements à l'origine de ce pourvoi se sont produits le 8 septembre 1984. Entre 15 h 15 et 18 h environ ce jour-là, l'appelant avait consommé à peu près cinq bouteilles ou cannettes de bière à une foire automnale qui avait lieu au stade de Drayton (Ontario). Vers 19 h, il a consommé deux autres bouteilles de bière. C'est vers 20 h 20 le même jour qu'a commencé la promenade en chariots à foin organisée par la Bethel Mennonite Church. Le défilé était composé de trois tracteurs qui remorquaient chacun un chariot contenant des bottes de foin. Les chariots, dans lesquels quelque quarante ou cinquante personnes, la plupart des jeunes, avaient pris place, avançaient le long de la route, l'un derrière l'autre. L'accusé, accompagné de deux amis, suivait les chariots dans son automobile. Il conduisait, une bouteille ou une cannette de bière à la main. Selon certains témoins, quatre ou cinq participants au défilé marchaient ou couraient sur la route à côté des chariots, allant du deuxième chariot vers le premier. L'appelant a dépassé les chariots et lui et ses passagers ont témoigné qu'en dépassant les véhicules, ils n'avaient vu personne sur la route. Après avoir

down the highway and there turned his car around and drove back along the road towards the now oncoming hayride. The appellant gave evidence that at this time he said to his companions: "Let's see how close we can get." One of the passengers testified that the accused had said: "Let's play chicken." The accused drove toward the hayride on the left side of the road. He was thus heading directly for the hayride vehicles and travelling on their side of the road. The posted speed on the road was 50 m.p.h. The accused testified that he was travelling at approximately 70 m.p.h. Other estimates of the speed, drawn from the evidence given at trial, vary from 50 to 90 m.p.h. The appellant at this time was driving without his headlights. He was using only fog lights though the state of light was such that headlights would ordinarily have been required. He continued in the left lane approaching the hayride until he was, according to the evidence, some 150 feet from the leading tractor, at which time he swerved into the right lane to pass the hayride. As he passed the wagons he struck five members of the hayride party who were on the roadway running along beside the wagons. Four were struck by the car and killed; one was injured, suffering a fractured leg. After the impact the appellant brought his vehicle to a halt and removed a cooler of beer from the trunk and threw it into the adjacent field.

Evidence was given at trial of blood alcohol readings taken after the accident. They showed that the appellant's blood alcohol level was something in excess of 80 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood, and expert evidence was to the effect that the appellant's blood alcohol would have been approximately 110 to 112 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood at the time of the accident. The appellant and his passengers testified that they had not expected to find any of the hayride party on the road, and the appellant testified to the effect that he was not aware of the presence of anyone on the road until the accident occurred.

The offence of causing death by criminal negligence with which the appellant was charged is created by s. 203 of the *Criminal Code*, which is in these terms:

dépassé le défilé, l'appelant a continué sur une certaine distance puis a fait demi-tour et est revenu vers le défilé. L'appelant a témoigné avoir dit alors à ses compagnons: [TRADUCTION] «On va voir jusqu'où on peut approcher». Un des passagers a témoigné que l'accusé avait dit [TRADUCTION] «On va voir qui est le plus peureux». L'accusé s'est dirigé vers le défilé du côté gauche de la route. Il roulait donc en direction des véhicules du défilé, du même côté de la route. La limite de vitesse affichée sur la route était de 50 mi/h. L'accusé a témoigné qu'il roulait à environ 70 mi/h. D'autres appréciations de la vitesse, selon des témoignages au procès, varient de 50 à 90 mi/h. Les phares de la voiture de l'appelant étaient alors éteints. Ses antibrouillards étaient allumés quoique, vu le niveau de lumière, les phares auraient dû normalement être allumés. Il a continué dans la voie de gauche, approchant du défilé jusqu'à 150 pieds environ du premier tracteur, suivant la preuve, puis il est brusquement revenu dans la voie de droite pour croiser le défilé. En croisant les chariots, il a heurté cinq des participants au défilé qui se trouvaient sur la route et couraient le long des chariots. Quatre ont été tués; le cinquième a été blessé d'une fracture à la jambe. Après l'impact, l'appelant a stoppé son véhicule, a retiré du coffre une glacière contenant de la bière et l'a lancée dans le champ voisin.

On a présenté en preuve au procès des résultats d'alcootest obtenus après l'accident. Ils montraient que l'alcoolémie de l'appelant excédait 80 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang et, suivant la preuve d'expert, l'alcoolémie de l'appelant devait être d'environ 110 à 112 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang au moment de l'accident. L'appelant et ses passagers ont témoigné qu'ils ne s'attendaient pas à trouver des participants au défilé sur la route, et l'appelant a témoigné qu'il n'avait pas remarqué la présence de qui que ce soit sur la route jusqu'au moment de l'accident.

L'infraction de causer la mort par négligence criminelle, dont l'appelant a été accusé, est créée par l'art. 203 du *Code criminel* dont voici le texte:

203. Every one who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

Criminal negligence is defined in s. 202(1) of the *Code* in these terms:

202. (1) Every one is criminally negligent who

(*a*) in doing anything, or

(*b*) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

The key words in any consideration of this section are: "shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons". The *Code* has defined the concept of criminal negligence and the issue raised in this appeal is how the *Code* definition should be applied. More particularly, how should a jury be instructed when it must consider a case involving a charge of criminal negligence?

The crime of criminal negligence is a crime which, like other criminal offences, requires proof by the Crown of a *mens rea*. In instructing the jury on this question, the trial judge set out the following test. He said:

On all the evidence, after considering all the circumstances, are you satisfied that the accused's conduct was such as to amount to a wanton or reckless disregard for the safety of other persons?

The driver of a motor vehicle on a public highway is under a duty to take care in its operation so as to avoid injury to persons or property of others, and if he fails in that duty and his acts or omissions are of such a character as to show this wanton or reckless disregard for the lives and safety of others then, according to the law, that conduct amounts to criminal negligence.

The lack of intention to cause harm is not an answer to a charge of criminal negligence. What you are concerned with is the conduct of the accused at the time of the accident or immediately prior thereto, and if that conduct, when you view it objectively, shows a wanton and reckless disregard for the lives and safety of others, then that is criminal negligence as defined in the Criminal Code.

203. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

La négligence criminelle est définie comme suit au par. 202(1) du *Code*:

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

Les mots-clés dans tout examen de ce paragraphe sont: «montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui». Le *Code* définit la notion de négligence criminelle et le point litigieux dans ce pourvoi est de savoir comment appliquer la définition du *Code*. Plus précisément, quelle directive faut-il donner à un jury qui doit examiner un cas d'accusation de négligence criminelle?

La négligence criminelle, comme d'autres infractions criminelles, exige que le ministère public fasse la preuve de la *mens rea*. Dans ses directives au jury sur cette question, le juge du procès a formulé le critère suivant:

[TRADUCTION] Vous fondant sur toute la preuve, après examen de toutes les circonstances, êtes-vous convaincus que le comportement de l'accusé était tel qu'il équivalait à une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la sécurité d'autrui?

Celui qui conduit un véhicule automobile sur une voie publique a l'obligation de prendre soin de le diriger de manière à éviter de causer des blessures à des personnes ou des dommages aux biens d'autrui, et s'il ne respecte pas cette obligation et si ses actes ou ses omissions sont tels qu'ils révèlent cette insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, alors, en droit, cette conduite équivaut à de la négligence criminelle.

L'absence d'intention de causer un préjudice n'est pas une défense à une accusation de négligence criminelle. Ce qui vous intéresse, c'est la conduite de l'accusé au moment de l'accident ou immédiatement avant, et si cette conduite, quand vous la considérez objectivement, révèle une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, alors, c'est là de la négligence criminelle suivant la définition du Code criminel.

And he added later:

If the evidence satisfies you beyond a reasonable doubt that the driving behaviour of the accused was a flagrant departure from normal driving standards, in the absence of some explanation, some rational explanation, then the driving conduct is properly characterized as criminal negligence. Dangerous driving, to give you a distinction between them, is conduct of a lesser nature and it lacks that high degree of moral fault required for criminal negligence.

In this, it is my opinion that the trial judge correctly dealt with the question. He was telling the jury that the *mens rea* required for proof of the commission of the offence could be found in the conduct of the accused. He did not mention specifically the test which has become accepted in this and most appellate courts in Canada, to the effect that criminal negligence is shown where the Crown proves conduct on the part of the accused which shows a marked and substantial departure from the standard of behaviour expected of a reasonably prudent person in the circumstances, but in my view he conveyed in the quoted words an adequate instruction.

After about two hours of deliberation the jury returned for further instructions and put the following question to the trial judge:

What is the moral difference between dangerous driving and criminal negligence. We want a clearer definition.

The trial judge heard submissions from counsel on the question of the test for determining the *mens rea* of criminal negligence and then gave the jury a further direction in these terms:

The position is that in dangerous driving the intention or the state of mind, if you wish, of the driver is not important. You look objectively at the manner of driving. You just look at the manner of driving.

Now, when you go over to criminal negligence, you have to look at two things, the objective driving, as you do for dangerous driving, and you also have to look at the subjective element, that is the attitude, or what is in the mind of the accused. That is whether there is a deliberate and wilful assumption of the risk involved in driving in the manner in which he was driving. So that you have in one, the dangerous driving, there is simply

Et il a ajouté plus tard:

[TRADUCTION] Si la preuve vous convainc hors de tout doute raisonnable que le comportement de l'accusé au volant s'écartait de manière flagrante des normes habituelles de la conduite automobile, sans quelqu'explication, sans quelqu'explication rationnelle, alors la façon de conduire est correctement qualifiée de négligence criminelle. La conduite dangereuse, pour vous donner une distinction entre les deux, se situe à un niveau moins élevé, et elle n'a pas ce haut degré de faute morale requis pour la négligence criminelle.

Jusqu'ici, je suis d'avis que le juge du procès a correctement traité de la question. Il disait au jury que la *mens rea* requise pour prouver la perpétration de l'infraction pouvait se trouver dans le comportement de l'accusé. Il n'a pas mentionné spécifiquement le critère maintenant accepté en cette Cour et dans la plupart des cours d'appel au Canada que la négligence criminelle est démontrée lorsque la poursuite prouve que l'accusé a eu un comportement qui indique une dérogation marquée et importante à la norme de comportement qu'on attend d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances mais, à mon avis, il a transmis dans les passages cités une directive adéquate.

Après environ deux heures de délibération, le jury a demandé de nouvelles directives et posé la question suivante au juge du procès:

[TRADUCTION] Quelle est la différence morale entre la conduite dangereuse et la négligence criminelle? Nous voulons une définition plus claire.

Le juge du procès a entendu les avocats sur la question du critère qui sert à déterminer la *mens rea* de la négligence criminelle, puis il a donné au jury la directive suivante:

[TRADUCTION] Dans la conduite dangereuse, l'intention du conducteur, ou son état d'esprit si vous voulez, est sans importance. Vous regardez objectivement la façon de conduire. Vous regardez seulement la façon de conduire.

Lorsque vous passez à la négligence criminelle, vous devez regarder deux choses, la conduite objective du véhicule, comme vous le faites pour la conduite dangereuse, et vous devez également regarder l'élément subjectif, c'est-à-dire l'attitude, ou ce que l'accusé a à l'esprit, c'est-à-dire s'il y a une acceptation délibérée et volontaire du risque que comporte sa manière de conduire. Ainsi, dans un cas, la conduite dangereuse, il y

an objective standard, as compared to what the prudent driver would do. In the criminal negligence you have that, plus the subjective element of assumption and deliberate assumption of the risk.

The jury then returned a verdict of not guilty on all the criminal negligence charges but guilty of dangerous driving on all charges.

In the Court of Appeal (Martin, Thorsen and Cory JJ.A.) the Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered. The judgment of the Court was written by Cory J.A. (as he then was) and is now reported at (1986), 28 C.C.C. (3d) 327. Cory J.A. considered that the requisite *mens rea* for criminal negligence may be objectively determined from the action or conduct of an accused. He considered that the trial judge in responding to the question from the jury was in error in telling the jury that criminal negligence involves a subjective element and requires the deliberate assumption of risk by an accused. He was also of the view that the trial judge's final instructions placed too high an onus on the Crown, in requiring the application by the jury of a subjective test for the determination of the required *mens rea*. He said, at p. 344:

> This placed too high an onus on the Crown. As indicated by Morden J.A. in *R. v. Sharp*, *supra*, it would have been sufficient had the trial judge simply read s. 202 of the *Code* to the jury together with the instruction that the driving had to amount to a marked and substantial departure from the standard of a reasonable driver.

The appellant argued in this Court that the Court of Appeal erred in adopting an objective test in determining the *mens rea* of criminal negligence. It was argued that such a test was not in accord with the authorities, and that a subjective test inquiring into the mind and mental state of the accused was required. It was also argued that the Court of Appeal had erred in arriving at the conclusion that the Crown had satisfied the onus that the verdict would not necessarily have been the same in the absence of the error found in the charge to the jury. In my view, neither of these arguments can succeed.

The judgment of the Court of Appeal was based upon a detailed and careful review of the history of

a simplement une norme objective, on compare avec ce que ferait un conducteur prudent. Pour la négligence criminelle, il y a cela et en plus l'élément subjectif de l'acceptation, de l'acceptation délibérée, du risque.

Le jury a alors rendu un verdict de non-culpabilité relativement à toutes les accusations de négligence criminelle et un verdict de culpabilité de conduite dangereuse relativement à toutes les accusations.

La Cour d'appel (les juges Martin, Thorsen et Cory) a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès. L'arrêt de la cour a été rédigé par le juge Cory (maintenant juge de cette Cour) et publié à (1986), 28 C.C.C. (3d) 327. Le juge Cory estimait que la *mens rea* requise pour la négligence criminelle pouvait être objectivement dégagée des actes ou de la conduite d'un accusé. Il a indiqué que, dans sa réponse à la question du jury, le juge du procès avait commis une erreur en disant que la négligence criminelle comportait un élément subjectif et exigeait l'acceptation délibérée du risque par l'accusé. Il pensait également que la dernière directive du juge du procès imposait un fardeau trop lourd à la poursuite, en exigeant que le jury applique un critère subjectif pour la détermination de la *mens rea* requise. Il dit à la p. 344:

> [TRADUCTION] Cela imposait un fardeau trop lourd au ministère public. Comme l'a indiqué le juge Morden de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Sharp*, précité, il aurait suffi que le juge du procès lise au jury l'art. 202 du *Code* et qu'il ajoute comme directive que la conduite du véhicule devait équivaloir à une dérogation marquée et importante à la norme que constitue le conducteur raisonnable.

En cette Cour, l'appelant allègue que la Cour d'appel a commis une erreur en adoptant un critère objectif pour déterminer la *mens rea* de la négligence criminelle. Il allègue qu'un tel critère n'est pas conforme à la jurisprudence et qu'il faut plutôt appliquer un critère subjectif qui sonde la pensée et l'état d'esprit de l'accusé. Il allègue également que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le ministère public s'était acquitté du fardeau d'établir que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'exposé au jury n'avait pas comporté cette erreur. À mon avis, aucun de ces arguments ne saurait réussir.

L'arrêt de la Cour d'appel est fondé sur un examen soigneux et détaillé de l'historique de la

the concept of criminal negligence as an element in the criminal law and a full discussion of the differing views on the question. I do not feel that any useful purpose would be served by covering again the ground already covered in the Court of Appeal. It is my view that the subject has been fully and adequately dealt with in the reported reasons and, with one exception, I would adopt the reasons of the court which in my view otherwise correctly state the law.

In limiting the application of the objective test to cases involving acts of commission and in holding that an objective test will not suffice for cases involving acts of omission, it is my view that Cory J.A. was in error. It would appear that in so doing he was following the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, where Dubin J.A. drew a distinction between acts of commission and omission, and held, at p. 345, that a subjective test should be used in cases which were based on acts of omission. I would, however, reject that view for reasons which are expressed in the *R. v. Tutton* case in this Court, [1989] 1 S.C.R. 1392, and hold that an objective test must be applied in cases based on an allegation of criminal negligence, whether by acts of commission or omission. In all other respects I would, as I have said, adopt as my own the reasons for judgment of Cory J.A., dismiss the appeal, and confirm the order for a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my brother McIntyre J. and I agree with him, for the reasons he sets out, that the appeal should be dismissed, and that the order for a new trial be confirmed. I should however make in this case the same observations I have made in the case of *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Arnup, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

notion de négligence criminelle au matière de droit criminel, et sur une analyse complète des opinions divergentes sur la question. Je ne vois aucune utilité à refaire l'examen qu'a déjà fait la Cour d'appel. À mon avis, le sujet a été traité de manière complète et adéquate dans les motifs publiés et, à une exception près, j'adopte les motifs de la cour qui par ailleurs exposent correctement l'état du droit.

En limitant l'application du critère objectif aux cas visant des actions et en concluant qu'un critère objectif sera insuffisant pour les cas visant des omissions, le juge Cory a fait erreur, à mon avis. Il semble qu'il suivait en cela l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, dans lequel le juge Dubin établit une distinction entre les actions et les omissions, et conclut, à la p. 345, qu'il faudrait utiliser un critère subjectif dans les affaires fondées sur les omissions. Je rejette cependant cette opinion pour les motifs formulés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et je conclus qu'il faut appliquer un critère objectif dans les affaires fondées sur une allégation de négligence criminelle, que ce soit par action ou par omission. À tous autres égards, je suis d'avis, comme je l'ai déjà dit, d'adopter les motifs de jugement du juge Cory, de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et j'estime comme lui, pour les mêmes motifs, qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de nouveau procès. Je ferais cependant les mêmes observations en l'espèce que dans l'affaire *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Greenspan, Arnup, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Cecil Scott and Femmie Scott *Appellants*

v.

Wawanesa Mutual Insurance Company *Respondent*

INDEXED AS: SCOTT *v.* WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO.

File No.: 20161.

1988: December 15; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Fire insurance — Exception clause: loss or damage caused by criminal or wilful act of insured excluded — Minor living at home deliberately setting fire to parents' home — Whether minor falling within the definition of insured under insurance policy — Whether insurer liable.

Appellants' home was damaged by a fire deliberately set by their 15-year-old son without their knowledge or complicity. At the time, the appellants were the holders of a homeowner's insurance policy with the respondent. Respondent denied appellants' insurance claim on the ground that the loss occurred through the "wilful act . . . of the Insured" within the meaning of an exclusion clause in the insurance policy. The word "Insured" in the policy includes "the Named Insured" and "if residents of his household, his spouse, the relative of either, and any person under the age of 21 in the care of an Insured". At first instance, the judge held that the definition of "Insured" did not include appellants' son. The judge found that the son's interest was separate from that of his parents and, because of this, the exclusion clause was inapplicable to their claim. The Court of Appeal reversed the judgment.

Held (Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: When the wording of a contract is unambiguous, the courts should not give it a meaning different from that which is expressed by its clear terms, unless the contract is unreasonable or has an effect contrary to the intention of the parties. In the present case, the terms of the insurance policy are perfectly clear. The policy excludes liability of the insurer for damage caused by the crimi-

Cecil Scott et Femmie Scott *Appelants*

c.

Wawanesa Mutual Insurance Company *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SCOTT *c.* WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO.

N° du greffe: 20161.

1988: 15 décembre; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Assurance — Assurance-incendie — Clause excluant les pertes ou dommages causés par un acte criminel ou délibéré de l'assuré — Incendie de la résidence familiale allumé délibérément par un mineur qui y vivait avec ses parents — L'enfant mineur est-il visé par la définition d'assuré dans la police d'assurance? — L'assureur est-il responsable?

L'habitation des appelants a été endommagée par un incendie allumé délibérément par leur fils de 15 ans, à leur insu et sans leur complicité. Les appelants détenaient alors un contrat d'assurance des propriétaires occupants émis par l'intimée. L'intimée a rejeté la réclamation d'assurance des appelants pour le motif que la perte a été subie par suite d'un «acte [. . .] délibéré de l'Assuré» au sens de la clause d'exclusion du contrat d'assurance. Le mot «Assuré» dans la police désigne «l'Assuré nommément désigné» et «s'ils habitent chez lui, son conjoint, tout parent de l'un ou de l'autre et toute autre personne, âgée de moins de 21 ans, dont un Assuré a la garde». Le juge de première instance a conclu que la définition d'«Assuré» ne comprenait pas le fils des appelants. Il a déterminé que l'intérêt du fils était séparé de celui de ses parents et qu'en conséquence, la clause d'exclusion ne s'appliquait pas à leur réclamation. La Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: Lorsque les termes d'un contrat ne sont pas ambigus, les tribunaux ne doivent pas leur donner une interprétation autre que celle que suggère clairement le libellé, à moins que cette interprétation soit déraisonnable ou contraire à l'intention des parties. En l'espèce, les termes du contrat d'assurance sont parfaitement clairs. Le contrat exclut la responsabilité de l'assureur pour les

nal or wilful acts of the insured, or of his minor children living in the home. Given the facts of the case and the definition of "Insured" contained in the policy, the damages suffered by the appellants were clearly excluded from coverage.

Further, the insurable interests of the parents and of the child in this case were inseparably connected and the misconduct of one was sufficient to contaminate the whole insurance policy. The son's interest was not limited to his personal possessions. He had a direct relationship to the family home and its contents, since they were his source of accommodation and support. He benefitted from the existence of the family home and, as a dependent living there, he suffered a direct prejudice when it was destroyed by fire.

Per Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. (dissenting): The exclusion from coverage caused by the wrongful act or omission of an insured applies only to the insured responsible for the act or omission and does not apply to an innocent insured. "Insured" in the exclusion clause means the person who is making a claim under the policy where, as here, more than one person is insured.

In construing an insurance policy, the courts must be guided by the reasonable expectation and purpose of an ordinary person in entering such contract, and the language employed in the policy is to be given its ordinary meaning, such as the average policy holder of ordinary intelligence, as well as the insurer, would attach to it. In this case, the appellants did not take out fire insurance to insure their son's possessions: they insured to protect their house. It is thus both unrealistic and unreasonable to assume that the named insured would view the indemnification obligation of the insurer as joint because their son's possessions were included. These were only marginal to the transaction. Where the term "Insured" is defined so as to extend to others than the named insured, that definition should not be construed so as to restrict or limit the coverage enjoyed by the named insured. Rather, it is intended to extend coverage. In the absence of clear and precise language in the policy to the contrary, the obligation of the insurer of a fire insurance policy which covers the interests of more than one person, should be considered several as to each of them. Here, there was no clear language in the policy to the effect that the insurer considered its obligations joint. Where the language of the policy is ambiguous, the *contra proferentem* doctrine should be applied to construe the language in a manner favourable to the insured.

dommages causés par les actes criminels ou délibérés de l'assuré ou de ses enfants mineurs habitant sous son toit. Étant donné les faits de l'espèce et la définition du mot «Assuré» dans le contrat, les dommages qu'ont subis les appelants sont manifestement exclus.

En outre, les intérêts assurables des parents et de l'enfant étaient inséparablement liés et la faute de l'un suffisait à vicier entièrement le contrat d'assurance. L'intérêt du fils n'était pas limité à ses propres biens. Il entretenait un lien direct avec la maison familiale et son contenu, puisqu'il y trouvait logement et soutien. Il retirait un bénéfice de son existence et, en tant que personne à charge vivant dans cette maison, il a subi un préjudice direct en raison de l'incendie.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka (dissidents): L'exclusion de la protection résultant de l'acte ou de l'omission fautifs d'un assuré est opposable uniquement à l'assuré qui en est responsable et ne s'applique pas à un assuré innocent. Le mot «Assuré» dans la clause d'exclusion désigne la personne qui présente la demande d'indemnité en vertu de la police lorsque, comme en l'espèce, plusieurs personnes sont assurées.

Dans l'interprétation d'une police d'assurance, les tribunaux doivent être guidés par les attentes légitimes d'une personne ordinaire et le but raisonnable qu'elle se fixe en concluant un tel contrat; les termes employés dans la police doivent recevoir leur sens usuel, savoir celui que leur donneraient tant l'assureur que le titulaire de police ordinaire, doué d'une intelligence commune. En l'espèce, les appelants n'ont pas contracté une assurance-incendie afin d'assurer les biens de leur fils: c'est leur maison qu'ils ont assurée. Ainsi, il est à la fois irréaliste et déraisonnable de présumer que les assurés désignés considéraient l'obligation d'indemnisation de l'assureur comme conjointe parce que les biens de leur fils étaient couverts. Dans ce contexte, ces biens étaient secondaires. Lorsque la définition du terme «Assuré» inclut d'autres personnes que l'assuré désigné, cette définition ne devrait pas être interprétée de manière à restreindre ou à limiter la protection dont jouit ce dernier. Elle vise plutôt à étendre la protection. En l'absence de disposition claire et précise à l'effet contraire, l'obligation de l'assureur dans une police d'assurance-incendie qui protège les intérêts de plus d'une personne devrait être considérée comme individuelle à l'égard de chacune d'elles. En l'espèce, il n'y a pas de texte clair indiquant que l'assureur considérait ses obligations comme conjointes. Lorsque le texte de la police est ambigu, la doctrine *contra proferentem* doit s'appliquer de manière à donner aux termes employés une interprétation favorable à l'assuré.

In any event, the exclusion clause did not apply to the appellants' claim. Respondent's contention that the insurable interests of parents and child in the whole of the property were inseparably connected was untenable. The son's interest was distinct and separate from that of the parents. He was not insured for the value of the house; his insurable interest was limited to the value of his possessions.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423; **not followed**: *Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 564; **referred to**: *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431; *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] S.C.R. 133; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2.

By La Forest J. (dissenting)

Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co. (1979), 100 D.L.R. (3d) 564; *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423; *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada* (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, aff'd on broader grounds, [1987] 1 S.C.R. 2; *Higgins v. Orion Insurance Co.*, [1985] I.L.R. ¶ 1-1886; *Murdock v. Commercial Union Assurance Co.* (1980), 30 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Walsh v. Canadian General Insurance Co.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 89; *Barraclough v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1986] I.L.R. ¶ 1-2016; *Siountres v. United States Fire Insurance & Reliance Insurance Co.*, [1982] I.L.R. ¶ 1-1484; *Hedtcke v. Sentry Insurance Co.*, 326 N.W.2d 727 (1982); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, 112 N.E.2d 273 (1953); *Moraweitz v. Moraweitz* (1986), 18 C.C.L.I. 108; *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 1 All E.R. 686.

Authors Cited

Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, vol. 4. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1951.

MacGillivray on Insurance Law, vol. 1, 5th ed. By Denis Browne. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1961.

Ninth Decennial Digest Part 2: American Digest System 1981-1986, vol. 26. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1988.

Rendall, James A. Annotation (1984), 8 C.C.L.I. 216.

Rendall, James A. Annotation (1986), 25 C.C.L.I. 217.

Quoi qu'il en soit, la clause d'exclusion ne s'applique pas à la réclamation des appelants. La prétention de l'intimée que les intérêts assurables des parents et de l'enfant dans la totalité du bien étaient inséparablement liés n'est pas soutenable. L'intérêt du fils était séparé de celui de ses parents. Il n'était pas assuré pour la valeur de la maison; son intérêt assurable se limitait à la valeur de ses propres biens.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt suivi: *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423; **arrêt non suivi**: *Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 564; **arrêts mentionnés**: *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431; *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] R.C.S. 133; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2.

Citée par le juge La Forest (dissident)

Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co. (1979), 100 D.L.R. (3d) 564; *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423; *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada* (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, conf. pour des motifs plus larges, [1987] 1 R.C.S. 2; *Higgins v. Orion Insurance Co.*, [1985] I.L.R. ¶ 1-1886; *Murdock v. Commercial Union Assurance Co.* (1980), 30 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Walsh v. Canadian General Insurance Co.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 89; *Barraclough v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1986] I.L.R. ¶ 1-2016; *Siountres v. United States Fire Insurance & Reliance Insurance Co.*, [1982] I.L.R. ¶ 1-1484; *Hedtcke v. Sentry Insurance Co.*, 326 N.W.2d 727 (1982); *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, 112 N.E.2d 273 (1953); *Moraweitz v. Moraweitz* (1986), 18 C.C.L.I. 108; *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 1 All E.R. 686.

Doctrine citée

Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, vol. 4. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1951.

MacGillivray on Insurance Law, vol. 1, 5th ed. By Denis Browne. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1961.

Ninth Decennial Digest Part 2: American Digest System 1981-1986, vol. 26. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1988.

Rendall, James A. Annotation (1984), 8 C.C.L.I. 216.

Rendall, James A. Annotation (1986), 25 C.C.L.I. 217.

West's General Digest, Seventh Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56, 30 D.L.R. (4th) 414, [1986] 6 W.W.R. 428, 25 C.C.L.I. 216, [1986] I.L.R. ¶ 1-2110, setting aside an order of Wood J. (1984), 58 B.C.L.R. 6, 13 D.L.R. (4th) 752, [1984] 5 W.W.R. 691, 8 C.C.L.I. 216. Appeal dismissed, Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. dissenting.

S. Dev Dley, for the appellants.

Harvey J. Grey, Q.C., for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—

Facts

The appellants, Mr. and Mrs. Scott, took out a fire insurance policy on their dwelling with the respondent insurer. As is usual with these "home-owner's" policies, the protection of the policy extended to the relatives and to any other residents of the household under 21. This was done by defining "Insured" to include these persons. The "Definitions" section provided as follows:

DEFINITIONS

. . .

(a) INSURED: The unqualified word "Insured" includes (1) the Named Insured, and (2) if residents of his household, his spouse, the relatives of either, and any other person under the age of 21 in the care of an Insured.

The Scotts' 15-year-old son Charles was thus an insured and his personal property was covered by the policy by virtue of the following clause:

COVERAGE C—PERSONAL PROPERTY:

(1) On Premises—This Policy insures personal property, whether required to be specifically mentioned by any applicable Statutory Conditions of the

West's General Digest, Seventh Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56, 30 D.L.R. (4th) 414, [1986] 6 W.W.R. 428, 25 C.C.L.I. 216, [1986] I.L.R. ¶ 1-2110, qui a infirmé une ordonnance du juge Wood (1984), 58 B.C.L.R. 6, 13 D.L.R. (4th) 752, [1984] 5 W.W.R. 691, 8 C.C.L.I. 216. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka sont dissidents.

S. Dev Dley, pour les appelants.

Harvey J. Grey, c.r., pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Sopinka rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—

Les faits

Les appelants, M. et Mme Scott, ont contracté auprès de l'assureur intimé une assurance-incendie sur leur habitation. Comme il est d'usage en matière d'assurance des «propriétaires occupants», la protection garantie par la police s'étendait, par la définition du terme «Assuré», aux parents ainsi qu'aux autres habitants de la maison âgés de moins de 21 ans. La partie «Définitions» stipule en effet:

[TRADUCTION]

DÉFINITIONS

. . .

(a) ASSURÉ: le mot «Assuré», employé seul, désigne (1) l'Assuré nommément désigné et (2) s'ils habitent chez lui, son conjoint, tout parent de l'un ou de l'autre et toute autre personne, âgée de moins de 21 ans, dont un Assuré a la garde.

Charles, le fils des Scott, alors âgé de 15 ans, était donc un assuré et ses biens personnels étaient couverts par la police en vertu de la clause suivante:

[TRADUCTION] COUVERTURE C—BIENS PERSONNELS:

(1) Sur les lieux—La présente police couvre les biens personnels—que les conditions de la police en exigent ou non la mention expresse—qui accompa-

Policy or not, usual or incidental to the occupancy of the premises as a dwelling, owned, worn or used by an Insured, while on the Principal Residence Premises, or at the option of the Named Insured, personal property owned by others, while on the portion of the premises occupied by the Insured.

gnent ordinairement l'occupation des lieux comme local d'habitation, qui appartiennent à un Assuré ou sont portés ou utilisés par lui, pendant qu'ils sont sur les lieux de la demeure principale, ou, si l'Assuré nommément désigné le désire, les biens personnels qui appartiennent à des tiers, pendant qu'ils se trouvent dans la partie des lieux occupée par l'Assuré.

On March 29, 1983, the dwelling was damaged by a fire which was deliberately set by the son, Charles Scott, acting alone. The appellants filed a proof of loss, but the respondent insurer denied coverage relying on the following clause:

Le 29 mars 1983, l'habitation des Scott a été endommagée par un incendie allumé délibérément par leur fils Charles, qui a agi seul. Les appelants ont produit une preuve de sinistre, mais l'assureur intimé a refusé de donner effet à la garantie prévue en s'appuyant sur la clause suivante:

LOSSES EXCLUDED

This Policy does not insure:

. . .

(d) loss or damage caused by a criminal or wilful act or omission of the Insured or of any person whose property is insured hereunder;

[TRADUCTION] PERTES EXCLUES

La présente police ne couvre pas:

. . .

d) la perte ou le dommage causés par un acte ou une omission criminels ou délibérés de l'Assuré ou de toute personne dont les biens sont assurés par les présentes;

Charles Scott, the insurer stated, was an insured under this provision by virtue of the definition earlier quoted; thus, it maintained, it was absolved from liability.

Aux dires de l'assureur, Charles Scott était un assuré au sens de cette disposition, en vertu de la définition déjà citée; l'assureur a soutenu qu'il était ainsi dégagé de toute responsabilité.

Judicial History

Mr. and Mrs. Scott brought action and were successful before Wood J. at trial: (1984), 58 B.C.L.R. 6. Wood J. did not deny that the son was an insured. He held, however, that he had a separate interest and a separate obligation. He followed the Ontario Court of Appeal decision in the similar case of *Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 564 (Ont. C.A.), which heavily relied on United States authority to which I shall return. Wood J., like the Ontario Court of Appeal in *Rankin*, also relied on the well-known dictum of Viscount Cave in *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431, where the rights of a mortgagor and mortgagee were discussed before the advent of the modern mortgage clause. That dictum in relevant part reads as follows (at pp. 445-46):

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Monsieur et Mme Scott ont intenté une action et ont eu gain de cause devant le juge Wood en première instance: (1984), 58 B.C.L.R. 6. Ce dernier n'a pas nié que le fils était un assuré. Il a statué, cependant, que l'intérêt de celui-ci était distinct, tout comme son obligation. Il a suivi l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur une affaire similaire, *Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 564 (C.A. Ont.), qui s'appuyait largement sur la jurisprudence américaine à laquelle je reviendrai. Comme la Cour d'appel de l'Ontario dans *Rankin*, le juge Wood s'est également appuyé sur l'opinion incidente bien connue du vicomte Cave dans l'affaire *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431, qui traitait des droits respectifs du débiteur et du créancier hypothécaires, avant l'avènement de la clause hypothécaire moderne. Voici l'extrait pertinent de cette opinion (aux pp. 445 à 446):

It may well be that, when two persons are jointly insured and their interests are inseparably connected so that a loss or gain necessarily affects them both, the misconduct of one is sufficient to contaminate the whole insurance: Phillips on Marine Insurance, vol. i., § 235. But in this case there is no difficulty in separating the interest of the mortgagee from that of the owner; and if the mortgagee should recover on the policy, the owner will not be advantaged, as the insurers will be subrogated as against him to the rights of the mortgagee. In such a case the "assured" referred to in s. 55, sub-s. 2, is the particular assured to whom it is sought to make the insurer liable. In my opinion, therefore, this contention also fails. [Emphasis added.]

Wood J.'s judgment was reversed by the British Columbia Court of Appeal: (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56. Macdonald J.A., speaking for that court, refused to follow the *Rankin* case, preferring instead the decision in *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423 (B.C.S.C.) In the latter case, Chief Justice McEachern had declined to follow *Rankin* which he found in any event to be distinguishable. There the fire had been deliberately started by the wife who had an occupier's and user's, and perhaps a proprietary interest. However, the court in the present case found the son had been deprived of an interest to use and occupy the family home that was inseparable from that of his parents, an interest it found comparable to that of a shareholder, citing *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada* (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, since aff'd on broader grounds: [1987] 1 S.C.R. 2. The Court of Appeal also distinguished *Higgins v. Orion Insurance Co.*, [1985] I.L.R. ¶ 1-1886 (Ont. C.A.), which, like *Rankin*, had followed modern American authorities in holding that the peril there was not expressly excluded from the policy.

Fundamentally, though, the Court of Appeal's approach was succinctly summarized in the last paragraph of Macdonald J.A.'s judgment as follows (at p. 62):

It is unnecessary to decide whether the indemnification obligation is joint or several. The exclusionary clause is unambiguous. Assuming the position more

[TRADUCTION] Il se peut fort bien que, lorsque deux personnes sont assurées conjointement et que leurs intérêts sont si intimement liés qu'une perte ou un gain les touche nécessairement toutes deux, la faute de l'une suffise à vicier entièrement l'assurance: Phillips on Marine Insurance, vol. i, § 235. Mais, en l'espèce, il n'y a aucune difficulté à distinguer l'intérêt du créancier hypothécaire de celui du propriétaire; et si le créancier hypothécaire devait être indemnisé en vertu de la police, le propriétaire ne serait pas avantagé puisque les assureurs seraient subrogés contre lui dans les droits du créancier hypothécaire. En pareil cas, «l'assuré» visé au par. 55(2), est l'assuré particulier envers lequel on cherche à obtenir la garantie de l'assureur. À mon avis donc, cette prétention est également insoutenable. [Je souligne.]

Le jugement du juge Wood a été infirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56. Au nom de la cour, le juge Macdonald a refusé de suivre l'arrêt *Rankin*, lui préférant plutôt l'arrêt *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981] I.L.R. ¶ 1-1423 (C.S.C.-B.) Dans cette affaire, le juge en chef McEachern n'avait pas voulu suivre l'arrêt *Rankin*, estimant qu'il y avait lieu de faire une distinction. Dans l'affaire *Wiens*, l'incendie avait été délibérément allumé par l'épouse qui avait un intérêt à titre d'occupant, d'usager et peut-être de propriétaire. En l'espèce cependant, la cour a jugé que le fils avait été privé d'un intérêt dans l'usage et l'occupation de la maison familiale, un intérêt qui était inséparable de celui de ses parents et comparable à celui d'un actionnaire, citant l'arrêt *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada* (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, confirmé depuis pour des motifs plus larges: [1987] 1 R.C.S. 2. La Cour d'appel a également fait une distinction avec *Higgins v. Orion Insurance Co.*, [1985] I.L.R. ¶ 1-1886 (C.A. Ont.), lequel, comme l'arrêt *Rankin*, avait suivi la jurisprudence américaine moderne en statuant que le risque n'était pas en l'espèce expressément exclu de la police.

Pour l'essentiel, on trouve au dernier paragraphe des motifs du juge Macdonald un résumé du raisonnement suivi par la Cour d'appel (à la p. 62):

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de décider si l'obligation d'indemniser était conjointe ou individuelle. La clause d'exclusion n'est pas ambiguë. Même dans

favourable to the respondents, that it is several, the exclusionary clause bars recovery where the loss is caused by a wilful act of the insured. This clause is therefore fatal to the respondents' claim.

The Issue

There can be no gainsaying the insurer's proposition that the Scotts' son was an insured. His property was covered by the policy. That, however, is not the issue. The issue is whether the exclusion from coverage caused by the wrongful act or omission of an insured applies only to the insured responsible for the act or omission or whether it applies not only to that insured but also to an innocent insured. The answer to this question cannot be determined by a simple logical exercise like that outlined by the Court of Appeal. It requires interpretation, a task, as will be seen, not so much dictated by adamantine logic as by reference to divergent public policies underlying the clause. That issue, as we shall see, is related to the issue whether the insurer's indemnification obligation is joint or several. That, too, is a matter of interpretation. As Corbin puts it: "The question whether two or more promisors have promised a single undivided performance, or have each promised a limited and separate performance, is wholly a problem of interpretation"; see *Corbin on Contracts* (1951), vol. 4, § 926, at p. 704.

Strong conflicting lines of authority clearly attest to the fact that the interpretation of the exclusionary clause is far from clear and unambiguous. The Ontario Court of Appeal and Newfoundland trial courts have held that the exclusion applies only to the wrongdoer; see *Rankin*, *supra*; *Higgins*, *supra*; *Murdock v. Commercial Union Assurance Co.* (1980), 30 Nfld. & P.E.I.R. 311 (Nfld. S.C.T.D.); *Walsh v. Canadian General Insurance Co.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 89 (Nfld. S.C.T.D.) The British Columbia courts, on the other hand, have now taken the view that the wrongdoing of one insured also excludes recovery of the others; see, in addition to this case, *Wiens*, *supra*; see also *Barraclough v. Royal Insurance*

l'hypothèse la plus favorable aux intimés soit que cette obligation est individuelle, la clause d'exclusion constitue une fin de non-recevoir lorsque la perte résulte du geste délibéré de l'assuré. Cette clause s'oppose péremptoirement à la réclamation des intimés.

La question en litige

On ne peut nier que, comme l'affirme l'assureur, le fils des Scott était un assuré. Ses biens étaient couverts par la police. Cependant là n'est pas la question en litige. Il s'agit plutôt de savoir si l'exclusion de la protection résultant de l'acte ou de l'omission fautifs d'un assuré est opposable uniquement à l'assuré qui en est responsable ou si elle est opposable non seulement à cet assuré mais aussi à un assuré innocent. On ne peut répondre à cette question par un simple exercice de logique comme celui auquel s'est livrée la Cour d'appel. Il nous faut recourir à l'interprétation et cette tâche, comme nous le verrons, n'est pas tant dictée par une logique implacable que par les principes d'ordre public divergents qui sous-tendent la clause. Cette question, nous le verrons également, est liée à celle de la nature conjointe ou individuelle de l'obligation d'indemnisation qu'assume l'assureur. C'est aussi une question d'interprétation. Comme le dit Corbin dans *Corbin on Contracts* (1951), vol. 4, § 926, à la p. 704, [TRADUCTION] «La question de savoir si deux ou plusieurs débiteurs d'un engagement ont convenu de fournir une prestation individuelle unique, ou si chacun s'est engagé à fournir une prestation limitée et distincte, relève entièrement de l'interprétation».

L'existence de forts courants contradictoires dans la jurisprudence atteste que l'interprétation de la clause d'exclusion est loin d'être claire et dépourvue d'ambiguïté. La Cour d'appel de l'Ontario et des tribunaux de première instance de Terre-Neuve ont statué que l'exclusion est opposable uniquement à l'auteur de l'action fautive: voir *Rankin*, précité; *Higgins*, précité; *Murdock v. Commercial Union Assurance Co.* (1980), 30 Nfdl. & P.E.I.R. 311 (D.P.I.C.S.T.-N.); *Walsh v. Canadian General Insurance Co.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 89 (D.P.I.C.S.T.-N.) Par contre, des tribunaux de la Colombie-Britannique sont maintenant d'avis que l'action fautive d'un assuré exclut également l'indemnisation des autres; voir,

Co. of Canada, [1986] I.L.R. ¶ 1-2016 (Ont. S.C.); *Siountres v. United States Fire Insurance & Reliance Insurance Co.*, [1982] I.L.R. ¶ 1-1484 (Ont. S.C.) A similar division of opinion exists in the United States where the cases are legion, though by far the predominant view nowadays is that only the wrongdoer is excluded, as will be apparent from the decisions referred to in the *Ninth Decennial Digest*, which contains decisions for the period from 1981 to 1986, vol. 26, 9th D Pt 2—429, and in the monthly continuation of the Digest, the volumes of *West's General Digest* again under "Insurance" at key number 429.

The Two Approaches

The decisions of the trial judge and the Court of Appeal, then, are representative of two divergent streams of jurisprudence dealing with the problem posed when an innocent insured seeks to recover for a loss occasioned by the wrongful act of a co-insured. The most common scenario in the case reports, and one that decidedly does not serve as an encomium to matrimonial bliss, sees husband or wife burn down the matrimonial home. One of these decisions, the leading case of *Hedtcke v. Sentry Insurance Co.*, 326 N.W.2d 727 (Wis. 1982), provides the most comprehensive and probing summary of the two judicial responses to the problem.

As noted by Abrahamson J. in *Hedtcke*, the approach at one time was to make recovery depend upon whether the interests of the co-insured were joint or several. Where interests were held to be joint, the misconduct of one insured was considered the misconduct of the other, and neither could recover under the policy. As noted, a minority of state courts still follow that approach. This line of authority is premised on several considerations of public policy. Chief among them is the principle that a wrongdoer must not be allowed to profit, be it directly or indirectly, from his act. Abrahamson J. also cited the desire to deter crime and to avoid fraud against insurers. I agree with James A. Rendall's comment that the latter considerations are "not very persuasive"; see an Anno-

en plus de la présente affaire, *Wiens*, précité; voir également *Barraclough v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1986] I.L.R. ¶ 1-2016 (C.S. Ont.), *Siountres v. United States Fire Insurance & Reliance Insurance Co.*, [1982] I.L.R. ¶ 1-1484 (C.S. Ont.) Une semblable controverse existe aux États-Unis où la jurisprudence est abondante, bien qu'aujourd'hui le courant prédominant porte que seul l'auteur de l'action fautive soit exclu, tel qu'il ressort des décisions citées dans le *Ninth Decennial Digest*, où figurent des jugements rendus de 1981 à 1986, vol. 26, 9th D Pt 2—429, et dans le supplément mensuel du *Digest*, les volumes du *West's General Digest*, toujours sous la rubrique «Insurance» à la clef 429.

Les deux points de vue

Les décisions du juge de première instance et de la Cour d'appel sont représentatives des deux courants opposés de la jurisprudence quant au problème de l'assuré innocent qui demande une indemnisation pour la perte occasionnée par l'acte fautif d'un coassuré. Le scénario le plus courant dans les recueils d'arrêts, et qui ne fait pas gloire à la félicité conjugale, est celui du mari ou de la femme qui met le feu à la demeure familiale. C'est dans l'une de ces décisions, l'arrêt de principe sur la question, *Hedtcke v. Sentry Insurance Co.*, 326 N.W.2d 727 (Wis. 1982), que l'on trouve le résumé le plus complet et le plus approfondi des deux réponses que les tribunaux ont données à ce problème.

Comme le souligne le juge Abrahamson dans l'arrêt *Hedtcke*, le recouvrement dépendait autrefois de la question de savoir si les intérêts du coassuré étaient conjoints ou individuels. Lorsqu'on jugeait les intérêts conjoints, la faute de l'un des assurés était assimilée à la faute de l'autre, si bien qu'aucun des deux ne pouvait être indemnisé en vertu de la police. Comme nous l'avons déjà indiqué, une minorité de tribunaux des États continue à suivre ce point de vue. Ce courant jurisprudentiel repose sur diverses considérations d'ordre public, la principale étant qu'on ne doit pas permettre à l'auteur d'une action fautive d'en tirer profit, directement ou indirectement. Le juge Abrahamson mentionne aussi l'effet de dissuasion contre le crime et contre la fraude aux dépens des

tation to Wood J.'s judgment in the present case (1984), 8 C.C.L.I. 216.

The modern approach, followed in *Hedtcke*, focusses, first and foremost, on the contract of insurance. The result is made to depend upon whether "the insureds have promised the same performance, or a separate performance as to each, that is, whether each insured has promised that all insured parties will use 'reasonable means' to preserve the property, or whether each has promised that he or she will protect the property" (see *Hedtcke*, at p. 739). This depends on the language of the policy.

This approach, however, takes as its starting point the "fundamental principle of individual responsibility for wrongdoing" (*Hedtcke*, at p. 740). Consequently in the interpretation of the insurance contract the courts have held that, absent unambiguous provisions to the contrary, a reasonable person, unversed in the niceties of insurance law, would expect that his individual interest in the policy was covered by a policy which named him without qualification as one of the persons insured. Thus the reasonable person, though he or she might not choose to express it in these terms, would view the obligations of the insurer as several as to each of the parties involved.

The modern approach does not lose sight of the fundamental rule that a wrongdoer should not profit by his act. It attempts, however, to avoid the harshness that must necessarily follow when the sins of the guilty are visited on the innocent. That harshness is well expressed by Abrahamson J. in the following passage in *Hedtcke*, at p. 740:

> Contrary to our basic notions of fair play and justice, the *Bellman* rule punishes the innocent victim. An absolute bar to recovery by an innocent insured is particularly harsh in a case in which the arson appears to be retribution against the innocent insured. Having lost the property, the innocent insured is victimized once again by the denial of the proceeds forthcoming under the fire insurance policy.

assureurs. Je partage l'opinion de James A. Rendall selon laquelle ces dernières considérations [TRADUCTION] «ne sont pas très convaincantes»; voir la note qui accompagne le jugement du juge Wood en l'espèce, publié à (1984), 8 C.C.L.I. 216.

Le point de vue moderne, suivi dans l'arrêt *Hedtcke*, est axé d'abord et avant tout sur le contrat d'assurance. Ainsi, la question qui se pose est de savoir si [TRADUCTION] «les assurés ont promis de fournir la même prestation, ou chacun une prestation distincte, ou encore si chaque assuré s'est engagé à ce que toutes les parties assurées utilisent les «moyens raisonnables» pour préserver les biens ou si chacun s'est engagé individuellement à protéger les biens» (voir *Hedtcke*, à la p. 739). La réponse à cette question dépend des stipulations de la police.

Ce point de vue, cependant, a comme point de départ [TRADUCTION] «le principe fondamental de la responsabilité individuelle de l'action fautive» (*Hedtcke*, à la p. 740). Ainsi, dans l'interprétation du contrat d'assurance, les tribunaux ont conclu qu'en l'absence de dispositions claires à l'effet contraire, une personne raisonnable, non initiée aux subtilités du droit des assurances, s'attendrait à ce que son intérêt individuel soit couvert dans une police où elle est désignée, sans restriction, comme l'un des assurés. Bien qu'elle ne s'exprimerait probablement pas dans ces termes, la personne raisonnable considérerait donc les obligations de l'assureur comme individuelles à l'égard de chacune des parties en cause.

Le point de vue moderne ne perd pas de vue la règle fondamentale selon laquelle l'auteur de l'action fautive ne devrait pas en tirer profit. Il tente cependant d'écarter la sévérité d'une règle qui punit l'innocent pour les péchés du coupable. Le juge Abrahamson a bien décrit cette sévérité dans le passage suivant de l'arrêt *Hedtcke*, à la p. 740:

> [TRADUCTION] Contrairement à notre conception fondamentale de l'équité et de la justice, la règle de l'arrêt *Bellman* punit la victime innocente. Empêcher de façon absolue que l'assuré innocent soit indemnisé est particulièrement sévère dans une affaire où l'incendie criminel paraît avoir été une vengeance contre lui. Dépouillé de ses biens, l'assuré innocent devient encore une fois victime en se voyant refuser le produit de la police d'assurance-incendie.

Accordingly, the focus is on tailoring "the recovery permitted the innocent insured to guard against the possibility that the arsonist might receive financial benefit as a result of the arson" (*Hedtcke*, at p. 740). The modern approach, as noted earlier, is today accepted in the vast majority of decisions on the point.

The Modern Approach

I am firmly of the view that the modern approach's primary focus on the meaning of the insurance contract is to be preferred to the old approach which is principally undergirded by public policy considerations extraneous to the contract. The modern approach seems to me to be entirely consonant with this Court's approach to the interpretation of insurance contracts. The guidelines for the interpretation of insurance contracts set out by this Court in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, provide an appropriate starting point for this analysis. In that case, Estey J. had this to say at p. 901:

> Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. [Emphasis added.]

Though Estey J. was speaking in the context of a commercial contract of insurance, the same reasoning would apply here. In other words, in construing an insurance policy, the courts must be guided by the reasonable expectation and purpose of an ordinary person in entering such contract, and the language employed in the policy is to be

En conséquence, l'important est d'ajuster [TRADUCTION] «l'indemnité accordée à l'assuré innocent pour éviter que l'incendiaire ne tire financièrement profit de son acte» (*Hedtcke*, à la p. 740). Comme je l'ai déjà souligné, le point de vue moderne est aujourd'hui accepté par la grande majorité des décisions sur ce point.

Le point de vue moderne

J'ai la ferme conviction que le point de vue moderne axé sur le sens du contrat d'assurance doit être préféré à l'ancien point de vue qui s'appuyait principalement sur des considérations d'ordre public étrangères au contrat. Ce nouveau point de vue me semble tout à fait conforme à celui que notre Cour a adopté dans l'interprétation des contrats d'assurance. À cet égard, les principes que la Cour a établis dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, fournissent un bon point de départ. Voici ce que dit le juge Estey, à la p. 901:

> Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à l'interprétation des contrats, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable. [Je souligne.]

Bien que le juge Estey se soit exprimé dans le contexte d'un contrat d'assurance commercial, le même raisonnement s'applique ici. En d'autres termes, les tribunaux doivent être guidés, dans l'interprétation d'une police d'assurance, par les attentes légitimes d'une personne ordinaire et le but raisonnable qu'elle se fixe en concluant un tel

given its ordinary meaning, such as the average policy holder of ordinary intelligence, as well as the insurer, would attach to it; see *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, 112 N.E.2d 273 (N.Y.C.A. 1953).

Bearing the above principles in mind, I shall now attempt to assess whether the indemnification obligation in the policy here is joint or several. In my view, the latter is the case. As I see it, reasonable persons, unversed in the niceties of insurance law, would, in purchasing fire insurance, expect that a policy naming them as an insured without qualification would insure them to the extent of their interest. Moreover, reasonable persons would expect that they would lose the right to recover for their own willful destruction. But the same persons would find it an anomalous result if informed that they stood to lose all if their spouse burned down their house. The following responses would be forthcoming: "I had nothing to do with that act of arson so why am I being punished for it? My 50 per cent interest in the house belongs to me. I could have taken out my own insurance policy on my interest; in that case if my spouse burnt down the house I was protected. Why should my getting paid depend on whether there is one policy or two? If it had been made clear to me, why would I have ever agreed to take out a 'joint' policy? I only stood to lose."

If this logic is sound, it has definite application to the facts of this case. The Scotts did not take out fire insurance to insure their son's possessions: they insured to protect their house. It is both unrealistic and unreasonable to assume that the named insured would view the indemnification obligation of the insurer as joint because their son's possessions were included. These were only marginal to the transaction.

It is true, as the respondent insurer contends, that the appellants by the terms of the policy had exclusive control over who was to be co-insured. As it puts it in its factum:

They had the right, without seeking the Respondent's permission or paying an additional premium, to admit

contrat; les termes employés dans la police doivent recevoir leur sens usuel, savoir celui que lui donneraient tant l'assureur que le titulaire de police ordinaire doué d'une intelligence normale; voir *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, 112 N.E.2d 273 (C.A.N.Y. 1953).

C'est en gardant ces principes à l'esprit que je tenterai maintenant de déterminer si l'obligation d'indemniser contractée en vertu de la police en cause est conjointe ou individuelle. À mon avis, il y a obligation individuelle. D'après mon interprétation, une personne raisonnable, non initiée aux subtilités du droit des assurances, s'attend, en contractant une assurance-incendie, à ce que la police où elle est nommément désignée, sans restriction, la couvre dans la mesure de son intérêt. De plus, une personne raisonnable s'attendrait à perdre le droit d'être indemnisée pour toute destruction qu'elle aurait volontairement occasionnée. Cette même personne serait surprise d'apprendre qu'elle risque de tout perdre si son conjoint met le feu à la maison. Elle pourrait répondre: «Je n'ai rien à voir avec cet incendie criminel, alors pourquoi suis-je punie? J'ai un intérêt dans la moitié de la maison. J'aurais pu contracter ma propre police d'assurance sur cet intérêt; si mon conjoint avait mis le feu, j'aurais alors été protégée. Pourquoi le droit à l'indemnisation devrait-il dépendre de l'existence d'une ou de deux polices? Si l'on m'avait expliqué cela, pourquoi aurais-je accepté de contracter une police «conjointe»? J'avais tout à perdre.»

Si ce raisonnement est logique, il s'applique manifestement aux faits de l'espèce. Les Scott n'ont pas contracté une assurance-incendie afin d'assurer les biens de leur fils: c'est leur maison qu'ils ont assurée. Il est à la fois irréaliste et déraisonnable de présumer que les assurés désignés considéraient l'obligation d'indemnisation de l'assureur comme conjointe parce que les biens de leur fils étaient couverts. Pour ce qui est de l'opération, ces biens étaient secondaires.

Il est vrai, comme le prétend l'assureur intimé, que les appelants avaient aux termes de la police le contrôle exclusif du choix des coassurés. Voici ce qu'il dit dans son mémoire:

[TRADUCTION] Ils avaient le droit, sans demander l'autorisation de l'intimée ni payer de surprime, d'inclure

others into their insurance, thereby providing them with a right against the Respondent for indemnity against third party liability, personal property damage and additional living expense claims. It is not unreasonable to require that, having opted to exercise this right to create co-insureds, they must take the burden of their co-insured's acts.

While this, I suppose, may be technically correct, it does not take into account the realities of the situation. The clause is a standard one in a homeowner's policy. It is scarcely believable that an ordinary insured would ever consider the possibility to which the respondent alludes. Besides, the respondent misses a vital point. If it were made clear to an insured in the position of the appellants that the insurer would admit whom the insured asked, but on the implied condition that the indemnification obligation assumed was joint and not several, no one would choose to exercise the option. It would be absurd to do so in the case under appeal; it would amount to saying: "I will insure my son's possessions. The 'X' dollars I will recover for them if the house burns down by accident more than makes up for the fact that if he burns my house down I will recover nothing at all."

A more realistic interpretation of the indemnification obligation is that where the definition of "Insured" is defined so as to extend to others than the named insured, that definition should not be construed so as to restrict or limit the coverage enjoyed by the named insured. If the policy in this case is interpreted in this manner, it would reflect the result contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. This issue was discussed in *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, *supra*, dealing with the cognate situation involving an owner's public liability policy which contained an exclusion clause similar to the one in question here. The following observations of Conway J., at p. 275, are apposite:

But that argument, based upon the "Definitions" section, cannot withstand analysis. Defendant, we think, seeks to turn to its own advantage a provision of the policy intended to benefit, not to prejudice, the named assured. The "Definitions" section, by assigning a broad

d'autres personnes dans leur assurance, leur conférant par le fait même le droit d'être indemnisées par l'intimée pour la responsabilité civile, les dommages aux biens personnels et les frais de subsistance supplémentaires. Il n'est pas déraisonnable d'exiger qu'après avoir exercé ce droit de constituer des coassurés, ils assument la charge de leurs actes.

À supposer que cette analyse soit techniquement exacte, elle ne tient pas compte de la réalité de la situation. Il s'agit d'une clause type des polices d'assurance des propriétaires occupants. Il est difficilement concevable qu'un assuré ordinaire envisage même la possibilité qu'évoque l'intimée. En outre, cette dernière néglige un point essentiel: si l'on expliquait clairement à un assuré, placé dans la même situation que les appelants, que l'assureur est prêt à accepter le coassuré de son choix, mais à la condition implicite que l'obligation d'indemnisation soit conjointe et non individuelle, personne n'exercerait cette option. En l'espèce, ce serait absurde; cela reviendrait à dire: «Je vais assurer les biens de mon fils. Le montant que je pourrai recouvrer pour ces biens en cas d'incendie accidentel de la maison compense avantageusement le fait que je ne pourrai rien recouvrer si c'est lui qui y met le feu.»

Une interprétation plus réaliste de l'obligation d'indemnisation serait de dire que lorsque la définition du terme «Assuré» inclut d'autres personnes que l'assuré désigné, cette définition ne devrait pas être interprétée de manière à restreindre ou à limiter la protection dont jouit ce dernier. Une telle interprétation de la police en l'espèce refléterait le résultat envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Le point a été débattu dans l'arrêt *Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.*, précité. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une situation analogue où la police d'assurance de la responsabilité civile des propriétaires comportait une clause d'exclusion semblable à la présente. Les remarques suivantes du juge Conway, à la p. 275, sont pertinentes:

[TRADUCTION] Mais cet argument, fondé sur la partie «Définitions», ne résiste pas à l'analyse. Le défendeur, à notre avis, cherche à interpréter à son propre avantage une clause destinée à favoriser l'assuré désigné, non à lui porter préjudice. En donnant un sens large au terme

meaning to the term "Assured", extends coverage to various persons in addition to the named assured. That section which might be termed an "additional assured" provision serves as an inducement to purchase insurance to one contemplating taking out a liability policy, by affording coverage, without added premium, to others in addition to the applicant. To hold that such a provision, purporting as it does to broaden coverage by extending it to additional assureds, works a reduction in the coverage which would be afforded to the named assured in the absence of such provision is not in harmony with the true, beneficial purpose of the provision. In Wenig v. Glens Falls Indem. Co., 294 N.Y. 195 at page 201, 61 N.E.2d 442, at page 445, we discussed a somewhat similar provision and said (Lehman, Ch. J.): "*The liability of the insurance company upon its promise to insure the 'named assured' is neither extended nor limited by the fact that under the terms of the policy it assumed an obligation also to insure the 'additional assured' against liability for damages for which he might become liable.*" [Emphasis added. Italics in original.]

Clearly, an insurer might choose to contract on the basis that it considered its indemnification obligation joint with regard to both the named insured and other insured. But in offering to contract on such terms, it would be incumbent on an insurer to manifest this intention in the very clearest of language. This is because a person entering such a contract would be agreeing to assume vicarious liability for the criminal conduct of another. This, it is fair to say, is fundamentally at odds with the expectation of the reasonable person when buying fire insurance. He or she insures on the assumption that his or her undivided interest is protected. That is the whole point of taking out insurance.

As mentioned earlier, the Court of Appeal in this case rejected the approach in *Higgins*, *supra*. In my respectful view, however, the Ontario Court of Appeal, in giving its *imprimatur* to the "modern approach" in that case, was correct to hold at p. 7255 that: "The terms of the policy itself ... should be of more significance to the resolution of whether the innocent co-insured may recover than the form of ownership of the property." And as regards policy terms, I think it was also right in holding that: "where a fire insurance policy covers

"Assuré", la partie "Définitions" étend la protection à d'autres personnes que l'assuré désigné. Cette partie, qui pourrait s'intituler "assurés supplémentaires", vise à inciter la personne intéressée à contracter une police d'assurance-responsabilité à acheter une assurance en lui offrant, sans surprime, une protection élargie. Conclure qu'une telle disposition destinée à élargir la protection en l'étendant à d'autres personnes, vise à réduire la protection dont jouirait autrement l'assuré désigné, n'est pas conforme à l'objet véritable de cette disposition, qui est de le favoriser. Nous avons examiné une disposition semblable dans l'arrêt Wenig v. Glens Falls Indem. Co., 294 N.Y. 195, à la p. 201, 61 N.E.2d 442, à la p. 445 et avons statué (le juge Lehman, en chambre): "*La responsabilité de la compagnie d'assurances à l'égard de son engagement de couvrir l'"assuré désigné" n'est ni élargie ni limitée par l'obligation qu'elle assume, aux termes de la police, de couvrir également l'"assuré supplémentaire" pour les dommages dont ce dernier pourrait être tenu responsable.*" [Je souligne. En italique dans l'original.]

Il est manifestement loisible à l'assureur de décider de contracter en se fondant sur le principe que son obligation d'indemnisation est conjointe à l'égard de l'assuré désigné et de ses coassurés. Mais s'il fait une offre assortie d'une telle condition, il lui appartient d'utiliser les termes les plus clairs pour exprimer son intention. La personne concluant pareil contrat s'engage en effet à assumer la responsabilité de la conduite criminelle d'une autre personne, engagement qui est, admettons-le, fondamentalement contraire aux attentes d'une personne raisonnable achetant une assurance-incendie. C'est en présumant que son intérêt indivis est protégé que cette dernière s'assure. C'est d'ailleurs toute l'utilité de contracter une assurance.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour d'appel a rejeté en l'espèce le point de vue adopté dans l'arrêt *Higgins*, précité. Avec égards, je pense cependant qu'en donnant son appui au «point de vue moderne» dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario avait eu raison de conclure, à la p. 7255, que [TRADUCTION] «Pour déterminer si le coassuré innocent peut être indemnisé, les termes mêmes de la police [...] devraient revêtir beaucoup plus d'importance que le mode de propriété des biens.» Et en ce qui concerne les termes de la

the interests of more than one person, the obligation of the insurer, in the absence of clear and precise language in the policy to the contrary, should be considered several as to each of them".

In this case, there is no clear language to the effect that the insurer considered its obligations joint. A putative insured might conceivably arrive at this conclusion after a careful reading of the contract as a whole, and after considered reflection of the import, when read together, of the "Definitions" section and one of the eight sections of the "Losses Excluded" provision. But it is unfair to expect of a purchaser that he be sensitive to such subtleties of interpretation.

Similarly, the exclusion clause cited above falls short of this requirement of clear and precise language. Given that the word "the" qualifies the word "Insured" in the exemption clause, I think that the Ontario Court of Appeal was correct to interpret the clause as meaning only that when the coverage of the policy as to a particular insured is at issue, and that insured committed a "criminal or wilful act" then as to that insured coverage is avoided: " 'Insured' in the exception clause means, where as here more than one person is insured, the person who is making a claim under the policy" (*Rankin*, *supra*, at p. 570); see also the further Annotation of James A. Rendall on the Court of Appeal decision who generally shares the views I have advanced; see (1986), 25 C.C.L.I. 217.

To summarize on this point, while it is true that the exemption clause as worded can be made to bear the interpretation urged by the respondent, the language is far from clear; in a word, it is ambiguous. In the face of this ambiguity, the Ontario Court of Appeal in *Rankin* applied the *contra proferentem* doctrine and construed the language in a manner favourable to the insured. In my opinion, they were correct to do so. Policies of insurance are prepared by the insurers and in doing so they not unnaturally are minded to protect their own interests. To avoid the consequent

police, elle a conclu également à juste titre, je crois, que [TRADUCTION] «lorsqu'une police d'assurance-incendie protège les intérêts de plus d'une personne, l'obligation de l'assureur devrait, en l'absence de disposition claire et précise à l'effet contraire, être considérée comme individuelle à l'égard de chacune d'elles».

En l'espèce, il n'y a pas de texte clair indiquant que l'assureur considérait ses obligations comme conjointes. Il se peut qu'un assuré éventuel en vienne à cette conclusion après avoir lu attentivement tout le contrat et avoir mûrement réfléchi à l'effet combiné de la partie «Définitions» et de l'un des huit paragraphes de la disposition visant les «Pertes exclues». Mais il est injuste d'exiger d'un acheteur qu'il soit conscient de toutes ces subtilités d'interprétation.

De même, la clause d'exclusion déjà citée ne répond pas au critère du texte clair et précis. Étant donné que, dans la clause d'exclusion, l'article «*the*» (l') accompagne «*Insured*» (Assuré), j'estime que la Cour d'appel de l'Ontario a correctement interprété cette clause comme signifiant uniquement ceci: lorsque se pose la question de savoir si un assuré en particulier doit être indemnisé, la protection ne s'applique pas à l'égard de cet assuré si c'est lui qui a commis l'acte criminel ou délibéré. Le mot «Assuré» dans la clause d'exclusion désigne, dans les cas où comme en l'espèce plusieurs personnes sont assurées, celle qui présente la demande d'indemnité en vertu de la police (*Rankin*, précité, à la p. 570); voir également le commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel fait par James A. Rendall, qui appuie l'interprétation que je propose; voir (1986), 25 C.C.L.I. 217.

En résumé, même s'il est vrai que la clause d'exclusion, telle qu'elle est formulée, peut recevoir l'interprétation que lui donne l'intimée, son libellé est loin d'être clair: en un mot, la clause est ambiguë. Face à cette ambiguïté, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué, dans l'arrêt *Rankin*, la doctrine *contra proferentem* en donnant aux termes employés une interprétation favorable à l'assuré. À mon avis, elle a eu raison de le faire. Ce sont les assureurs qui préparent les polices d'assurance et il est tout naturel que, ce faisant, ils tendent à protéger leurs propres intérêts. Pour

injustices that may ensue to an insured, courts have long insisted that any ambiguity be resolved in favour of the insured. And where, as is the case here, the ambiguity bears on a clause that stands significantly to defeat the objective of the purchaser in buying insurance, the case for application of the doctrine is compelling. A clause intended to achieve the purpose argued for by the insurer would, in my view, have to be drawn so as to bring it clearly to the attention of the insured.

It may not be necessary to go the length of having the clause "printed in red ink with a red hand pointing to it" to use the expression of Lord Denning, M.R., in *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 1 All E.R. 686, at p. 690, but its alleged purpose should be clearly brought home to the ordinary insured. That the insurer knows just how to do this is evident from one of the clauses used by the insurer to define the different perils for which it provides coverage under the policy. The heading entitled "VANDALISM OR MALICIOUS ACTS" reads in relevant part:

13. VANDALISM OR MALICIOUS ACTS: There is no liability for loss or damage

. . .

(c) caused by the Insured's spouse or any member of the same household.

By virtue of having itself defined "FIRE OR LIGHTNING" as a separate and distinct peril, the insurer must have concluded that the incident in question in the present case was not covered by clause 13 for it did not rely upon or even mention it in its argument. Nevertheless I note that the very clear words of exception used in clause 13 serve only to underscore the ambiguity that permeates the "losses excluded" clause on which the insurer does rely, and thereby to strengthen the case for construing that clause in a manner favourable to the insured.

The Old Approach

The foregoing is sufficient to dispose of this appeal, and as I have already stated, I think the

éviter les injustices pouvant en résulter pour un assuré, les tribunaux maintiennent depuis longtemps que toute ambiguïté doit être résolue en faveur de ce dernier. L'application de cette doctrine s'impose dans les cas où, comme en l'espèce, il y a ambiguïté d'une clause qui risque de contrecarrer le but que l'acheteur s'est fixé en contractant l'assurance. Une clause visant l'objet que lui donne l'assureur devrait, à mon avis, être rédigée de façon à attirer clairement l'attention de l'assuré.

Il n'est peut-être pas nécessaire d'aller jusqu'à imprimer la clause [TRADUCTION] «à l'encre rouge, avec une main rouge pointant vers elle», pour reprendre l'expression de Lord Denning, maître des rôles, dans *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 1 All E.R. 686, à la p. 690, mais le but qu'elle est censée viser devrait être clairement indiqué à l'assuré ordinaire. Il est évident que l'assureur sait comment le faire puisque c'est ce qu'il a fait dans une des clauses dont se sert l'assureur pour définir divers risques couverts par la police. On trouve notamment sous le titre «ACTES DE VANDALISME OU ACTES MALVEILLANTS», la clause suivante:

[TRADUCTION] 13. ACTES DE VANDALISME OU ACTES MALVEILLANTS. Il n'y a pas de garantie pour la perte ou les dommages

. . .

c) causés par le conjoint de l'Assuré ou un membre de la même maison.

Puisque la police définit le risque [TRADUCTION] «FEU OU FOUDRE» comme un risque distinct et séparé, l'assureur doit avoir conclu que l'incident en l'espèce n'était pas couvert par la clause 13 puisqu'il ne l'a ni invoquée ni mentionnée dans son argumentation. Néanmoins, je note que les termes très clairs qui sont utilisés à la clause 13 pour exprimer l'exclusion ne peuvent, par contraste, que mieux révéler l'ambiguïté de la clause des «pertes exclues» qui est invoquée par l'assureur, et donc appuyer la thèse qui préconise une interprétation de cette clause qui soit favorable à l'assuré.

L'ancien point de vue

Ce qui précède suffit à trancher le présent pourvoi et j'ai déjà souligné qu'il convient à mon avis

modern approach is the proper one to take in the resolution of cases like the present. However, even if I were disposed to accept the appropriateness of the old approach, I would still reach the same conclusion on the facts of this case.

A clear application of the old approach is to be found in *Wiens*, *supra*. In *Wiens*, a wife whose relations with her husband were strained burned down the matrimonial home. The husband, who was in no way implicated in her actions, sued to recover under their fire insurance policy for the loss he had suffered. The court looked to the nature of the interests of the spouses and, finding that they were not totally separate interests, held for the insurer. As an alternative basis for the decision, the court applied rigorous logic in construing the exclusion clause and held that since the wife was an insured within the meaning of the policy, the policy was voided by her dishonest act. This alternative approach was that adopted by the Court of Appeal in the present case.

It is interesting to note that in *Wiens* the British Columbia Court of Appeal declined to follow *Rankin*, *supra*, in which the Ontario Court of Appeal held that an insured could recover on facts that were on all fours with the present case: an infant son had set a fire which the insurer declined to cover, setting up an exclusion clause identical to the one relied on here. In *Rankin*, the court in *Wiens* stated (at p. 445), "the exception clause, which is the same as in this case, did not apply to the claims of the named insured and his wife because the son was separately insured for his own effects, and he had no interest in the house or contents".

The question of the son's interest figured prominently in argument before the Court of Appeal in the present case. The insurer seeking to distinguish *Rankin* submitted that the Ontario Court of Appeal in that case had overlooked the true nature

d'adopter le point de vue moderne dans des cas comme celui-ci. Cependant, même si j'étais prêt à reconnaître le bien-fondé de l'ancien point de vue, j'arriverais néanmoins à la même conclusion, compte tenu des faits de l'espèce.

On retrouve une application claire de l'ancien point de vue dans l'arrêt *Wiens*, précité. Dans cette affaire, une femme qui entretenait des rapports assez tendus avec son mari avait mis le feu à la maison conjugale. Le mari, qui n'avait aucunement pris part à cet acte, a intenté une action afin d'être indemnisé en vertu de la police d'assurance-incendie pour la perte qu'il avait subie. La cour a examiné la nature des intérêts des conjoints et, jugeant que ces intérêts n'étaient pas complètement distincts, a statué en faveur de l'assureur. Subsidiairement, la cour a eu recours à une interprétation rigoureusement logique de la clause d'exclusion: elle a conclu que, la femme étant une assurée au sens de la police, celle-ci était annulée par son acte malhonnête. C'est ce raisonnement subsidiaire que la Cour d'appel a adopté en l'espèce.

Il est intéressant de souligner que, dans l'arrêt *Wiens*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de suivre l'arrêt *Rankin*, précité, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario avait statué qu'un assuré pouvait être indemnisé, quand les faits étaient en tous points semblables à ceux de la présente affaire: un fils mineur avait allumé un incendie que l'assureur refusait de couvrir, alléguant une clause d'exclusion identique à celle invoquée en l'espèce. Dans l'arrêt *Rankin*, déclare la cour dans l'arrêt *Wiens* (à la p. 445), [TRADUCTION] «la clause d'exclusion, identique à celle en l'espèce, ne s'appliquait pas aux demandes d'indemnité qu'avaient présentées l'assuré désigné et sa femme parce que leur fils était assuré séparément pour ses propres effets et qu'il ne possédait aucun intérêt dans la maison ou son contenu».

La question de l'intérêt du fils a occupé une place prépondérante dans les plaidoiries présentées en l'espèce devant la Cour d'appel. Cherchant à établir une distinction avec l'arrêt *Rankin*, l'assureur a fait valoir que, dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas pris en considération la nature véritable de l'intérêt de l'enfant.

of the son's interest. That submission was summarized by the court as follows (at pp. 59-60):

Residing as he did with the respondents, the son had occupation, use and enjoyment of the family home and its contents. He would benefit from the continued existence of that property. Generally, anyone who is so situated that he will suffer loss as a proximate result of damage to or destruction of property has an insurable interest in it. The precise nature of the interest is immaterial. Any interest in property whether legal, equitable or beneficial, however slight, is insurable. Charles Scott's interest in the family home and its contents is similar in many respects to the interests of a husband in his wife's property.

I cannot accept this submission. It seems disingenuous on the part of the insurer to submit that the interest of the infant son is inseparable from that of the parents. The long line of cases in which the result turns on whether interests are joint or several presumably deal, it may be safely conjectured, with named insured: i.e., those parties to the contract who would each have a right to share in, or be named as a payee for the loss of the family home. It is when these conditions prevail that it is appropriate to speak of individual and "inseparably connected" interests in the whole of the property insured.

But here the infant Charles Scott was not insured for the value of the house; his insurable interest was limited to the value of his possessions. True, he had, as the respondents submit, a moral certainty of benefit from the home and its continued existence, but it is unclear how this translates into a joint or undivided interest in the whole of the property; see in this context *Moraweitz v. Moraweitz* (1986), 18 C.C.L.I. 108 (Ont. C.A.) The comparison the respondents tried to make between this situation and that of the shareholder in *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada*, *supra*, is completely untenable.

The extravagance of the respondent insurer's proposition becomes clear if one speculates on its reaction if a fire had destroyed the house and the insurer, on agreeing to indemnify the named insured, had been presented with a claim by the infant son to the effect that he should be treated

Voici comment la cour a résumé cet argument (aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] Habitant avec les intimés, le fils avait l'usage et la jouissance de la maison familiale et de son contenu. Il bénéficiait de l'existence continue de ces biens. De façon générale, quiconque est placé dans une situation telle qu'il subira un préjudice en conséquence immédiate du dommage ou de la destruction occasionnés à des biens possède un intérêt assurable dans ceux-ci. La nature précise de cet intérêt importe peu. Tout intérêt dans des biens, qu'il soit en *common law*, en *equity* ou à titre bénéficiaire et, si petit soit-il, est assurable. L'intérêt qu'avait Charles Scott dans la maison familiale et dans son contenu est analogue, à plusieurs égards, aux intérêts qu'a un mari dans les biens de sa femme.

Je ne puis accepter cette prétention. Il semble spécieux de la part de l'assureur de soutenir que l'intérêt de l'enfant mineur est inséparable de celui de ses parents. On peut présumer que les nombreuses décisions dont l'issue dépendait de la nature conjointe ou individuelle des intérêts en présence, concernaient des assurés désignés, c'est-à-dire les parties au contrat qui avaient chacune le droit de recevoir une partie de l'indemnité ou d'être désignées comme bénéficiaires pour la perte de la maison familiale. C'est dans ces conditions qu'il convient de parler d'intérêts individuels et «inséparablement liés» dans l'ensemble des biens assurés.

Mais en l'espèce, le mineur Charles Scott n'était pas assuré pour la valeur de la maison; son intérêt assurable se limitait à la valeur de ses propres biens. Bien sûr, comme le prétend l'intimée, il avait la certitude morale de retirer un bénéfice de la maison et de son existence continue, mais cela n'explique pas comment cela se traduirait en un intérêt conjoint ou indivis dans la totalité des biens; voir à cet égard *Moraweitz v. Moraweitz* (1986), 18 C.C.L.I. 108 (C.A. Ont.) La comparaison que l'intimée a tenté d'établir entre la présente situation et celle de l'actionnaire dans l'arrêt *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co. of Canada*, précité, est tout à fait insoutenable.

L'extravagance de l'argumentation de l'assureur intimé devient manifeste lorsqu'on tente d'évaluer quelle serait sa réaction si, ayant accepté d'indemniser l'assuré désigné pour la destruction de sa maison par le feu, il avait reçu une demande d'indemnité de la part du fils mineur, lequel exige-

pari passu with the named insured with regard to the value of the whole property. The insurer would have beyond question answered this claim with the irrefragable observation: "But you are not jointly insured and your interests are not inseparably connected to those of the named insured as far as the whole property is concerned. Your interest is separate and limited to the value of your possessions. You may only recover for them." It is not credible to posit that the son's interests be separate in one context, and joint and inseparably connected in another.

Thus the fact that the son might have an interest in the family home becomes irrelevant. He simply did not insure that interest. Nor is he deriving any benefit from the family home that he would not otherwise have enjoyed. Apart from this, to sacrifice the interests of the parents—the major interest under the policy—to the desire to punish their child for his wrongful act would be nothing short of draconian. The desire to prevent wrongdoing by an insured should not be allowed to extend to the punishment of the innocent. The insurer cannot be totally unmindful of this. They did not modify the clause following the *Rankin* case, *supra*, as one would have expected them to do had they thought this was the proper approach.

In conclusion on this point, even were this Court prepared to eschew the modern approach and to hold that the form of ownership of the property was determinative of the question whether the act of one insured be imputed to an innocent co-insured, the interest of the infant should not be viewed as inseparably connected with those of the named insured.

Conclusion

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial with costs throughout.

rait d'être traité sur un pied d'égalité avec l'assuré désigné quant à la valeur de l'ensemble des biens. L'assureur lui aurait sans nul doute répondu de façon péremptoire: «Mais vous n'êtes pas assuré conjointement et vos intérêts ne sont pas liés inséparablement à ceux de l'assuré désigné, pour ce qui est de l'ensemble des biens. Votre intérêt est distinct et limité à la valeur de vos propres biens. Vous ne pouvez donc être indemnisé que pour ces derniers.» Or, il serait impensable de soutenir que le fils a des intérêts distincts dans un contexte, et des intérêts conjoints et inséparables dans un autre.

Ainsi, le fait que le fils ait pu avoir un intérêt dans la maison familiale n'est plus pertinent: il n'a tout simplement pas assuré cet intérêt. Il ne tire pas non plus de la maison familiale un avantage dont il n'aurait pas bénéficié autrement. Qui plus est, le fait de sacrifier les intérêts des parents—qui sont les intérêts principaux aux termes de la police—au désir de punir leur enfant pour la faute qu'il a commise serait pour le moins draconien. La volonté de prévenir un acte délictueux d'un assuré ne devrait pas aller jusqu'à punir un innocent. L'assureur ne peut être totalement indifférent à ce résultat. La clause n'a d'ailleurs pas été modifiée à la suite de l'arrêt *Rankin*, précité, comme on aurait pu s'y attendre de la part des assureurs s'ils avaient pensé qu'une telle mesure s'imposait.

Pour conclure à ce sujet, même si cette Cour était prête à renoncer au point de vue moderne et à statuer que le mode de propriété des biens était déterminant pour savoir si l'acte d'un assuré pouvait être imputé à un coassuré innocent, l'intérêt de l'enfant mineur ne devrait pas être considéré comme inséparablement lié à ceux de l'assuré désigné.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens dans toutes les cours.

The judgment of McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The appellants were the holders of a valid and in force insurance policy with the respondent insurance company. On March 29, 1983, Charles Scott, the fifteen-year-old son of appellant Cecil Scott, deliberately set fire to the insured premises. The appellants, who were not in any way implicated in the setting of the fire, filed a Proof of Loss with the respondent company. Their insurance claim was denied.

The clause of the insurance policy which is at issue in this case reads as follows:

LOSSES EXCLUDED

This policy does not insure:

. . .

(d) loss or damage caused by a criminal or wilful act or omission of the Insured or of any person whose property is insured hereunder;

The policy defines the "Insured" in the following manner:

The unqualified word "Insured" includes (1) The Named Insured, (2) if residents of his household, his spouse, the relatives of either, and any other person under the age of 21 in the care of an Insured.

The issue in this case is whether Charles Scott, the son of appellant Cecil Scott, is included within this definition of the "Insured", such that the loss incurred is excluded from compensation by the above cited exception clause.

At first instance, the chambers judge held that the definition of "Insured" did not include Charles Scott: (1984), 58 B.C.L.R. 6. Wood J. found that the loss suffered by the appellants affected their joint interest in the home and its contents. This loss, according to Wood J. was "clearly distinct and separable from any loss which their son may have suffered in the same fire." Because of these separate interests, the loss suffered by the appellants was not affected by the exception clause in the policy.

In reaching his conclusions, Wood J. relied upon the judgment of the Ontario Court of Appeal in

Le jugement des juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Les appelants détenaient un contrat d'assurance-incendie émis par l'assureur intimé. Le 29 mars 1983, alors que le contrat était en vigueur, Charles Scott, âgé de 15 ans, le fils de l'appelant Cecil Scott mit délibérément le feu à la maison assurée. Les appelants, qui n'étaient en aucune façon impliqués dans cet incident, ont transmis une preuve de perte à l'assureur intimé. Leur réclamation a été rejetée.

La clause du contrat d'assurance à l'origine du présent litige stipule:

[TRADUCTION] PERTES EXCLUES

La présente police ne couvre pas:

. . .

d) la perte ou le dommage causés par un acte ou une omission criminels ou délibérés de l'Assuré ou de toute personne dont les biens sont assurés par les présentes;

Le contrat définit le mot «Assuré» comme suit:

[TRADUCTION] Le mot «Assuré», employé seul, désigne (1) l'Assuré nommément désigné et (2) s'ils habitent chez lui, son conjoint, tout parent de l'un ou de l'autre et toute autre personne, âgée de moins de 21 ans, dont un Assuré a la garde.

Le présent litige soulève la question de savoir si Charles Scott, le fils de l'appelant Cecil Scott, est visé par la définition d'«Assuré», et si la perte subie est exclue en application de la clause d'exclusion précitée.

Le juge de première instance a décidé que cette définition d'«Assuré» n'incluait pas Charles Scott: (1984), 58 B.C.L.R. 6. Le juge Wood a estimé que la perte subie par les appelants a affecté leur intérêt commun dans la maison et son contenu. Cette perte, selon le juge Wood, était [TRADUCTION] «nettement distincte et indépendante de la perte que leur fils avait pu subir suite au même feu». Vu ces intérêts séparés, la perte subie par les appelants n'était pas visée par la clause d'exclusion du contrat d'assurance.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Wood s'est appuyé sur l'arrêt de la Cour d'appel de

Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co. (1979), 100 D.L.R. (3d) 564. The clauses at issue in the policy in *Rankin* were identical to those in this case. In *Rankin*, Weatherston J.A., writing for the Court, held at p. 570:

> Applying the principles above stated, it is my opinion that the word "Insured" in the exception clause means, where as here more than one person is insured, the person who is making a claim under the policy. In the present case, the son was separately insured for his own personal effects, but had no interest in the house or the contents owned by the appellants for which loss was proved. The appellants are not affected, in respect of their interests, by the wrongful act of their son.

The Court of Appeal in *Rankin* arrived at this conclusion by relying upon the *obiter dictum* of Viscount Cave in *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431 (H.L.) In discussing whether the interest of a mortgagee was defeated by the wrongful act of an owner, Viscount Cave observed, at pp. 445-46:

> It may well be that, when two persons are jointly insured and their interests are inseparably connected so that a loss or gain necessarily affects them both, the misconduct of one is sufficient to contaminate the whole insurance: Phillips on Marine Insurance, vol. i., § 235. But in this case there is no difficulty in separating the interest of the mortgagee from that of the owner; and if the mortgagee should recover on the policy, the owner will not be advantaged, as the insurers will be subrogated as against him to the rights of the mortgagee. In such a case the "assured" referred to in s. 55. sub-s. 2, is the particular assured to whom it is sought to make the insurer liable.

Wood J. relied heavily upon this dictum. He gave it the following interpretation at p. 10:

> ... where more than one person was the beneficiary under a policy of insurance and the insured interests of each were separate and distinct, a proper construction of such an exception provision has the result that the wrongful act of one will not serve to defeat a claim for indemnification brought by the others who had no complicity in that wrongful act.

Wood J. also discussed the case of *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981]

l'Ontario *Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 564. Les clauses en litige dans l'affaire *Rankin* étaient identiques à celles qui se retrouvent ici. Dans *Rankin*, le juge Weatherston, au nom de la Cour, a écrit à la p. 570:

> [TRADUCTION] Appliquant les principes ci-dessus mentionnés, j'estime que le mot «Assuré» dans la clause d'exclusion désigne, lorsque comme dans le cas présent plus d'une personne est assurée, la personne qui effectue la réclamation en vertu du contrat d'assurance. Dans la présente instance, le fils était assuré séparément pour ses effets personnels mais il n'avait aucun intérêt dans la maison ou dans son contenu dont ses parents étaient propriétaires et pour lesquels la perte a été prouvée. Les appelants ne sont pas affectés, en ce qui concerne leurs intérêts, par la faute de leur fils.

Dans l'affaire *Rankin*, la Cour d'appel s'est elle-même appuyée sur une remarque *obiter* du vicomte Cave dans *P. Samuel & Co. v. Dumas*, [1924] A.C. 431 (H.L.) Considérant la question de savoir si l'intérêt d'un créancier hypothécaire était affecté par la faute du propriétaire, le vicomte Cave écrivait aux pp. 445 et 446:

> [TRADUCTION] Il se peut fort bien que, lorsque deux personnes sont assurées conjointement et que leurs intérêts sont si intimement liés qu'une perte ou un gain les touche nécessairement toutes deux, la faute de l'une suffise à vicier entièrement l'assurance: Phillips on Marine Insurance, vol. i, § 235. Mais, en l'espèce, il n'y a aucune difficulté à distinguer l'intérêt du créancier hypothécaire de celui du propriétaire; et si le créancier hypothécaire devait être indemnisé en vertu de la police, le propriétaire ne serait pas avantagé puisque les assureurs seraient subrogés contre lui dans les droits du créancier hypothécaire. En pareil cas, «l'assuré» visé au par. 55(2), est l'assuré particulier envers lequel on cherche à obtenir la garantie de l'assureur.

Le juge Wood s'est appuyé sur cet *obiter* et l'a interprété de la façon suivante à la p. 10:

> [TRADUCTION] ... lorsque plus d'une personne est bénéficiaire en vertu d'une police d'assurance et l'intérêt de chaque assuré est distinct et indépendant, correctement interprétée, la clause d'exclusion a pour résultat que la faute de l'une d'elles ne peut faire obstacle à la réclamation des autres personnes qui n'ont pas participé à la faute.

Le juge Wood a aussi considéré l'arrêt *Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada*, [1981]

I.L.R. ¶ 1-1423. In that case, a fire was started by the wife of the insured owner of the damaged house. McEachern C.J. of the British Columbia Supreme Court declined to follow *Rankin*, *supra*. He held that the wife had an occupier's and a user's interest in the home and an ownership interest in some of the damaged property. As such, the loss was excluded by the clause in the contract. Wood J. distinguished this case on the facts. He found that in *Rankin* the interests of the son and his parents were separate and distinct, while in *Wiens*, the court had found the interests of the husband and wife to be inseparable.

The Court of Appeal of British Columbia (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56 reversed the decision of Wood J. It is the appeal from this reversal which is before us.

In my view, the terms of the insurance policy are perfectly clear and unambiguous. The policy does not cover the type of risk which occasioned this loss. Such risk was specifically excluded. The wording of the exclusion clause for the purposes of the present case is unambiguous, as is the definition of "Insured". I am in complete agreement with the statement of Macdonald J.A., writing for the Court of Appeal, at p. 62, that:

> In the case at bar the policy does not insure "loss or damage caused by a criminal or wilful act or omission of the Insured or of any person whose property is insured hereunder". Clearly Charles Scott falls within the definition of "Insured" which I quoted earlier. He was a resident of the household and a relative of a named insured. And he was an "other person under the age of 21 in the care of an Insured".
>
> It is unnecessary to decide whether the indemnification obligation is joint or several. The exclusionary clause is unambiguous. Assuming the position more favourable to the respondents [here appellants], that it is several, the exclusionary clause bars recovery where the loss is caused by a wilful act of the insured. This clause is therefore fatal to the respondent's [here appellant] claim. *Rankin* is right in point. The exclusion clause in that case was in the same language as provision (d). It

I.L.R. ¶ 1-1423. Dans cette affaire, l'épouse du propriétaire assuré d'une maison endommagée par le feu était elle-même l'auteur du feu. Le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé d'appliquer l'arrêt *Rankin*, précité. Il a décidé que l'épouse avait un intérêt d'occupation et d'utilisation de la maison ainsi qu'un intérêt à titre de propriétaire d'une partie des biens endommagés. La perte, comme telle, était visée par la clause d'exclusion du contrat d'assurance. Le juge Wood distingua les faits de l'affaire *Rankin*. Il estima que dans *Rankin* l'intérêt du fils et de ses parents étaient distincts et indépendants, tandis que dans *Wiens*, la cour avait déterminé que les intérêts du mari et de son épouse étaient inséparables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 56 a infirmé la décision du juge Wood, d'où le pourvoi dont nous sommes saisis.

À mon avis, les termes du contrat d'assurance sont clairs et ne présentent aucune ambiguïté. Le contrat ne couvre pas un risque tel que celui qui a causé la perte en l'espèce. Ce risque a spécifiquement été exclu. Le libellé de la clause d'exclusion, pour les fins de la présente instance, est dénué de toute ambiguïté comme l'est la définition d'«Assuré». Je suis tout à fait d'accord avec ce passage de l'opinion du juge Macdonald qui rend le jugement de la Cour d'appel à la p. 62:

> [TRADUCTION] Dans la présente instance, le contrat d'assurance n'assure pas la «perte ou le dommage causé par un acte ou une omission criminels ou délibérés de l'Assuré ou de toute personne dont les biens sont assurés par les présentes.» De toute évidence, Charles Scott est couvert par la définition d'«Assuré» que j'ai citée plus haut. Il résidait dans la maison et était un parent de l'assuré désigné. Il était aussi une «autre personne, âgée de moins de 21 ans, dont un Assuré a la garde».
>
> Il n'est pas nécessaire de décider si l'obligation d'indemniser était conjointe ou individuelle. La clause d'exclusion n'est pas ambiguë. Même dans l'hypothèse la plus favorable aux intimés [ici appelants] soit que cette obligation est individuelle, la clause d'exclusion constitue une fin de non-recevoir lorsque la perte résulte du geste délibéré de l'assuré. Cette clause s'oppose péremptoirement à la réclamation des intimés [ici appelants]. Les circonstances de l'affaire *Rankin* sont identiques. La

follows that, in my opinion, *Rankin* should not be followed.

In this particular case, the plain meaning of the clause at issue is given additional support by another term of the policy itself:

PERILS INSURED AGAINST

The Insurance provided by Section I of this Policy is against direct loss or damage caused by the following perils, as defined and limited:

. . .

13. VANDALISM OR MALICIOUS ACTS: There is no liability for loss or damage

. . .

(c) caused by the Insured's spouse or any member of the same household.

It is clear that the policy does not cover damage caused to the insured premises by either the insured or by members of his household.

The appellants have placed great emphasis upon the contention that the infant Charles Scott had an insurable interest only in his own property and not in the remainder of the family home and its contents. Their argument is based upon the premise that an "Insured" must have an insurable interest. According to the appellants, if the interest of Charles Scott is not the same as theirs, then Charles Scott is not an "Insured" for the purposes of the appellants' claim, regardless of the wording of the contract definition.

In their factum, the appellants rely on the definition of insurable interest found in *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] S.C.R. 133. In *Aqua-Land*, this Court adopted, at p. 140, the following statement on what constituted an insurable interest from *MacGillivray on Insurance Law* (5th ed. 1961), vol. 1:

Insurable interest in property is not confined to the absolute legal ownership. Generally, any person who is so situated that he will suffer loss as the proximate result of damage to or destruction of the property has an insurable interest in it. But there must be some direct

clause d'exclusion dans cette affaire est identique à la clause (d). Par conséquent, à mon avis, *Rankin* ne doit pas être suivi.

Dans la présente espèce, le sens ordinaire que revêt la clause en litige est renforcé par une autre clause de la police:

[TRADUCTION]

RISQUES ASSURÉS

L'Assurance garantie par la Section I de la présente police couvre la perte et les dommages causés par les risques suivants, tels que définis et restreints:

. . .

13. ACTES DE VANDALISME OU ACTES MALVEILLANTS. Il n'y a pas de garantie pour la perte ou les dommages

. . .

c) causés par le conjoint de l'Assuré ou un membre de la même maison.

De toute évidence, la police ne couvre pas les dommages causés aux lieux assurés tant par l'assuré que par les membres de sa maison.

Cependant, les appelants ont soutenu avec emphase que leur fils Charles Scott a un intérêt assurable uniquement dans ses propres biens et non dans le reste de la maison familiale et son contenu. Ils fondent leur prétention sur la prémisse qu'un «Assuré» doit avoir un intérêt assurable. Selon eux, si l'intérêt de Charles Scott n'est pas le même que le leur, alors Charles Scott n'est pas un «Assuré» pour les fins de la réclamation des appelants, peu importe les termes de la définition figurant au contrat.

Dans leur mémoire, les appelants se fondent sur la définition de l'intérêt assurable que donne l'arrêt *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] R.C.S. 133. Dans cet arrêt, notre Cour a adopté, à la p. 140, la déclaration suivante tirée de *MacGillivray on Insurance Law* (5e éd. 1961), vol. 1, sur ce qui constitue un intérêt assurable:

[TRADUCTION] L'intérêt assurable dans des biens n'est pas restreint à la propriété absolue en *common law*. De façon générale, quiconque est dans une situation telle qu'il subira un préjudice en conséquence immédiate du dommage ou de la destruction occasionnés à des biens

relationship to the property itself, for otherwise the interest is too remote and therefore not insurable.

A broader definition of insurable interest has subsequently been formulated by Wilson J., for the majority of this Court, in *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, where she writes, at p. 30:

> To "have a moral certainty of advantage or benefit, but for those risks or dangers", or "to be so circumstanced with respect to [the subject matter of the insurance] as to have benefit from its existence, prejudice from its destruction" is to have an insurable interest in it.

In my view, even if we were to accept the more narrow definition suggested by the appellants, it would be impossible to say that the insurable interest of the infant Charles Scott was limited to his personal possessions. He had a direct relationship to the family home and its contents, since they were his source of accommodation and support. To apply the analysis in *Kosmopolous*, *supra*, Charles Scott had occupation, use and enjoyment of the family home. He received a benefit from its existence. As a dependent living in that home, he suffered a direct prejudice when it was destroyed by fire. The interests of parent and child in this case, to borrow the words of Viscount Cave in his dictum in *Dumas*, *supra*, "are inseparably connected so that a loss or gain necessarily affects them both, the misconduct of one is sufficient to contaminate the whole insurance".

Were I convinced that a different interpretation would advance the true intent of the parties, I would gladly subscribe to it. However, when the wording of a contract is unambiguous, as in my view it is in this case, courts should not give it a meaning different from that which is expressed by its clear terms, unless the contract is unreasonable or has an effect contrary to the intention of the parties. In the present case, the policy of insurance excludes liability of the insurer for damage caused by the criminal or wilful acts of the insured. The definition of "Insured" clearly includes the minor children living in the home. It may well be that

possède un intérêt assurable dans ceux-ci. Mais il doit y avoir un lien direct quelconque avec les biens eux-mêmes, sinon l'intérêt est trop éloigné et n'est donc pas assurable.

Dans l'arrêt *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, le juge Wilson, au nom de notre Cour à la majorité, a formulé subséquemment une définition plus large de l'intérêt assurable. Elle écrit à la p. 30:

> Avoir «une certitude morale [de] retirer un avantage ou un bénéfice» «abstraction faite de ces risques ou dangers» ou «être à l'égard [de la chose assurée] dans une situation où l'on bénéficiera de son existence et où l'on subira un préjudice si elle est détruite» signifie avoir un intérêt assurable dans la chose en question.

À mon avis, même si nous devions accepter la définition plus étroite que proposent les appelants, il serait impossible de soutenir que l'intérêt assurable du mineur, Charles Scott, était limité à ses propres biens. Ce dernier entretenait un lien direct avec la maison familiale et son contenu, puisqu'il y trouvait logement et soutien. Pour reprendre l'analyse faite dans l'arrêt *Kosmopoulos*, précité, Charles Scott avait l'occupation, l'usage et la jouissance de la maison familiale. Il retirait un bénéfice de son existence. En tant que personne à charge vivant dans cette maison, il a subi un préjudice direct en raison de l'incendie. Les intérêts des parents et de l'enfant sont en l'espèce, selon l'*obiter* du vicomte Cave dans l'arrêt *Dumas*, précité, «si intimement liés qu'une perte ou un gain [...] touche nécessairement [les deux parties], la faute de l'une [suffisant] à vicier entièrement l'assurance».

Si une interprétation différente traduisait l'intention véritable des parties, j'y souscrirais volontiers. Cependant, lorsque les termes d'un contrat ne sont pas ambigus, ce qui à mon avis est le cas en l'espèce, les tribunaux ne doivent pas leur donner une interprétation autre que celle qui est clairement exprimée par le libellé, à moins que cette interprétation ne soit déraisonnable ou contraire à l'intention des parties. Le contrat exclut en l'espèce la responsabilité de l'assureur pour tout dommage causé par un acte criminel ou délibéré d'un assuré. La définition d'«Assuré» vise indéniablement les enfants mineurs vivant sous son toit. Il se

insurance companies do not wish to pay for the delinquency of teenagers within the home. I do not see how they could word their policy to exclude such a risk other than by the precise terms used in this policy.

Given the facts of the case, the exclusion clause, and the definition of insured contained in the policy, the damages suffered by the appellants in this case are clearly excluded. I cannot think of any words which could more clearly exclude coverage in these circumstances than those used in the policy.

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, DICKSON C.J. *and* LA FOREST *and* SOPINKA JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Mair Janowsky Blair, Kamloops.

Solicitors for the respondent: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

peut fort bien que les compagnies d'assurances ne veuillent pas payer pour la délinquance des adolescents au foyer. Je ne puis voir comment elles pourraient formuler leurs contrats d'assurance pour exclure pareil risque autrement qu'en recourant précisément aux termes utilisés dans la présente police.

Étant donné les faits de l'espèce, la clause d'exclusion et la définition de l'assuré figurant dans la police, les dommages qu'ont subis les appelants sont manifestement exclus. Je ne puis concevoir de termes plus clairs que ceux employés dans le présent contrat d'assurance pour exclure ce genre de couverture.

Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef DICKSON *et les juges* LA FOREST *et* SOPINKA *sont dissidents.*

Procureurs des appelants: Mair Janowsky Blair, Kamloops.

Procureurs de l'intimée: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

United States of America *Appellant*

v.

Frank Santo Cotroni *Respondent*

and between

United States of America *Appellant*

v.

Samir El Zein *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA *v.* COTRONI; UNITED STATES OF AMERICA *v.* EL ZEIN

File Nos: 20035, 20036.

*1988: May 5.

*Present: Beetz, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

**Re-hearing: 1989: February 22, 23; 1989: June 8.

**Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right of Canadian citizen to remain in Canada — Extradition — Conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada — Actions of accused taking place in Canada — Offence existing under both U.S. law and Canadian law — Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain in Canada — If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).

Extradition — Canadian citizens involved in conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada — Actions of accused taking place in Canada — Offence existing under both U.S. law and Canadian law — Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain in Canada — If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter.

Appellants are Canadian citizens who were arrested in Canada for separate offences pursuant to warrants issued under the *Extradition Act* and the Extradition Treaty between Canada and the United States. Both were alleged to have participated in a conspiracy to import and distribute heroin in the United States; El

États-Unis d'Amérique *Appelant*

c.

Frank Santo Cotroni *Intimé*

et entre

États-Unis d'Amérique *Appelant*

c.

Samir El Zein *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* COTRONI; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* EL ZEIN

N^os du greffe: 20035, 20036.

*1988: 5 mai.

*Présents: Les juges Beetz, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

**Nouvelle audition: 1989: 22, 23 février; 1989: 8 juin.

**Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada — Extradition — Complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada — Actes des accusés accomplis au Canada — Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien — L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? — Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).

Extradition — Citoyens canadiens impliqués dans un complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada — Actes des accusés accomplis au Canada — Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien — L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? — Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Les appelants sont des citoyens canadiens qui ont été arrêtés au Canada relativement à des infractions distinctes, en vertu de mandats décernés conformément à la *Loi sur l'extradition* et au Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis. On allègue qu'ils ont tous les deux participé à un complot en vue d'importer et de

Zein was also alleged to have imported heroin into the United States. The appellants' actions which related to the alleged offences took place when they were in Canada and appellants could have been tried under Canadian law. The United States sought extradition, committal for extradition was ordered in each case and applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid were dismissed. The Quebec Court of Appeal quashed the committals. The constitutional questions before this Court queried (1) whether the surrender of a Canadian citizen to a foreign state constituted an infringement of the s. 6(1) *Charter* right to remain in Canada and, (2) if so, whether surrender here constituted a reasonable limit on that right under s. 1.

Held (Wilson and Sopinka JJ. dissenting): The appeals should be allowed; both constitutional questions should be answered in the affirmative.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The extradition of a Canadian citizen *prima facie* infringes the citizen's right to remain in Canada as guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*—a right to be interfered with only if justified as being required to meet a reasonable state purpose. This *Charter* right would have been drafted differently if it were to include only protection from expulsion and banishment or exile. Its central thrust, nevertheless, is against exile and banishment for the purpose of excluding membership in the national community. Extradition is not directed to that purpose and lies at the outer edges of the core values being protected by the provision.

The objectives underlying extradition are pressing and substantial and are sufficiently important to make it a reasonable limit—within the meaning of s. 1 and assuming the other requirements of s. 1 are met—to the *Charter* right set out in s. 6(1). The investigation, prosecution and suppression of crime for the protection of the citizen and the maintenance of peace and public order is an important goal of all organized societies. The pursuit of that goal cannot realistically be confined within national boundaries. The objectives of extradition go beyond that of suppressing crime, *simpliciter*, and include bringing fugitives to justice for the proper determination of their guilt or innocence in a proper hearing.

faire le trafic de l'héroïne aux États-Unis; El Zein aurait également importé de l'héroïne aux États-Unis. Les actes des appelants relatifs aux infractions reprochées ont été accomplis pendant qu'ils se trouvaient au Canada et les appelants auraient pu être jugés sous le régime de la loi canadienne. Les États-Unis ont fait une demande d'extradition, l'incarcération en vue de l'extradition a été ordonnée dans chaque cas et des demandes de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ont été rejetées. La Cour d'appel du Québec a annulé les ordonnances d'incarcération. Les questions constitutionnelles dont est saisie cette Cour sont de savoir (1) si l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation du droit énoncé au par. 6(1) de la *Charte* de demeurer au Canada, et (2), dans l'affirmative, si l'extradition en l'espèce constitue une limite raisonnable imposée à ce droit, au sens de l'article premier.

Arrêt (les juges Wilson et Sopinka sont dissidents): Les pourvois sont accueillis; les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: L'extradition d'un citoyen canadien viole à première vue le droit de demeurer au Canada que garantit à ce dernier le par. 6(1) de la *Charte*, lequel droit ne peut être violé que si cette violation est justifiée comme étant nécessaire pour réaliser un objectif raisonnable de l'État. Ce droit garanti par la *Charte* aurait été formulé différemment si on avait voulu qu'il protège seulement contre l'expulsion, le bannissement ou l'exil. Néanmoins, il vise à protéger contre l'exil et le bannissement qui ont pour objet l'exclusion de la participation à la communauté nationale. L'extradition ne vise pas cet objet et se situe à la limite des valeurs fondamentales que protège cette disposition.

Les objectifs qui sous-tendent l'extradition constituent des préoccupations urgentes et réelles et sont suffisamment importants pour en faire une limite raisonnable—au sens de l'article premier, à supposer que les autres exigences de l'article premier sont respectées—imposée au droit énoncé au par. 6(1) de la *Charte*. Les enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l'ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l'intérieur des frontières nationales. Les objectifs de l'extradition vont au-delà de la simple répression du crime et comprennent la citation en justice des fugitifs afin de déterminer leur culpabilité ou leur innocence dans le cadre d'un procès équitable.

An extradition may be rationally connected to the objectives underlying extradition notwithstanding the fact that Canada has sufficient interest to prosecute for the same acts. It is often better that a crime be prosecuted where its harmful impact is felt and where the witnesses and the persons most interested in bringing the criminal to justice reside.

The *Oakes* test should not be applied in an overly rigid and mechanistic fashion: the language of the *Charter* invites a measure of flexibility. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be achieved by the legislature.

Extradition impairs the right under s. 6(1) as little as is reasonably possible. Extradition practices have been tailored as much as possible for the protection of the liberty of the individual and accord the same kinds of rights (though in a necessarily attenuated form) as are afforded to an accused under ss. 7 and 11 of the *Charter*. The important and substantial objectives which underlie extradition and which are essential to the maintenance of a free and democratic society warrant this somewhat peripheral *Charter* infringement.

In the case at bar, respondents were physically present in Canada when they allegedly participated in the transactions in respect of which they stand charged. These alleged transactions, however, were of a transnational nature. While continued physical presence in Canada may be relevant under ss. 1 and 6 of the *Charter*, the locus of wrongdoing is not. The right to remain in Canada, furthermore, is not more affected by the alleged crime's being committed outside Canada as opposed to inside Canada.

A general exception for a Canadian citizen who could be charged in Canada would unduly interfere with the objectives of extradition. Considerations relating to effective prosecution, the availability of evidence, initiative for investigation and to the impossibly difficult task of determining the country best suited to try the case by judicial examination, go beyond mere administrative convenience and touch the very purpose underlying extradition. In particular, the interests of society in bringing a fugitive to justice at a trial where his or her guilt or innocence can be properly determined would be seriously impaired. Such an approach, moreover, would weaken the system generally, and so the objectives it serves, by sapping the trust and good faith that must

Une extradition peut avoir un lien rationnel avec les objectifs qui la sous-tendent, nonobstant le fait que le Canada a un intérêt suffisant pour intenter des poursuites relatives aux mêmes actes. Il est souvent préférable qu'un crime fasse l'objet de poursuites là où ses effets préjudiciables se font sentir et là où résident les témoins et les personnes les plus intéressées à faire traduire le criminel en justice.

Le critère de l'arrêt *Oakes* ne doit pas être appliqué de manière trop rigide et mécaniste: le langage de la *Charte* favorise une certaine souplesse. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

L'extradition viole le moins qu'il est raisonnablement possible de le faire le droit garanti par le par. 6(1). Les pratiques d'extradition ont été façonnées autant que possible pour la protection de la liberté de l'individu et elles accordent les mêmes genres de droits (quoique sous une forme nécessairement atténuée) que ceux accordés à un accusé en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte*. Les objectifs importants et réels qui sous-tendent l'extradition et qui sont essentiels au maintien d'une société libre et démocratique justifient cette violation quelque peu mineure de la *Charte*.

En l'espèce, les intimés étaient physiquement présents au Canada lorsqu'ils auraient participé aux opérations pour lesquelles ils font maintenant face à des accusations. Cependant, les opérations qu'ils auraient effectuées étaient de nature transnationale. Bien que la présence physique continue au Canada puisse être pertinente sous le régime de l'article premier et de l'art. 6 de la *Charte*, le lieu du méfait ne l'est pas. De plus, le droit de demeurer au Canada n'est pas plus touché par le crime qui aurait été commis à l'extérieur du Canada que par celui qui l'aurait été à l'intérieur du Canada.

Une exception générale dont bénéficierait un citoyen canadien qui pourrait être accusé au Canada porterait atteinte indûment aux objectifs du système d'extradition. Les considérations relatives à l'efficacité des poursuites, à la disponibilité d'éléments de preuve, à l'instigation d'une enquête et à la tâche impossible de déterminer quel pays est le mieux en mesure d'instruire l'affaire en justice, vont au-delà de la simple commodité administrative et touchent à l'objet même de l'extradition. En particulier, il y aurait atteinte grave à l'intérêt qu'a la société à ce qu'un fugitif soit traduit en justice dans le cadre d'un procès où il sera possible de déterminer régulièrement sa culpabilité ou son innocence. En outre, ce point de vue affaiblirait le système en général,

exist between nations and their officials and law enforcement agencies at many levels.

Justification for the limitation of the right under s. 1 is not vitiated by the fact that the question of whether or not extradition will take place is left to the discretion of the Attorney General of Canada or of a province. The principal discretion involved is whether or not to prosecute and the reasons justifying that discretion underlie the discretion of deciding whether or not a Canadian should be prosecuted in Canada or abroad. In exercising this discretion, a citizen's s. 6(1) rights must be given due weight. In practice, the decision whether to prosecute or not to prosecute in this country and allow the authorities in another country to seek extradition, is made following consultations between the appropriate authorities in the two countries when various factors, including nationality, are considered in weighing the interests of the two countries in the prosecution.

The executive discretion to surrender was of little relevance here.

Per Wilson J. (dissenting): Section 6(1) of the *Charter* was designed to protect the right of a Canadian citizen to choose of his own volition to enter, remain in or leave Canada. The language of s. 6(1) is clear and unambiguous. Had it been the intention that s. 6(1) address only a citizen's right not to be exiled or banished, the section would have been framed in more specific terms.

The locus of the wrongdoing is very relevant in any attempt to justify extradition as a reasonable limit on a Canadian citizen's right to remain in Canada. It is often the key factor connecting the accused to the requesting state. The right of a citizen to remain in Canada need not be violated when the crime has been committed by a Canadian in Canada and is punishable by Canadian law. He can be brought to justice right here. It is otherwise when the crime has been committed in the requesting state. The argument for extradition being a reasonable limit under s. 1 is clearly much stronger in the latter case. More persuasive reasons than convenience of prosecution are required to justify the violation of a right expressly guaranteed to Canadian citizens in the *Charter*. This *Charter* right is not a trivial one nor can its breach be viewed as peripheral.

et par le fait même les objectifs qu'il sert, en minant la confiance et la bonne foi qui doivent exister entre les nations et leurs représentants et les organismes chargés d'appliquer la loi à maints paliers.

La justification, en vertu de l'article premier, de la limite imposée au droit en question n'est pas compromise par le fait que la question de savoir si l'extradition sera réalisée ou non relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général du Canada ou d'une province. Le principal pouvoir discrétionnaire en cause est celui de poursuivre ou de ne pas poursuivre et les motifs qui justifient ce pouvoir discrétionnaire sous-tendent également l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de décider si un Canadien doit être poursuivi au Canada ou à l'étranger. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, il faut accorder leur pleine valeur aux droits que le par. 6(1) confère aux citoyens. En pratique, la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre au Canada et de permettre aux autorités d'un autre pays de demander l'extradition est prise après consultation entre les autorités compétentes des deux pays, lorsque divers facteurs, dont la nationalité, sont pris en considération en évaluant les intérêts qu'ont les deux pays à poursuivre.

Le pouvoir discrétionnaire d'extradition que peut exercer l'exécutif n'a pas beaucoup d'importance ici.

Le juge Wilson (dissidente): Le paragraphe 6(1) de la *Charte* a été conçu pour protéger le droit d'un citoyen canadien de choisir librement de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Le texte du par. 6(1) est clair et net. Si on avait voulu que le par. 6(1) ne vise que le droit d'un citoyen de ne pas être exilé ou banni, ce paragraphe aurait été rédigé en des termes plus précis.

Le lieu du méfait est très pertinent lorsqu'on tente de justifier l'extradition comme étant une limite raisonnable imposée au droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada. Il constitue souvent l'élément clé qui relie l'accusé à l'État requérant. Il n'est pas nécessaire de violer le droit d'un citoyen de demeurer au Canada lorsque le crime a été commis au Canada par un Canadien et est punissable en vertu du droit canadien. Ce dernier peut être traduit en justice sur place. Il en va autrement si le crime a été commis dans l'État qui fait la demande d'extradition. L'argument selon lequel l'extradition constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier est nettement plus solide dans le dernier cas. Il faut des raisons plus convaincantes que la commodité de poursuivre pour justifier la violation d'un droit expressément garanti aux citoyens canadiens par la *Charte*. Ce droit que garantit la *Charte* n'est pas dérisoire non plus qu'il est possible de considérer sa violation comme mineure.

The executive branch of government in exercising its discretionary powers as to whether or not to extradite or whether or not to prosecute is bound by the *Charter*. It has no discretion as to whether or not it will respect guaranteed rights. Its discretion is limited by the *Charter* and not vice versa.

The control of trans-border crime is of sufficiently pressing and substantial concern to warrant a legislative limit on the citizen's right to remain in Canada. The proportionality test, however, was not met. Extradition, while it may be rationally connected in general to the objective of controlling trans-border crime, does not impair the s. 6(1) right "as little as possible" on the particular facts of these appeals. The objective could have been achieved by prosecuting respondents in Canada and so have avoided a contravention of s. 6(1) of the *Charter* entirely. A flexible approach might be taken with respect to proportionality in some cases but careful scrutiny of a legislative scheme should not be abandoned where that scheme directly abridges a guaranteed right, particularly in relation to an aspect of the criminal law.

The comity of nations fostered by extradition would not be adversely affected if extradition were to be denied in cases such as the present.

Per Sopinka J. (dissenting): For the reasons given by Wilson J., extradition of a citizen who can be tried in Canada is not a reasonable limit and extradition in this case would constitute a breach of s. 6(1) which has not been justified under s. 1 of the *Charter*. The implications arising from the majority decision, however, need be expressed.

The infringement of s. 6(1) of the *Charter* resulting from extradition is not peripheral: countries to which a Canadian can be extradited do not recognize the presumption of innocence or the right to remain silent; do not permit bail; have no independent bar; and still retain the death penalty for a number of offences. Any enforceable rules of law designed to protect the citizen make no distinction as to the nature of the requesting state. Further, little protection can be afforded by matters considered at the time of treaty negotiations because many of the treaties are old and the political and legal nature of many states has drastically changed in the interim.

The practice that the decision to extradite is made after consultations between the authorities of Canada and the requesting state is only a practice and is not

Dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires de décider d'extrader ou de poursuivre, l'exécutif du gouvernement est lié par la *Charte*. Il n'a pas le pouvoir discrétionnaire de respecter ou non les droits qu'elle garantit. Son pouvoir discrétionnaire est limité par la *Charte* et le contraire ne saurait être vrai.

La répression du crime transfrontalier constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une limite imposée par un texte de loi au droit d'un citoyen de demeurer au Canada. Cependant, on n'a pas satisfait au critère de proportionnalité. Même si elle peut avoir de manière générale un lien rationnel avec l'objectif de répression du crime transfrontalier, l'extradition ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit garanti par le par. 6(1), compte tenu des faits particuliers des présents pourvois. Cet objectif aurait pu être atteint si on avait poursuivi les intimés au Canada, ce qui aurait ainsi permis d'éviter toute violation de l'art. 6 de la *Charte*. Il serait possible d'adopter dans certains cas une interprétation souple de la proportionnalité, mais il ne faudrait pas délaisser l'examen attentif d'un programme législatif qui restreint directement un droit garanti, particulièrement s'il est lié à un aspect du droit criminel.

La courtoisie entre les nations que favorise l'extradition ne serait pas touchée défavorablement si on devait refuser l'extradition dans des cas comme ceux-ci.

Le juge Sopinka (dissident): Pour les raisons données par le juge Wilson, l'extradition d'un citoyen qui peut être jugé au Canada n'est pas une limite raisonnable et l'extradition constituerait en l'espèce une violation du par. 6(1) non justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cependant, il est nécessaire d'énoncer les conséquences de la décision de la majorité.

La violation du par. 6(1) de la *Charte* qui résulte de l'extradition n'est pas mineure: certains pays vers lesquels un citoyen canadien peut être extradé ne reconnaissent pas la présomption d'innocence ni le droit de garder le silence, ne permettent pas la mise en liberté sous caution, ne disposent pas d'un barreau indépendant et imposent encore la peine capitale. Toutes les règles de droit exécutoires qui visent à protéger le citoyen ne font aucune distinction quant à la nature de l'État qui fait la demande d'extradition. De plus, les questions examinées au moment de la négociation des traités n'offrent que peu de protection puisqu'un bon nombre de ces traités sont anciens et que la nature politique et juridique de maints pays a radicalement changé dans l'intervalle.

La pratique consistant à décider d'extrader après consultation entre les autorités canadiennes et celles du pays qui fait la demande n'est qu'une pratique et elle ne

reviewable unless a discretion was exercised for an improper or arbitrary motive. It is neither a limit prescribed by law nor crafted to lessen the impact of a breach of s. 6(1) and so cannot justify that breach.

A decision to prosecute in Canada will not protect the citizen against extradition unless the treaty confers a discretion in Canada not to extradite its own citizens. This discretion is a political matter. Accordingly, whether a decision to prosecute will avail will depend on the general policy of the Canadian government. This policy is not expressed in any instrument having the force of law.

A law cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecutor not to apply the law where it would result in a violation of the *Charter*. Such discretion is not circumscribed by guidelines enforceable at law.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Brickman v. Federal Republic of Germany*, App. 1, No. 6242/73, C.D. 46; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Budlong*, [1980] 1 All E.R. 701; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Re Burley* (1865), 60 B.F.S.P. 1241; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *United States of America v. Swystun*

peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que si un pouvoir discrétionnaire a été exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires. Il ne s'agit pas d'une limite prescrite par une règle de droit et elle n'est pas conçue pour réduire l'effet d'une violation du par. 6(1), de sorte qu'elle ne saurait justifier une telle violation.

La décision de poursuivre au Canada n'aura pas pour effet de soustraire le citoyen à l'extradition à moins que le traité ne confère au Canada le pouvoir discrétionnaire de ne pas extrader ses propres citoyens. Il s'agit là d'une question de discrétion politique. En conséquence, la question de savoir si une décision de poursuivre sera prise dépendra de la politique générale du gouvernement canadien. Cette politique n'est exprimée dans aucun texte ayant force de loi.

Un texte législatif ne peut être sauvegardé en invoquant le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi s'il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Un tel pouvoir discrétionnaire n'est pas circonscrit par des lignes directrices exécutoires en justice.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Brickman v. Federal Republic of Germany*, App. 1, No. 6242/73, C.D. 46; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Budlong*, [1980] 1 All E.R. 701; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Re Burley* (1865), 60 B.F.S.P. 1241; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *United States of America v. Swystun*

(1987), 50 Man. R. (2d) 129; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

By Sopinka J. (dissenting)

United States of America v. Swystun (1987), 50 Man. R. (2d) 129; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(*a*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(1)(*d*).
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 3.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5.
Transfer of Offenders Act, S.C. 1977-78, c. 9.

Authors Cited

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes and Proceedings of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada.* First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Issue No. 46. Ottawa: 1981.

Castel, J. G. and Sharon A. Williams. "The Extradition of Canadian Citizens and Sections 1 and 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", in *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, published under the auspices of The Canadian Branch, International Law Association. Vancouver: University of British Columbia Press, 1987.

Council of Europe. *Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* Strasbourg: 1971.

Extradition Treaty between Canada and the United States, *Canada Treaty Series*, 1976.

Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing certain Rights and Freedoms other than Those Already Included in the Convention and in the First Protocol Thereto, European Convention on Human Rights, Article 3, paragraph 1, *European Treaty Series*, No. 46.

Van Dijk, P. and G. J. H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.

APPEAL (*United States of America v. Cotroni*) from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1986), 2 Q.A.C. 280, allowing an appeal a judgment of Mackay J. dismissing an application for

(1987), 50 Man. R. (2d) 129; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

United States of America v. Swystun (1987), 50 Man. R. (2d) 129; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(1)*d*).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2*a*).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3.
Loi sur le transfèrement des délinquants, S.C. 1977-78, chap. 9.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada.* Première session de la trente-deuxième législature, 1980-81. Fascicule nº 46. Ottawa: 1981.

Castel, J. G. and Sharon A. Williams. «The Extradition of Canadian Citizens and Sections 1 and 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», in *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, published under the auspices of The Canadian Branch, International Law Association. Vancouver: University of British Columbia Press, 1987.

Council of Europe. *Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* Strasbourg: 1971.

Protocole nº 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 3, paragraphe 1, *European Treaty Series*, No. 46.

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, *R.T. can.* 1976.

Van Dijk, P. and G. J. H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.

POURVOI (*États-Unis d'Amérique c. Cotroni*) contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1986), 2 C.A.Q. 280, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Mackay de rejeter une demande

habeas corpus with *certiorari* in aid with respect to an extradition order issued by Phelan J. Appeal allowed, Wilson and Sopinka JJ. dissenting; both constitutional questions should be answered in the affirmative.

APPEAL (*United States of America v. El Zein*) from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 560, [1986] R.J.Q. 1740, allowing an appeal a judgment of Phelan J. dismissing an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid with respect to an extradition order issued by Downs J. Appeal allowed, Wilson and Sopinka JJ. dissenting; both constitutional questions should be answered in the affirmative.

Michel Vien and *James Brunton*, for the appellant.

Francis Brabant and *Simon Venne*, for the respondent Frank Santo Cotroni.

Christian Desrosiers, for the respondent Samir El Zein.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The principal issues in each of these appeals are set forth in the constitutional questions as follows:

1. Does the surrender of a Canadian citizen to a foreign state constitute an infringement of his right to remain in Canada as set out in s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the surrender of such citizen constitutes a *prima facie* infringement of his right to remain in Canada, does the surrender of respondent in the circumstances of this case constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Background

Mr. Cotroni, a Canadian citizen, was arrested in Canada on August 30, 1983, pursuant to a warrant issued under the authority of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, and the Extradition Treaty between Canada and the United States, *CTS* 1976. The United States requested the extra-

d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire relativement à une ordonnance d'extradition rendue par le juge Phelan. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et Sopinka sont dissidents; les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

POURVOI (*États-Unis d'Amérique c. El Zein*) contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1986), 29 C.C.C. (3d) 560, [1986] R.J.Q. 1740, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Phelan de rejeter une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire relativement à une ordonnance d'extradition rendue par le juge Downs. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et Sopinka sont dissidents; les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

Michel Vien et *James Brunton*, pour l'appelant.

Francis Brabant et *Simon Venne*, pour l'intimé Frank Santo Cotroni.

Christian Desrosiers, pour l'intimé Samir El Zein.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—Les principales questions en litige dans chacun de ces pourvois sont énoncées comme suit dans les questions constitutionnelles:

1. Est-ce que l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation du droit de ce citoyen canadien de demeurer au Canada tel qu'énoncé au par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si l'extradition de ce citoyen canadien constitue une violation à première vue de son droit de demeurer au Canada, est-ce que l'extradition de l'intimé, dans les circonstances de la présente affaire, constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Historique

Monsieur Cotroni, un citoyen canadien, a été arrêté au Canada le 30 août 1983 en vertu d'un mandat décerné conformément à la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, et au Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, *R.T. can.* 1976. Les États-Unis ont demandé l'ex-

dition of Mr. Cotroni on a charge in that country of conspiracy to possess and distribute heroin. All his actions relating to the alleged conspiracy took place while he was in Canada.

In brief, the conspiracy alleged involved the importation and sale of the drug to alleged accomplices of Cotroni in the United States. Delivery of the drug and payment would appear to have taken place in Canada, although most of the prosecution witnesses and the documentary evidence are in the United States. The accused's personal involvement was effectively confined to giving instructions to his accomplices in the United States and one in Canada by telephone in Montréal.

The extradition judge, Phelan J., ordered the committal of the accused for surrender. Cotroni then applied for the issue of a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid before Mackay J., but this application was dismissed.

Cotroni then appealed to the Court of Appeal of Quebec on a variety of grounds, most of which are irrelevant to this appeal; see (1986), 2 Q.A.C. 280. All but one of these were dismissed. However, the court (Bisson, Jacques and LeBel JJ.A.) allowed the appeal and quashed the order of committal on the ground that the extradition of Cotroni infringed s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not, in the particular circumstances of the case, justifiable as a reasonable limit under s. 1.

LeBel J.A. (with whom Bisson J.A. concurred) noted that Cotroni could be prosecuted in Canada as well as in the United States, and that the most important elements of the crime had taken place in Canada. Consistent with that court's earlier judgment in the *El Zein* case, he concluded that extradition under these circumstances did not meet the test set forth by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. While the objectives sought by extradition, the maintenance of law and order and the suppression of crime on the international level in accordance with Canada's international obligations, were pressing and substantial, the means used were not proportional to the objectives. The extradition was therefore not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

tradition de M. Cotroni pour qu'il réponde à une accusation, déposée dans ce pays, de complot en vue de posséder et de faire le trafic de l'héroïne. Tous ses actes relatifs au complot allégué ont été accomplis alors qu'il se trouvait au Canada.

En résumé, le complot allégué visait l'importation et la vente de la drogue à de prétendus complices de Cotroni aux États-Unis. La livraison de la drogue et le paiement sembleraient avoir eu lieu au Canada, quoique la majeure partie des témoins de la poursuite et de la preuve documentaire se trouve aux États-Unis. La participation personnelle de l'accusé se résume en fait à la communication, par téléphone à Montréal, de directives à ses complices aux États-Unis et à un autre au Canada.

Le juge d'extradition Phelan a ordonné l'incarcération de l'accusé en vue de son extradition. Cotroni a alors demandé un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, mais le juge Mackay de la Cour supérieure a rejeté sa demande.

Cotroni a alors interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec en invoquant divers moyens dont la plupart ne sont pas pertinents aux fins du présent pourvoi; voir (1986), 2 C.A.Q. 280. Tous ont été rejetés, sauf un. Le tribunal composé des juges Bisson, Jacques et LeBel a cependant accueilli l'appel et annulé l'ordonnance d'incarcération pour le motif que l'extradition de Cotroni violait le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne constituait pas, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, une limite raisonnable qui puisse être justifiée en vertu de l'article premier.

Le juge LeBel, à l'avis duquel a souscrit le juge Bisson, a souligné que Cotroni pouvait être poursuivi au Canada aussi bien qu'aux États-Unis et que les éléments les plus importants du crime s'étaient produits au Canada. Conformément au jugement antérieur de la Cour d'appel dans l'affaire *El Zein*, il a conclu que, dans ces circonstances, l'extradition ne respectait pas le critère établi par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Même si les objectifs visés par l'extradition, soit le maintien de la loi et de l'ordre et la répression du crime à l'échelle interna-

tions, were sufficient to warrant interference with a *Charter* right, these objectives could be met without infringing the right guaranteed by s. 6(1). Cotroni could be prosecuted in this country, so his extradition would be unreasonable and disproportionate. Jacques J.A., who had delivered the opinion of the court in *El Zein*, expressed similar views.

The facts of the *El Zein* appeal are rather similar and raise the same constitutional issues. On March 16, 1984, Mr. El Zein, a Canadian citizen, met two individuals in Montréal and gave them a package containing 700 grams of heroin. The two individuals were later arrested by the American customs authorities at the Champlain, New York border crossing, and the 700 grams of heroin were seized.

On December 17, 1984, Mr. El Zein was arrested under a warrant issued pursuant to the *Extradition Act* and the Extradition Treaty between Canada and the United States. The United States requested his extradition for importation of heroin, conspiracy to import and conspiracy to traffic. As in the *Cotroni* case, all of El Zein's personal involvement concerning the alleged offences took place in Canada.

Following the extradition hearing, El Zein was committed for surrender by Downs J. of the Quebec Superior Court. An application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid was dismissed by Phelan J., but on appeal to the Quebec Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 560, (Bisson, Jacques and LeBel JJ.A.) this decision was reversed and the appellant was released.

Jacques J.A., who gave the principal judgment, held that the extradition of a Canadian citizen for a crime under a foreign law does not constitute a reasonable limit to the right of a citizen to remain in Canada where the facts on which the charge is based occurred in Canada and constitute a crime here. In his view, extradition under these circumstances did not meet either the test of rationality or minimum impairment set forth in *R. v. Oakes*,

tionale conformément aux obligations internationales du Canada, étaient suffisants pour justifier l'empiétement sur un droit garanti par la *Charte*, ces objectifs pouvaient être atteints sans violer le droit garanti par le par. 6(1). Comme Cotroni pouvait être poursuivi au Canada, son extradition serait déraisonnable et disproportionnée. Le juge Jacques, qui a rédigé l'opinion de la cour dans l'arrêt *El Zein*, a exprimé un point de vue semblable.

Les faits de l'affaire *El Zein* sont quelque peu similaires et soulèvent les mêmes questions constitutionnelles. Le 16 mars 1984, M. El Zein, un citoyen canadien, rencontre deux individus à Montréal et leur remet un paquet contenant 700 grammes d'héroïne. Les deux individus sont plus tard arrêtés par des douaniers américains au poste frontière Champlain (New York), où les 700 grammes d'héroïne sont saisis.

Le 17 décembre 1984, M. El Zein est arrêté en vertu d'un mandat décerné conformément à la *Loi sur l'extradition* et au Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis. Les États-Unis demandent son extradition pour importation d'héroïne, complot en vue d'en faire l'importation et complot en vue d'en faire le trafic. Comme dans l'affaire *Cotroni*, tous les actes qui constituent la participation personnelle d'El Zein aux infractions alléguées ont été accomplis au Canada.

Suite à l'audience d'extradition, le juge Downs de la Cour supérieure du Québec ordonne l'incarcération d'El Zein en vue de son extradition. Le juge Phelan rejette une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, mais la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 1740, composée des juges Bisson, Jacques et LeBel infirme cette décision et libère l'appelant.

Le juge Jacques, qui a rédigé les motifs principaux de jugement, a conclu que l'extradition d'un citoyen canadien pour un crime édicté par une loi étrangère ne constitue pas une limite raisonnable au droit d'un citoyen de demeurer au Canada, lorsque les faits sur lesquels est fondée l'accusation se sont produits au Canada et constituent un crime ici même. À son avis, l'extradition dans ces circonstances ne respecte ni le critère de la rationalité

supra. The objective sought—the suppression of crime—could be achieved in this case by prosecuting the respondent in Canada where, for all practical purposes, the act charged occurred.

Leave to appeal to this Court from both decisions was then sought and granted.

Section 6(1) of the *Charter*

Section 6(1) of the *Charter* provides that "Every citizen of Canada has the right to . . . remain in . . . Canada". The courts below held that extraditing a Canadian citizen constitutes an infringement of this right by forcing a citizen to leave Canada, and justification for extradition, therefore, had to be sought under s. 1. This had, in effect, been conceded by counsel for the United States.

In this Court, however, counsel argued for a flexible, purposive approach which, he maintained, should lead to the conclusion that s. 6(1) would only apply when a Canadian citizen is threatened with exile, banishment or expulsion. Section 6(1) should not apply, the argument continues, unless governmental action arbitrarily or totally deprives a citizen of his or her right to remain in Canada. Extradition is not aimed at the deprivation of the right; it is temporary in nature and does not affect citizenship. It has existed in this country for over a hundred years.

In support of this proposition, counsel cited an extract from Hansard of a committee hearing in which the Deputy Minister of Justice and an opposition member indicated their view that the right under s. 6(1) was not absolute and did not protect against extradition. The extract (*Debates of the House of Commons*, January 1981, 46:118) reads:

Mr. Tassé: Perhaps I might mention that we do not see Clause 6 as being an absolute right: I will give you an example of a situation where a citizen would, in effect, lose his right to remain in the country: that would be by virtue of an order under the Extradition Act: if someone committed an offence in another country and

ni le critère de l'atteinte minimale formulés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'objectif recherché, savoir la répression du crime, pouvait être atteint dans cette affaire par la poursuite de l'intimé au Canada où, à toutes fins pratiques, les actes reprochés se sont produits.

On a demandé et obtenu une autorisation de pourvoi devant cette Cour contre les deux arrêts.

Le paragraphe 6(1) de la *Charte*

Le paragraphe 6(1) de la *Charte* prévoit que «Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada . . .» Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'extradition d'un citoyen canadien constitue une violation de ce droit du fait qu'elle force un citoyen à quitter le Canada, et que, par conséquent, l'extradition devait être justifiée au sens de l'article premier. En réalité, l'avocat des États-Unis avait reconnu cela.

En cette Cour, l'avocat a cependant proposé une interprétation souple, fondée sur l'objet visé, qui, a-t-il soutenu, devrait amener à conclure que le par. 6(1) ne s'applique que si un citoyen canadien est menacé d'exil, de bannissement ou d'expulsion. Le paragraphe 6(1) ne devrait s'appliquer, a-t-on fait valoir, que si une action gouvernementale a pour effet de priver arbitrairement ou totalement un citoyen de son droit de demeurer au Canada. L'extradition ne vise pas à porter atteinte à ce droit, elle est de nature temporaire et n'a aucune incidence sur la citoyenneté. Elle existe en ce pays depuis plus d'un siècle.

À l'appui de cette thèse, l'avocat cite un extrait du hansard portant sur la séance d'un comité au cours de laquelle le sous-ministre de la Justice et un membre de l'opposition ont exprimé l'opinion que le droit garanti au par. 6(1) n'est pas absolu et ne protège pas contre l'extradition. L'extrait (*Débats de la Chambre des communes*, janvier 1981, 46:118) se lit ainsi:

M. Tassé: Je devrais peut-être vous signaler que nous n'interprétons pas l'article 6 comme prévoyant un droit absolu. Si un citoyen perdait le droit de rester au pays, il s'agirait d'un arrêté émis en vertu de la Loi sur l'extradi-

he is sought in this country, he could be surrendered to the other country.

The same thing would apply in the case of countries belonging to the Commonwealth to which the Extradition Act does not apply, but the Fugitive Offenders Act does apply. In that situation a Canadian would not have the right to remain in the country by virtue of the offences he might have committed in another country and for which he is sought so that justice could be applied.

Mr. Epp: Mr. Tassé, I do not think that is really what we are dealing with. That is not arbitrary and under the Extradition Act there is a process to which the person is entitled before that extradition order can in fact be finalized.

The committee debates are certainly of interest, but as the Court observed in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 508-9, they can only be accorded minimal weight in interpreting the *Charter*. In fact, whatever weight one accords to the statements here, they give no enlightenment on whether the right itself should be restricted or whether extradition should be dealt with as a reasonable limitation to that right under s. 1 of the *Charter*.

In approaching the matter, I begin by observing that a Constitution must be approached from a broad perspective. In particular, this Court has on several occasions underlined that the rights under the *Charter* must be interpreted generously so as to fulfill its purpose of securing for the individual the full benefit of the *Charter*'s protection (see the remarks of Dickson C.J. in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). The intimate relation between a citizen and his country invites this approach in this context. The right to remain in one's country is of such a character that if it is to be interfered with, such interference must be justified as being required to meet a reasonable state purpose.

This is consistent with the ordinary meaning of the words "right to ... remain in ... Canada".

tion. Il se peut qu'une personne viole les lois d'un autre pays qui pourrait réclamer et obtenir son extradition.

On pourrait prendre les mêmes sanctions dans le cas des pays du Commonwealth non pas en vertu de la Loi sur l'extradition, mais de la Loi sur les criminels fugitifs. En vertu de cette loi-ci, un Canadien n'aurait pas le droit de rester au pays en vertu des actes criminels qu'il aurait commis dans un pays étranger et pour lesquels il doit être amené devant les tribunaux.

M. Epp: Monsieur Tassé, ce n'est pas l'objet de la discussion actuelle. Il ne s'agit pas d'accusations arbitraires. La Loi sur l'extradition prévoit le procès de la personne accusée avant que l'arrêté d'extradition ne soit définitif.

Les débats des comités présentent certainement un intérêt, mais comme la Cour l'a fait observer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 508 et 509, on ne peut leur accorder une grande importance dans l'interprétation de la *Charte*. En fait, quelle que soit la valeur accordée aux affirmations en l'espèce, elles ne nous éclairent pas sur la question de savoir si le droit lui-même devrait être restreint ou si l'extradition devrait être considérée comme une limite raisonnable imposée à ce droit, au sens de l'article premier de la *Charte*.

En examinant cette question, je commence par souligner qu'un document constitutionnel doit être abordé dans une perspective d'ensemble. En particulier, cette Cour a souligné à maintes reprises que les droits garantis par la *Charte* doivent recevoir une interprétation libérale afin de réaliser l'objectif qui consiste à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* (voir les remarques du juge en chef Dickson dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S 295, à la p. 344). Le rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays favorise ce point de vue dans le présent contexte. Le droit de demeurer dans son pays est tel que, s'il faut lui porter atteinte, cette atteinte doit être justifiée comme étant nécessaire pour réaliser un objectif raisonnable de l'État.

Cela est compatible avec le sens ordinaire des mots «droit de demeurer au Canada». Le paragra-

Section 6(1) is phrased in broad terms. It does not state that a citizen has the right not to be arbitrarily expelled from Canada; it instead guarantees the right to remain in Canada. Had the intention of the *Charter* been solely to protect a person from being expelled, banished or exiled, it could have been so framed.

This approach is fortified by the fact that in enacting this clause several familiar models appear to have been ignored. The *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, for example, more narrowly protects a person from exile (s. 2(*a*)), and the *European Convention on Human Rights*, 4th Protocol, Article 3, paragraph 1, states that a national shall not be "expelled". The *Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1971) explains that "It was understood that extradition was outside the scope of this paragraph." This approach is consistent with the International Covenant on Political Rights, Article 12, which contains no right to remain in one's own country, although it contains all the other rights listed in ss. 6(1) and 6(2)(*a*) of the *Charter*. A similar approach was adopted in Articles 2 and 3 of the Fourth Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the light of these precedents, one would have thought these more specific words would have been used rather than according a general right to remain in Canada if a completely restricted right had been intended. I, therefore, conclude that extradition *prima facie* infringes upon the right guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*.

That having been said, it seems to me that these precedents also reveal that the infringement to s. 6(1) that results from extradition lies at the outer edges of the core values sought to be protected by that provision. European authorities especially make a sharp distinction between expulsion and extradition; see *Brickman v. Federal Republic of Germany*, App. 1, No. 6242/73, C.D. 46, at pp. 202 and 210; P. Van Dijk and G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1984), at p. 368. Like the

phe 6(1) est formulé de manière générale. Il ne dit pas qu'un citoyen a le droit de ne pas être expulsé arbitrairement du Canada; il garantit plutôt le droit de demeurer au Canada. Si la *Charte* n'avait eu pour objet que de protéger une personne contre l'expulsion, le bannissement ou l'exil, elle aurait pu être rédigée en ce sens.

Ce point de vue est renforcé par le fait qu'en adoptant cette disposition le législateur semble avoir ignoré plusieurs modèles familiers. La *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, par exemple, protège exclusivement une personne contre l'exil (al. 2*a*)), et la *Convention européenne des droits de l'homme* (Protocole nº 4, article 3, paragraphe 1) porte qu'un ressortissant ne peut être «expulsé». Les *Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1971) expliquent qu'[TRADUCTION] «Il a été convenu que l'extradition n'était pas visée par ce paragraphe.» Ce point de vue est compatible avec l'art. 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui ne contient aucun droit de demeurer dans son pays, bien qu'il contienne tous les autres droits énumérés au par. 6(1) et à l'al. 6(2)*a*) de la *Charte*. Un point de vue semblable a été adopté aux art. 2 et 3 du Protocole nº 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Compte tenu de ces précédents, on aurait pensé que, si on avait voulu accorder un droit complètement restreint, on aurait eu recours à ces mots plus précis plutôt que de conférer un droit général de demeurer au Canada. Je conclus donc que l'extradition viole à première vue le droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte*.

Cela dit, il me semble que ces précédents montrent également que la violation du par. 6(1) qui résulte de l'extradition se situe à la limite des valeurs fondamentales que cette disposition cherche à protéger. Les autorités européennes en particulier établissent une distinction nette entre l'expulsion et l'extradition; voir *Brickman v. Federal Republic of Germany*, App. 1, No. 6242/73, C.D. 46, aux pp. 202 et 210; P. Van Dijk et G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1984), à la p. 368.

international and constitutional documents I have referred to, the central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community. While I would not wish to trivialize the effects of extradition on the individual, it is clear that extradition is not directed to the purpose. The words of Griffiths L.J. in contrasting extradition and deportation in *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Budlong*, [1980] 1 All E.R. 701, are relevant here. He said at p. 716:

> I regard extradition as far more closely analogous to the implementation of domestic criminal law than to deportation. It is in no true sense a banishment from our shores as is deportation . . . .

An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9.

What is more, as I will attempt to demonstrate, extradition serves to promote a number of values that are central to a free and democratic society. These are considerations, however, that are relevant to the question whether and to what extent the *Extradition Act* and the treaty it implements can be saved under s. 1 of the *Charter*.

Before considering s. 1, however, I should point out that the conclusion that extradition infringes upon s. 6(1) of the *Charter* is in accord with previous judicial authorities. In *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385, the Ontario Court of Appeal held that extradition *prima facie* violates a citizen's right to remain in Canada as guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*. The court went on, however, to find that it was a reasonable limit under s. 1. In *Canada v.*

Tout comme les documents internationaux et constitutionnels que j'ai mentionnés, le par. 6(1) vise à protéger contre l'exil et le bannissement qui ont pour objet l'exclusion de la participation à la communauté nationale. Je ne veux pas minimiser les effets de l'extradition sur l'individu, mais il est évident que l'extradition ne vise pas cet objet. Les propos du lord juge Griffiths qui comparait l'extradition et la déportation dans l'arrêt *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Budlong*, [1980] 1 All E.R. 701, sont pertinents ici. Voici ce qu'il affirme à la p. 716:

> [TRADUCTION] Je considère que l'extradition tient beaucoup plus de l'application du droit criminel interne que de la déportation. Elle ne constitue pas à proprement parler un bannissement de nos frontières comme c'est le cas de la déportation . . .

Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s'il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l'extradition sur les droits d'un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9.

Qui plus est, comme je vais tenter de le démontrer, l'extradition sert à promouvoir un certain nombre de valeurs qui occupent une place centrale dans une société libre et démocratique. Ce sont cependant des considérations qui sont pertinentes relativement à la question de savoir si et dans quelle mesure la *Loi sur l'extradition* et le traité qu'elle met en œuvre peuvent être sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, avant d'examiner l'article premier, je voudrais souligner que la conclusion que l'extradition viole le par. 6(1) de la *Charte* est conforme aux décisions judiciaires antérieures. Dans *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'extradition viole à première vue le droit d'un citoyen de demeurer au Canada, garanti par le par. 6(1) de la *Charte*. Toutefois, la cour a ensuite conclu qu'elle constituait une limite raison-

Schmidt, [1987] 1 S.C.R. 500, this Court, though in *obiter*, endorsed the approach taken in *Rauca*, *supra*, in the following passage at p. 520:

As will be evident from what I have already said, I am far from thinking that the *Charter* has no application to extradition. The surrender of a person to a foreign country may obviously affect a number of *Charter* rights. In *Rauca*, *supra*, for example, the Ontario Court of Appeal recognized that extradition intruded on a citizen's right under s. 6 to remain in Canada, although it also found that the beneficial aspects of the procedure in preventing malefactors from evading justice, a procedure widely adopted all over the world, were sufficient to sustain it as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Section 6 was not raised in this case, though Schmidt is a Canadian citizen, no doubt because her counsel believed, as I do, that it was properly disposed of in the *Rauca* case.

I turn, then, to examine whether the assumption made in *Canada v. Schmidt* that extradition can be justified under s. 1 of the *Charter* can be supported.

Section 1 of the *Charter*

Section 1 of the *Charter* "guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". As we saw, it was held in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, (a holding approved, if *obiter*, by this Court in *Canada v. Schmidt*, *supra*) that extradition in general constitutes a reasonable limit within s. 1 to the right to remain in Canada set out in s. 6(1) of the *Charter*. The court stated in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, at p. 406:

When the *rationale* and purpose of the *Extradition Act* and treaty under it are looked at (having in mind that crime should not go unpunished), Canada's obligations to the international community considered and the histo-

nable au sens de l'article premier. Dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 520, cette Cour, quoique ce fût dans une opinion incidente, a approuvé le point de vue adopté dans l'arrêt *Rauca*, précité:

Il ressort nettement de ce que j'ai déjà dit que je suis loin de croire à l'inapplicabilité de la *Charte* en matière d'extradition. La livraison d'une personne à un pays étranger peut évidemment mettre en jeu plusieurs droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *Rauca*, précité, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'extradition empiète sur le droit de demeurer au Canada reconnu à chaque citoyen par l'art. 6, quoiqu'elle ait également conclu que les avantages de la procédure qui empêche les malfaiteurs de se soustraire à la justice et qui est d'ailleurs largement adoptée dans le monde, suffisent pour justifier l'extradition en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que Schmidt soit citoyenne canadienne, l'art. 6 n'a pas été invoqué en l'espèce, sans doute parce que son avocat a cru, comme moi, que ce point a été tranché à bon droit dans l'affaire *Rauca*.

Je passe donc à l'examen de la question de savoir si l'hypothèse, formulée dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, selon laquelle l'extradition peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*, peut être soutenue.

L'article premier de la *Charte*

L'article premier de la *Charte* «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Comme nous l'avons vu, on a conclu dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité, (conclusion approuvée dans une opinion incidente de cette Cour contenue dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, précité) que l'extradition constitue en général une limite raisonnable au sens de l'article premier imposée au droit de demeurer au Canada énoncé au par. 6(1) de la *Charte*. La cour a affirmé dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, à la p. 406:

[TRADUCTION] Compte tenu de la raison d'être et de l'objet de la *Loi sur l'extradition* et du traité auquel elle donne effet (gardant à l'esprit que le crime ne doit pas demeurer impuni), compte tenu des obligations du

ry of such legislation in free and democratic societies examined, in our view, the burden of establishing that the limit imposed by the *Extradition Act* and the treaty on s. 6(1) of the Charter is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society has been discharged by the respondents.

The court in that case was also of the view that even if the alleged crime could be prosecuted in Canada, the extradition of the accused would still be a reasonable limit on his right to remain in Canada. It stated, at p. 405:

> Counsel for the appellant suggested that there was a possibility that the appellant could be prosecuted in Canada for the crimes with which he had been charged. If there was this alternative, the argument was that extradition was not a reasonable limit on the appellant's right as a citizen to remain in Canada. This submission was not pressed strongly and, like the Chief Justice of the High Court, we are not persuaded that there is, at present, a right to prosecute the appellant for the recited crimes in Canada. Even if there were such a right to prosecute, in light of the described purpose and reason for and lengthy history of extradition, it would not turn a reasonable limit on the citizen's right to remain in this country into an unreasonable limit.

The appellant naturally relies on these authorities.

Because of these authorities, the respondent Cotroni tended to shy away from contesting the general proposition that extradition constituted a reasonable limit on the right to remain in Canada, but stressed instead that it was not a reasonable limit under the circumstances of this case. Nonetheless, the argument advanced on behalf of the respondent El Zein that Canadian citizens should be tried in Canada for crimes committed abroad rather than be subjected to extradition really raises the general issue, and I shall therefore approach it frontally.

It is now well established that the onus of justifying a law creating a limitation to a *Charter* right lies with the party seeking to uphold that limitation, here the appellant; see *R. v. Oakes*, *supra*, which sets forth criteria for determining

Canada envers la communauté internationale ainsi que de l'historique de ces dispositions législatives dans des sociétés libres et démocratiques, à notre avis, les intimés se sont acquittés de la charge d'établir que la limite imposée au par. 6(1) de la Charte par la *Loi sur l'extradition* et le traité est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans cette affaire, la cour s'est également dite d'avis que, même si le crime allégué pouvait faire l'objet de poursuites au Canada, l'extradition de l'accusé constituerait quand même une limite raisonnable imposée à son droit de demeurer au Canada. Elle a dit, à la p. 405:

> [TRADUCTION] L'avocat de l'appelant a laissé entrevoir la possibilité que son client soit poursuivi au Canada pour les crimes dont il a été accusé. Il a allégué qu'en pareil cas l'extradition n'était pas une limite raisonnable imposée au droit de l'appelant en tant que citoyen de demeurer au Canada. On n'a pas beaucoup insisté sur cet argument et, à l'instar du juge en chef de la Haute Cour, nous ne sommes pas convaincus qu'il existe présentement un droit de poursuivre l'appelant au Canada pour les crimes énumérés. Même si ce droit de poursuivre existait, compte tenu de la raison d'être et de l'objet exposés de l'extradition ainsi que de sa longue histoire, il n'aurait pas pour effet de transformer en une limite déraisonnable une limite raisonnable imposée au droit d'un citoyen de demeurer au Canada.

Naturellement, l'appelant invoque ces précédents.

À cause de ces précédents, l'intimé Cotroni a eu tendance à éviter de contester la proposition générale selon laquelle l'extradition constitue une limite raisonnable imposée au droit de demeurer au Canada pour faire plutôt valoir qu'elle ne constitue pas une limite raisonnable dans les circonstances de l'espèce. Néanmoins, l'argument présenté pour le compte de l'intimé El Zein, suivant lequel les citoyens canadiens devraient subir au Canada leur procès pour des crimes commis à l'étranger plutôt que d'être extradés, soulève réellement la question générale et je l'aborderai donc directement.

Il est maintenant bien établi que la charge de justifier un texte législatif qui impose une limite à un droit garanti par la *Charte* incombe à la partie qui cherche à maintenir cette limite, savoir l'appelant en l'espèce; voir *R. c. Oakes*, précité, qui

whether such a limitation is reasonable within s. 1 of the *Charter*. These criteria were recently summarized by Dickson C.J. in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 20, as follows:

> There are two major criteria. First, the objective which the measure responsible for the limit on a right or freedom is designed to serve must be sufficiently important to permit overriding the constitutionally-protected right or freedom (*Oakes*, *supra*, at p. 138). Second, to show that the measures are reasonable and demonstrably justified requires an analysis of the proportionality of the measures (*Oakes*, *supra*, at p. 139). There are three components to the proportionality test: the measures must be carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connection to the objective. The second component is that the measure should impair the right or freedom as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective.

No one denies that the first criterion in *R. v. Oakes*, *supra*, is satisfied in these cases. The objectives sought by the legislation, the parties agree, relate to concerns that are pressing and substantial. The investigation, prosecution and suppression of crime for the protection of the citizen and the maintenance of peace and public order is an important goal of all organized societies. The pursuit of that goal cannot realistically be confined within national boundaries. That has long been the case, but it is increasingly evident today. Modern communications have shrunk the world and made McLuhan's global village a reality. The only respect paid by the international criminal community to national boundaries is when these can serve as a means to frustrate the efforts of law enforcement and judicial authorities. The trafficking in drugs, with which we are here concerned, is an international enterprise and requires effective tools of international cooperation for its investigation, prosecution and suppression. Extradition is an important and well-established tool for effecting this cooperation.

énumère les critères à utiliser pour déterminer si une telle limite est raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge en chef Dickson a récemment résumé ces critères dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 20:

> Il y a deux critères importants. En premier lieu, l'objectif que vise à servir la mesure qui apporte une restriction à un droit ou à une liberté doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution (*Oakes*, précité, à la p. 138). En deuxième lieu, pour démontrer que les mesures sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, il faut une analyse de la proportionnalité des mesures (*Oakes*, précité, à la p. 139). Le critère de proportionnalité comporte trois éléments: les mesures doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif du texte législatif et avoir un lien rationnel avec l'objectif. Deuxièmement, la mesure doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures contestées sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif.

Personne ne nie que le premier critère de l'arrêt *Oakes*, précité, est respecté dans les présentes affaires. Les objectifs visés par le texte législatif, les parties le reconnaissent, se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles. Les enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l'ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l'intérieur de frontières nationales. Il en est ainsi depuis longtemps, mais cela est de plus en plus évident aujourd'hui. Les communications ont éliminé les distances et ont fait du [TRADUCTION] «village planétaire» de McLuhan une réalité. La communauté criminelle internationale ne respecte les frontières nationales que lorsqu'elles peuvent permettre de contrecarrer les efforts des autorités judiciaires et des organismes chargés d'appliquer la loi. Le trafic de drogues qui nous intéresse en l'espèce est une entreprise de niveau international dont les enquêtes et les poursuites y relatives ainsi que la répression, exigent le recours à des outils efficaces de coopération internationale. L'extradition est un outil de coopération important et bien établi.

The importance of extradition for the protection of the Canadian public against crime can scarcely be exaggerated. To afford that protection, there must be arrangements that ensure prosecution not only of those who commit crimes while they are physically in Canada and escape abroad, but also of those whose acts abroad have criminal effects in this country. This requires reciprocal arrangements with other states seeking similar objectives. As I noted in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 212, it would be a sad commentary on our law if it was limited to the prosecution of minor offenders while permitting more seasoned criminals to operate on a world-wide scale.

What is more, I do not think that the free and democratic society that is Canada, any more than any other modern society, should today confine itself to parochial and nationalistic concepts of community. Canadians today form part of an emerging world community from which not only benefits but responsibilities flow. This is consistent with the approach taken by this Court in *Libman v. the Queen*, *supra*, at p. 214, where after stating that we should not be indifferent to the protection of the public in other countries, I added, at p. 214:

> In a shrinking world, we are all our brother's keepers. In the criminal arena this is underlined by the international cooperative schemes that have been developed among national law enforcement bodies.

In a similar vein, Lord Salmon in *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807, in a passage (at p. 834) cited with approval in *Libman v. The Queen*, at pp. 197-98, stated:

> I do not believe that any civilised country, even assuming that its own laws do not recognize conspiracy as a criminal offence, could today have any reasonable objection to its nationals being arrested, tried and convicted by English courts in the circumstances to which I have referred. Today, crime is an international problem—perhaps not least crimes connected with the illicit drug traffic—and there is a great deal of cooperation

On ne saurait accorder trop d'importance à l'extradition en tant que moyen de protection du public canadien contre le crime. Pour fournir cette protection, il doit exister des ententes qui assurent la citation en justice non seulement de ceux qui commettent les crimes pendant qu'ils se trouvent physiquement au Canada et qui s'enfuient à l'étranger, mais aussi de ceux dont les actes accomplis à l'étranger ont des effets criminels ici. Cela exige la conclusion d'ententes réciproques avec d'autres pays qui poursuivent des objectifs similaires. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, à la p. 212, ce serait triste pour notre droit s'il se limitait à la citation en justice des auteurs d'infractions mineures tout en permettant aux criminels plus expérimentés de fonctionner sur une échelle internationale.

Qui plus est, je ne crois pas que la société libre et démocratique qu'est le Canada, pas plus que toute autre société moderne, doive aujourd'hui se limiter à une conception locale et nationaliste de la communauté. Les Canadiens font de nos jours partie d'une communauté mondiale naissante à laquelle sont associés non seulement des avantages mais aussi des obligations. Cela est compatible avec le point de vue adopté par cette Cour dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, précité, à la p. 214, où, après avoir dit que nous ne devons pas être indifférents à la protection du public dans les autres pays, j'ai ajouté à la même page:

> Dans un monde qui se fait de plus en plus petit, chacun est le gardien de son frère. En matière criminelle, cela ressort des programmes de coopération internationale mis sur pied par les forces policières des divers pays.

Dans la même veine, lord Salmon affirme dans un passage situé à la p. 834 de l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807, lequel passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, aux pp. 197 et 198:

> [TRADUCTION] Je ne crois pas qu'un pays civilisé, même en supposant que ses propres lois ne considèrent pas le complot comme une infraction criminelle, puisse s'opposer de façon raisonnable à ce que ses ressortissants soient arrêtés, jugés et déclarés coupables par des tribunaux anglais dans les circonstances que j'ai mentionnées. De nos jours, le crime est un problème international — surtout les crimes liés au trafic des drogues illicites — et

between the nations to bring criminals to justice. Great care also is taken by most countries to do nothing which might help their own nationals to commit what would be crimes in other countries: see, for example, section 3(2) of the Dangerous Drugs Act 1965.

As he made clear elsewhere (at p. 831), the fact that the relevant "crimes were more likely to ruin young lives in the United States of America than in this country . . ." is not of any great moment.

There is another aspect respecting the objectives of extradition worth mentioning. As I earlier indicated, these objectives go beyond that of suppressing crime, *simpliciter*, and include bringing fugitives to justice for the proper determination of their guilt or innocence. (Indeed most extradition cases, like the case here, involve accused, rather than convicted persons.) Extradition thus shares one of the basic objectives of all criminal prosecutions: to discover the truth in respect of the charges brought against the accused in a proper hearing. This is one of the "interests of society" referred to by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, which must, under s. 1 of the *Charter*, be balanced against the interest of the individual.

These various objectives are, in my view, sufficiently important to warrant the existence of a reasonable limit to the *Charter* right set out in s. 6(1), assuming such limit, here extradition, meets the other relevant requirements for the application of s. 1.

Counsel for the respondents argue, however, that the extradition of the respondents in the circumstances of this case fails to meet the test of proportionality, the second major criterion enunciated in *R. v. Oakes*. To begin with, they say, such a measure is not rationally connected with the objectives sought to be attained. The respondents are Canadians and, they add, all their actions relating to the charges were committed in Canada (an assertion, however, that must be tempered by what I shall have to say later). From this they

il y a une coopération intense entre les pays en vue de traduire les criminels en justice. La plupart des pays prennent également bien soin de ne rien faire qui puisse aider leurs propres ressortissants à faire ce qui constituerait un crime dans d'autres pays: voir, par exemple, le par. 3(2) de la Dangerous Drugs Act 1965.

Comme il le dit clairement ailleurs (à la p. 831), le fait que les [TRADUCTION] «crimes [en question] devaient plus probablement gâcher la vie de jeunes aux États-Unis plutôt qu'ici . . .» a peu d'importance.

Un autre aspect concernant les objectifs de l'extradition mérite d'être mentionné. Comme je l'ai déjà indiqué, ces objectifs vont au-delà de la simple répression du crime et comprennent la citation en justice des fugitifs afin de déterminer régulièrement leur culpabilité ou leur innocence. (En fait, la plupart des affaires d'extradition, comme c'est le cas en l'espèce, mettent en cause un accusé plutôt que des personnes condamnées.) L'extradition partage donc l'un des objectifs fondamentaux de toutes les poursuites criminelles: découvrir la vérité concernant les accusations portées contre l'accusé dans le cadre d'une audience régulière. Voilà l'un des «intérêts de la société», dont parle le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, qui doivent, en vertu de l'article premier de la *Charte*, être soupesés avec ceux des particuliers.

Ces divers objectifs sont, à mon sens, suffisamment importants pour justifier l'existence d'une limite raisonnable imposée au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, à supposer que cette limite, en l'espèce l'extradition, respecte les autres exigences pertinentes pour l'application de l'article premier.

Les avocats des intimés allèguent cependant que l'extradition de leurs clients dans les circonstances de l'espèce ne respecte pas le critère de proportionnalité qui est le second grand critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*. Ils affirment d'abord qu'une telle mesure n'a pas de lien rationnel avec les objectifs visés. Les intimés sont des Canadiens et, ajoutent-ils, tous leurs actes reliés aux accusations ont été accomplis au Canada (une affirmation qui doit toutefois être atténuée au regard de ce que j'aurai à dire plus loin). Ils en concluent que,

conclude that, rationally, the offences should be prosecuted here.

I do not doubt that Canada has a sufficient interest to warrant its prosecuting the respondents. The activities of which they are accused constitute serious antisocial acts that would permit prosecution under several criminal provisions. But as is clear from *Libman v. The Queen*, *supra*, more than one country may have jurisdiction to prosecute an accused for a crime. There are also sufficient links to the United States to warrant that country to prosecute. In fact, the injurious effects of the crime would be felt in that country, for it is there that the illicit drugs would be distributed. Nor is that all. It appears that in both cases most, if not all, of the evidence and many of the witnesses are located in the United States. As the appellants point out, the discovery of the crimes, the police inquiries and the legal proceedings relating to these cases all originated there. Without the intervention of the United States, the crimes might never have been discovered.

I see nothing irrational in surrendering criminals to another country, even when they could be prosecuted for the same acts in Canada. It is often better that a crime be prosecuted where its harmful impact is felt and where the witnesses and the persons most interested in bringing the criminal to justice reside, and what I have said about where the witnesses and evidence are located certainly makes it rational in the present case.

The more serious attack of the respondents is based on the second component of the proportionality test. In *R. v. Oakes*, *supra*, Dickson C.J. observed that "the means, even if rationally connected to the objective ... should impair 'as little as possible' the right or freedom in question". The objective of transnational crimes, the respondents say, can, in the circumstances of the present cases, be achieved without infringing on the right set forth in s. 6(1) of the *Charter* by prosecuting them in Canada.

rationnellement, les infractions devraient faire l'objet de poursuites ici même au Canada.

Je ne doute pas que le Canada possède un intérêt suffisant pour le justifier de poursuivre les intimés. Les activités dont ils sont accusés constituent des actes antisociaux graves qui justifieraient des poursuites en vertu de plusieurs dispositions criminelles. Mais comme il ressort clairement de l'arrêt *Libman c. La Reine*, précité, il se peut que plus d'un pays ait compétence pour poursuivre une personne accusée d'un crime. Il y a également suffisamment de liens avec les États-Unis pour justifier ce pays de les poursuivre. En fait, les effets néfastes du crime se feraient ressentir dans ce pays puisque c'est là que les drogues illicites seraient écoulées. Ce n'est pas tout. Il appert que dans les deux cas la majeure partie, sinon la totalité, des éléments de preuve et de nombreux témoins se trouvent aux États-Unis. Comme le souligne l'appelant, la découverte des crimes, les enquêtes policières et les procédures judiciaires relatives à ces affaires ont toutes commencé là. Sans l'intervention des États-Unis, les crimes n'auraient peut-être jamais pu être découverts.

Je ne vois rien d'irrationnel à livrer des criminels à un autre pays, même lorsqu'ils pourraient être poursuivis au Canada pour les mêmes actes. Il est souvent préférable qu'un crime fasse l'objet de poursuites là où ses effets préjudiciables se font sentir et là où résident les témoins et les personnes les plus intéressées à faire traduire le criminel en justice, et ce que j'ai affirmé au sujet de l'endroit où se trouvent les témoins et les éléments de preuve fait que cela est certainement rationnel en l'espèce.

L'attaque la plus sérieuse des intimés est fondée sur le deuxième élément du critère de proportionnalité. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, le juge en chef Dickson fait observer que, «même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question». L'objectif de répression des crimes transnationaux, affirment les intimés, peut, dans les circonstances des présentes affaires, être atteint sans violer le droit garanti au par. 6(1) de la *Charte*, si on les poursuit au Canada.

The difficulty I have with this approach is that it seeks to apply the *Oakes* test in too rigid a fashion, without regard to the context in which it is to be applied. It must be remembered that the language of the *Charter*, which allows "reasonable limits", invites a measure of flexibility. As I noted in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 300:

> Though the *Charter* protects the individual from compulsion or restraint in violation of his rights, and a court must, as Dickson J. noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [[1985] 1 S.C.R. 295], at p. 344, interpret the rights it enshrines in "a generous rather than a legalistic" fashion, the protection accorded them, as he has also noted, can only be "within the limits of reason" (see *Hunter v. Southam Inc.* [[1984] 2 S.C.R. 145], at p. 156).

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, four of the seven judges expressly accepted a flexible approach to the proportionality test. Having referred to *R. v. Oakes* and a number of earlier cases, Dickson C.J. (speaking for himself, Chouinard and Le Dain JJ.) observed at p. 768 that the Court had stated that "the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances". He continued at pp. 768-69:

> Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

The Chief Justice then went on to accept a flexible approach to the proportionality test on the basis that "Legislative choices regarding alternative forms of business regulation do not generally impinge on the values and provisions of the *Charter*" (p. 772). Though I was prepared to go further, I was in complete agreement with all of this (p. 792).

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by

La difficulté que je vois dans ce point de vue est qu'on cherche à appliquer le critère de l'arrêt *R. c. Oakes* d'une manière trop rigide, sans égard au contexte dans lequel il doit être appliqué. Il faut se rappeler que le langage de la *Charte* qui permet des «limites raisonnables» favorise une certaine souplesse. Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 300:

> Bien que la *Charte* protège le particulier contre les contraintes ou les restrictions contraires à ses droits, et qu'un tribunal doive, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [[1985] 1 R.C.S. 295], à la p. 344, interpréter les droits qu'elle enchâsse d'une manière «libérale plutôt que formaliste», la protection qui leur est accordée, comme il l'a également souligné, ne peut être que «dans des limites raisonnables» (voir *Hunter c. Southam Inc.* [[1984] 2 R.C.S. 145], à la p. 156).

Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, quatre des sept juges ont accepté expressément une interprétation souple du critère de proportionnalité. Après avoir mentionné l'arrêt *R. c. Oakes* et un certain nombre d'arrêts antérieurs, le juge en chef Dickson (s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Chouinard et Le Dain) fait observer, à la p. 768, que la Cour avait affirmé que «la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances». Il a poursuivi, aux pp. 768 et 769:

> Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Puis, le Juge en chef a accepté une interprétation souple du critère de proportionnalité pour le motif que «Les choix du législateur concernant d'autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la *Charte*» (p. 772). Tout en étant disposé à aller plus loin, j'étais parfaitement d'accord avec tout cela (p. 792).

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une

the legislature. As the Ontario Court of Appeal put it in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, at p. 401: "In approaching the question objectively, it is recognized that the listed rights and freedoms are never absolute and that there are always qualifications and limitations to allow for the protection of other competing interests in a democratic society."

Turning specifically to extradition, the first point to note is that the interference with the right guaranteed by s. 6(1) is not, as previously mentioned, central to the concerns addressed by that provision. Furthermore, as is indicated in *Canada v. Schmidt*, *supra*, extradition practices have been tailored as much as possible for the protection of the liberty of the individual. It accords the same kinds of rights (though in a necessarily attenuated form) as are afforded to an accused under ss. 7 and 11 of the *Charter*. As against this somewhat peripheral *Charter* infringement must be weighed the importance of the objectives sought by extradition—the investigation, prosecution, repression and punishment of both national and transnational crimes for the protection of the public. These objectives, we saw, are of pressing and substantial concern. They are, in fact, essential to the maintenance of a free and democratic society. In my view, they warrant the limited interference with the right guaranteed by s. 6(1) to remain in Canada. That right, it seems to me, is infringed as little as possible, or at the very least as little as reasonably possible.

The foregoing conclusion is supported by the history of extradition in this country. Because of the facility with which criminals can escape from one country to the other, Canada and the United States have always been in the forefront of the development of this procedure. This special vulnerability—strongly accentuated today—made it imperative that little leniency be accorded citizens in this regard; see *Re Burley* (1865), 60 B.F.S.P. 1241, at p. 1261, *per* Richards J. For well over one hundred years, extradition has been part of the fabric of our law. Though this does not exempt it

société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité, à la p. 401: [TRADUCTION] «Si on aborde la question objectivement, il est reconnu que les droits et libertés énumérés ne sont jamais absolus et qu'il y a toujours des réserves et des restrictions qui permettent la protection d'autres intérêts opposés dans une société démocratique.»

Quant à l'extradition elle-même, le premier point à souligner est que la violation du droit garanti par le par. 6(1) n'est pas, comme je l'ai déjà mentionné, l'objet central des préoccupations visées par cette disposition. En outre, comme on l'indique dans l'arrêt *Canada v. Schmidt*, précité, les pratiques d'extradition ont été façonnées autant que possible pour la protection de la liberté de l'individu. Elle accorde les mêmes genres de droits (quoique sous une forme nécessairement atténuée) que ceux accordés à un accusé en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte*. En regard de cette violation quelque peu mineure de la *Charte*, il faut évaluer l'importance des objectifs visés par l'extradition, savoir les enquêtes et les poursuites, ainsi que la répression et la punition des crimes tant nationaux que transnationaux pour la protection du public. Ces objectifs, nous l'avons vu, constituent des préoccupations urgentes et réelles. En fait, ils sont essentiels au maintien d'une société libre et démocratique. À mon avis, ils justifient la violation limitée du droit garanti par le par. 6(1) de demeurer au Canada. Ce droit, me semble-t-il, est violé le moins possible, ou, tout au moins, le moins qu'il est raisonnablement possible de le faire.

L'historique de l'extradition au Canada appuie la conclusion qui précède. À cause de la facilité avec laquelle les criminels peuvent s'enfuir d'un pays à l'autre, le Canada et les États-Unis ont toujours été au premier rang du perfectionnement de cette procédure. En raison de cette vulnérabilité particulière—fortement accentuée de nos jours—il est devenu impératif d'accorder peu de clémence aux citoyens à cet égard: voir *Re Burley* (1865), 60 B.F.S.P. 1241, à la p. 1261, le juge Richards. L'extradition fait partie intégrante de notre droit depuis bien au-delà d'un siècle. Bien que cela n'ait

from *Charter* scrutiny, nevertheless, as the Ontario Court of Appeal noted in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, at p. 404: "the *Charter* was not enacted in a vacuum and the rights set out therein must be interpreted rationally having regard to the then existing laws and, in the instant case, to the position which Canada occupies in the world and the effective history of the multitude of extradition treaties it has had with other nations". As that court also observed (pp. 404-5), the remarks taken from Hansard, previously cited, at least indicate that the problem was not absent from the minds of those charged with approving the language of the *Charter*.

pas pour effet de la soustraire à l'examen fondé sur la *Charte*, il reste que, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité, à la p. 404: [TRADUCTION] «la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et les droits qui y sont énoncés doivent recevoir une interprétation rationnelle qui tienne compte des lois alors existantes et, dans la présente affaire, de la position que le Canada occupe dans le monde et de l'historique de la multitude de traités d'extradition qu'il a conclus avec d'autres nations». Comme cette cour l'a également fait observer (aux pp. 404 et 405), les remarques tirées du hansard, citées précédemment, indiquent au moins que ceux qui étaient chargés d'approuver le langage de la *Charte* connaissaient l'existence du problème.

This seems to me to be fully in accord with the following remarks of Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344, regarding the manner in which the *Charter* should be interpreted:

> The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

Cela me semble tout à fait conforme aux remarques suivantes que le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, a formulées au sujet de la manière dont il faut interpréter la *Charte*:

> Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

The approach I have adopted is akin to that followed by three members of this Court, the Chief Justice, Lamer J. and myself, in *R. v. Jones*, *supra*. That case concerned the pastor of a fundamentalist church who educated his children in the church basement and refused either to send his children to a public school as required by the Alberta *School Act* or to seek an exemption from that requirement as permitted by the Act if the school authorities determined that the children were receiving "efficient instruction". He argued, *inter alia*, that the requirement to seek an exemption infringed against his freedom of religion guaranteed under s. 2(*a*) of the *Charter*. Four of the

Le point de vue que j'ai adopté s'apparente à celui qu'ont suivi trois membres de cette Cour, savoir le Juge en chef, le juge Lamer et moi-même, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité. Dans cette affaire, le pasteur d'une église fondamentaliste enseignait à ses enfants dans le sous-sol de l'église et refusait soit d'envoyer ses enfants à l'école publique comme l'exigeait la *School Act* de l'Alberta, soit de demander une exemption de cette exigence comme le permettait la Loi si les autorités scolaires certifiaient que les enfants recevaient un «enseignement approprié». Il a allégué notamment que l'exigence de demander une exemption violait la liberté de religion que lui garantissait l'al. 2*a*) de la *Charte*.

judges (Beetz, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.), found it unnecessary to consider a s. 1 defence because, in their view, the appellant's religious rights had not been infringed, although Wilson J. added that such a defence would have failed for lack of evidence. The other three judges, however, decided the case on the basis that the appellant's religious rights had been infringed but held that the intrusion was of a minimal or peripheral character. His rights were, therefore, reasonably limited by the requirement that the education be certified as efficient because of the interest of the province, which the Court found compelling, in the "efficient instruction" of the young (p. 299).

Quatre des juges (les juges Beetz, McIntyre, Wilson et Le Dain) n'ont pas estimé nécessaire d'examiner un moyen de défense fondé sur l'article premier parce qu'à leur avis il n'y avait pas eu violation des droits religieux de l'appelant, bien que le juge Wilson ait ajouté que ce moyen de défense aurait échoué pour insuffisance de preuve. Les trois autres juges ont cependant statué sur le pourvoi en tenant pour acquis qu'il y avait eu violation des droits religieux de l'appelant, mais ils ont conclu que cette violation était minimale ou mineure. L'exigence d'une attestation que l'enseignement était approprié limitait donc ses droits de manière raisonnable à cause de l'intérêt, jugé impérieux par la Cour, qu'a la province à ce que la jeunesse reçoive un «enseignement approprié» (p. 299).

While the infringement in the present case would not appear to be as peripheral to the core rights protected by s. 6(1) of the *Charter* as to be described as minimal, it should be observed that the members of the Court who relied on s. 1 in *R. v. Jones* also stated that the same reasoning would apply to somewhat more intrusive situations, making it clear, however, that reasonable accommodation would have to be made and, in particular, that "it would be necessary to delicately and sensitively weigh the competing interests so as to respect, as much as possible, the religious convictions of the appellant as guaranteed by the *Charter*" (p. 298).

Bien qu'en l'espèce la violation des droits fondamentaux que protège le par. 6(1) de la *Charte* ne semble pas suffisamment mineure pour être qualifiée de minimale, on devrait souligner que les membres de la Cour qui se sont fondés sur l'article premier dans l'arrêt *R. c. Jones* ont également dit que le même raisonnement s'appliquerait à des situations où l'empiétement serait un peu plus marqué, tout en affirmant clairement qu'il faudrait arriver à des compromis raisonnables et, en particulier, qu'il «serait nécessaire d'évaluer avec délicatesse et tact les intérêts opposés, de manière à respecter, autant que possible, les convictions religieuses de l'appelant que protège la *Charte*» (p. 298).

As I noted earlier, the extradition arrangements we are considering here have sought to respect both the right to remain in Canada and the requirements of due process as much as possible.

Comme je l'ai déjà fait observer, les mesures d'extradition que nous examinons ici cherchent à respecter autant que possible à la fois le droit de demeurer au Canada et les exigences de l'application régulière de la loi.

As earlier noted, however, the respondents did not rely so much on the argument that extradition should not apply to citizens generally as upon the special circumstances of these cases. Indeed, the respondent Cotroni does not appear to deny that, in general, extradition is a reasonable limit on a citizen's right to remain in Canada. Both respondents argue, however, that extradition is not a reasonable limit in the circumstances of these particular cases, i.e., cases which present a situation

Je répète cependant que les intimés n'ont pas beaucoup insisté sur l'argument que l'extradition ne devrait pas s'appliquer aux citoyens en général de la même manière qu'elle s'applique aux circonstances particulières des présentes affaires. En fait, l'intimé Cotroni ne paraît pas nier qu'en général l'extradition constitue une limite raisonnable imposée au droit d'un citoyen de demeurer au Canada. Les deux intimés allèguent cependant que l'extradition ne constitue pas une limite raisonnable dans

where (1) the accused is a Canadian citizen; (2) the conduct of the accused with respect to the alleged crime took place entirely in Canada; and (3) the accused could be charged with the offence under Canadian as well as United States law.

Before going on to more general considerations respecting these submissions, I wish to make a few specific observations about them. In the first place, I think the manner in which the second point is put places a rather misleading colouration on what occurred in these cases. The respondents were undoubtedly physically present in Canada when, as it is alleged, they participated in the acts in respect which they are charged with the relevant offences. But the transactions in which they are alleged to have been engaged in were transnational in nature. The allegations are that they were designed and put into effect in cooperation with associates in the United States to have impact in that country. As such, the United States, as well as Canada, could properly exercise jurisdiction in respect of the alleged offences.

Drug traffickers organize their affairs on the basis of the international market for narcotics. Modern communication means the territoriality of wrongdoing is no longer the determining factor for criminal law jurisdiction over international crime. Why should the territoriality of the wrongdoing be so important under constitutional law? Indeed the locus of the wrongdoing seems irrelevant to the s. 6(1) *Charter* right which purports to allow Canadian citizens to remain physically in Canada. My view is that while continued physical presence in Canada may be relevant under ss. 1 and 6 of the *Charter*, the locus of wrongdoing is not.

A second observation I wish to make is that the sole difference between the situation in these cases and that approved in the passage in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, at p. 405, last cited, is that the acts personally committed by

les circonstances des présentes affaires, c.-à-d. dans les cas (1) où l'accusé est un citoyen canadien, (2) où la conduite de l'accusé relativement au crime allégué se situe entièrement au Canada, et (3) où l'accusé pourrait être inculpé de l'infraction aussi bien en vertu de la loi canadienne qu'en vertu de la loi américaine.

Avant de passer à des considérations plus générales concernant ces arguments, je tiens à faire quelques observations précises à leur sujet. D'abord, je crois que la façon dont ils font valoir le second point dénature quelque peu ce qui s'est produit dans ces affaires. Il ne fait pas de doute que les intimés étaient physiquement présents au Canada au moment où ils auraient participé aux actes pour lesquels ils doivent répondre aux accusations en question. Cependant, les opérations qu'ils auraient effectuées étaient de nature transnationale. On allègue qu'elles étaient conçues et mises à exécution en collaboration avec des partenaires aux États-Unis afin qu'elles aient des répercussions dans ce pays. À ce titre, les États-Unis, tout comme le Canada, pouvaient exercer à bon droit leur compétence relativement aux infractions alléguées.

Les trafiquants de drogue organisent leurs affaires en fonction du marché international des stupéfiants. Les moyens de communication modernes font en sorte que la territorialité du méfait ne constitue plus le facteur déterminant de la compétence en droit criminel sur le crime international. Pourquoi alors la territorialité du méfait devrait-elle avoir une si grande importance en droit constitutionnel? En fait, le lieu où a été commis le méfait semble sans rapport avec le droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte* qui a pour objet de permettre aux citoyens canadiens de demeurer physiquement au Canada. Je suis d'avis que, bien que la présence physique continue au Canada puisse être pertinente sous le régime de l'article premier et de l'art. 6 de la *Charte*, le lieu du méfait ne l'est pas.

Je tiens ensuite à faire observer que la seule différence qui existe entre la situation dans ces affaires et celle qui est approuvée dans le dernier passage tiré de l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité, à la p. 405, est que

Rauca took place entirely outside Canada. I am unable to understand, however, how the right to remain in Canada is more affected in one case than the other. Moreover, if the generally recognized limit does not apply where the accused may be prosecuted in Canada, it is difficult to see why Canada should be able to extradite any Canadian, for it may under international law prosecute crimes by Canadians wherever committed. Why should it not take that step to avoid violating the constitutional right accorded by s. 6?

les actes personnellement accomplis par Rauca ont tous été accomplis en dehors du Canada. Je n'arrive cependant pas à comprendre comment le droit de demeurer au Canada est plus touché dans un cas que dans l'autre. En outre, si la limite généralement reconnue ne s'applique pas lorsque l'accusé peut être poursuivi au Canada, il est difficile de voir pourquoi le Canada devrait être capable d'extrader un Canadien, parce qu'il peut, en vertu du droit international, poursuivre des Canadiens pour des crimes peu importe où ces crimes ont été commis. Pourquoi ne pourrait-il pas prendre cette mesure pour éviter de violer le droit constitutionnel reconnu à l'art. 6?

I turn now to more general considerations. Extradition, we saw, has been a major tool of international cooperation in bringing fugitives to justice and combatting crime. But for a system of extradition to be effective, reliance must be placed on the initiative and cooperation of law enforcement and judicial and administrative bodies at many levels and in many countries. A general exception for a Canadian citizen who could be charged in Canada would, in my view, interfere unduly with the objectives of the system of extradition. It would often occur, for example, that a person could not be convicted in Canada because of lack of evidence here. Again, what initiative would law enforcement agencies in one country have to investigate a crime that could not be successfully prosecuted? As well, there are many cases where all the conspirators should be tried together. These are only a few of the difficulties that would arise. On the other hand, to require judicial examination of each individual case to see which could more effectively and fairly be tried in one country or the other would pose an impossible task and seriously interfere with the workings of the system. The present case itself is an illustration of many of the practical considerations that should be borne in mind in considering the matter. As already mentioned, the alleged crimes were discovered in the United States, the investigations and legal proceedings originated there, and most of the witnesses and other evidence are in that country. Indeed, the impact of the crimes would primarily be felt in that country. These and other

Passons maintenant à des considérations plus générales. L'extradition, comme nous l'avons vu, a été un outil majeur de coopération internationale pour ce qui est de traduire en justice des fugitifs et de lutter contre le crime. Mais pour qu'un système d'extradition soit efficace, il faut pouvoir compter sur l'initiative et la coopération d'organismes chargés d'appliquer la loi, de corps judiciaires et administratifs à maints paliers et dans plusieurs pays. À mon avis, une exception générale dont bénéficierait un citoyen canadien qui pourrait être accusé au Canada porterait atteinte indûment aux objectifs du système d'extradition. Il arriverait fréquemment, par exemple, qu'une personne ne puisse être reconnue coupable au Canada à cause du manque de preuve ici. D'ailleurs, pourquoi des organismes chargés d'appliquer la loi dans un pays devrait-ils enquêter sur un crime qui ne peut faire l'objet de poursuites fructueuses? Il y a également de nombreux cas où tous les comploteurs devraient subir leur procès ensemble. Ce ne sont que quelques-unes des difficultés qui se poseraient. D'autre part, exiger un examen judiciaire de chaque cas particulier pour découvrir lequel pourrait le plus efficacement et équitablement faire l'objet d'un procès dans un pays ou dans l'autre imposerait une tâche impossible et entraverait sérieusement le fonctionnement du système. La présente affaire illustre elle-même un bon nombre des considérations pratiques qu'il faut avoir à l'esprit en examinant la question. Comme je l'ai déjà mentionné, les crimes allégués ont été découverts aux États-Unis, les enquêtes et les procédures judiciaires ont com-

factors strongly militate against the view advanced by the respondents.

These considerations go beyond mere administrative convenience. They go to the very purpose for which a system of extradition is put in place. In particular, the interests of society in bringing a fugitive to justice at a trial where his or her guilt or innocence can be properly determined would be seriously impaired. Such an approach, moreover, tends to weaken the system generally, and so the objectives it serves, by sapping the trust and good faith that must exist between nations and their officials and law enforcement agencies at many levels. In *Canada v. Schmidt*, *supra*, the Court noted at p. 524:

> The present system of extradition works because courts give the treaties a fair and liberal interpretation with a view to fulfilling Canada's obligations, reducing the technicalities of criminal law to a minimum and trusting the courts in the foreign country to give the fugitive a fair trial . . . .

A comment I made in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, (now approved by a majority of this Court: see *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 488) seems appropriate here. I stated at pp. 794-95:

> Given that the objective is of pressing and substantial concern, the Legislature must be allowed adequate scope to achieve that objective. It must be remembered that the business of government is a practical one. The Constitution must be applied on a realistic basis having regard to the nature of the particular area sought to be regulated and not on an abstract theoretical plane. In interpreting the Constitution, courts must be sensitive to what Frankfurter J. in *McGowan*, *supra*, at p. 524 calls "the practical living facts" to which a legislature must respond.

The foregoing considerations are relevant to the respondent El Zein's submission that there was a

mencé là, et la majeure partie des témoins et des autres éléments de preuve se trouvent dans ce pays. En fait, les répercussions des crimes se feraient d'abord sentir dans ce pays-là. Ces facteurs et d'autres militent fortement contre le point de vue avancé par les intimés.

Ces considérations vont au-delà de la simple commodité administrative. Elles touchent à l'objet même de la mise en place d'un système d'extradition. En particulier, il y aurait atteinte grave à l'intérêt qu'a la société à ce qu'un fugitif soit traduit en justice dans le cadre d'un procès où il sera possible de déterminer régulièrement sa culpabilité ou son innocence. En outre, ce point de vue tend à affaiblir le système en général, et par le fait même les objectifs qu'il sert, en minant la confiance et la bonne foi qui doivent exister entre les nations et leurs représentants et les organismes chargés d'appliquer la loi à maints paliers. Dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, précité, la Cour souligne, à la p. 524:

> Le système actuel d'extradition fonctionne parce que les tribunaux donnent aux traités une interprétation juste et libérale destinée à remplir les obligations du Canada et à réduire au minimum le recours aux formalités du droit criminel, tout en comptant sur les tribunaux du pays étranger pour donner au fugitif un procès équitable . . .

Un commentaire que j'ai fait dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité (maintenant approuvé par cette Cour à la majorité: voir *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, à la p. 488) semble approprié ici. Voici ce que j'affirme, aux pp. 794 et 795:

> Étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite. En interprétant la Constitution, les tribunaux doivent être conscients de ce que le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McGowan*, précité, à la p. 524, appelle [TRADUCTION] «la réalité pratique de la vie», à laquelle le législateur doit répondre.

Les considérations qui précèdent sont pertinentes relativement à la prétention de l'intimé El Zein

readily available substitute for extradition that would not infringe on the right of a citizen to remain in Canada. Canada, he maintained, could adopt the practice followed by some European countries of refusing extradition and prosecuting their own nationals for crimes wherever committed. In a recent article, J. G. Castel and Sharon A. Williams, "The Extradition of Canadian Citizens and Sections 1 and 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", in *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25 (1987), at pp. 268-69, the authors recount the widespread criticism of this practice. "This attitude of lack of faith and actual distrust", they observe, "is not in keeping with the spirit behind extradition treaties." They further observe that prosecution by the requested state does not constitute an acceptable substitute for extradition. At pages 268-69, they state:

> ... even where the requested state has jurisdiction to prosecute based on the nationality of the fugitive, it places the fugitive in a privileged position, as the state of nationality has no real interest in prosecuting him or her for an offence in a foreign state, perhaps against foreign persons, with remote sources of evidence and general lack of contact with the scene of the crime. The practical objections that can be raised constitute a grave handicap to both prosecution and defence counsel. Shearer suggests that: "[W]here the result is the acquittal of the accused—the chances of which are substantially increased by trial under such conditions—the charge can all too easily be made by the authorities of the *locus delicti* that the prosecuting State performed its duty without effort or enthusiasm."

As I noted earlier, extradition is now part of the fabric of our law. The countries where the system we are invited to adopt exists have a completely different criminal justice system, the inquisitorial system, which includes quite different rules and practices for obtaining and presenting evidence. To apply the concept in relation to those countries would require a substantial revamping of our system in a manner that would probably not meet

qu'il existe une autre mesure qui pourrait facilement remplacer l'extradition et qui ne violerait pas le droit d'un citoyen de demeurer au Canada. Le Canada, soutient-il, pourrait adopter la pratique suivie par certains pays européens, qui consiste à refuser l'extradition et à poursuivre leurs propres ressortissants pour des crimes peu importe où ils ont été commis. Dans un article récent de J. G. Castel et Sharon A. Williams intitulé «The Extradition of Canadian Citizens and Sections 1 and 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25 (1987), aux pp. 268 et 269, les auteurs font état de la critique généralisée de cette pratique. [TRADUCTION] «Cette attitude de manque de confiance et de véritable méfiance», font-ils observer, «n'est pas conforme à l'esprit qui sous-tend les traités d'extradition.» Ils font en outre remarquer que les poursuites par l'État à qui la demande est faite ne remplacent pas de manière acceptable l'extradition. Voici ce qu'ils affirment, aux pp. 268 et 269:

> [TRADUCTION] ... même dans le cas où l'État à qui la demande est faite a compétence pour poursuivre en raison de la nationalité du fugitif, cela place le fugitif dans une situation privilégiée étant donné que l'État dont il possède la nationalité n'a pas véritablement intérêt à le poursuivre pour une infraction commise dans un pays étranger, peut-être même contre des étrangers, en disposant de sources de preuve éloignées et sans généralement avoir aucune connaissance du lieu du crime. Les objections pratiques qui peuvent être soulevées constituent un obstacle grave pour les avocats de la défense et du ministère public. Shearer laisse entendre que: «[S]'il en résulte l'acquittement de l'accusé, dont les chances qu'il se produise sont sensiblement accrues par la tenue d'un procès dans ces conditions, les autorités du lieu du crime ne peuvent que trop facilement accuser l'État poursuivant d'avoir fait son devoir sans effort ni enthousiasme.»

Comme je l'ai déjà souligné, l'extradition fait maintenant partie intégrante de notre droit. Les pays où existe le système qu'on nous invite à adopter ont un système de justice criminelle complètement différent, le système inquisitoire, qui comporte des règles et des pratiques tout à fait différentes en matière d'obtention et de présentation de la preuve. L'application du concept qui prévaut dans ces pays exigerait une réorganisation

Charter requirements. Cooperation with common law countries would be seriously limited as well. If a prosecution was held here, witnesses would frequently be required from those countries. Reciprocity would be expected for similar prosecutions there, but this might well require that Canadians be compelled to leave Canada for the purpose, a procedure that, if the rigid approach advanced is taken, would itself involve infringement of the s. 6(1) right.

Apart from these difficulties, what the respondent El Zein really asks the Court to do is to decide which of two systems should be adopted for the fulfillment of a legislative objective where many imponderables must be considered. I need not dwell on the appropriateness of this course, however, because for reasons I have already given, there are many cases where it is preferable for an accused to be tried in a foreign country rather than in Canada that can only be determined by prosecutorial discretion in a specific context. A system under which each country would prosecute its own nationals would simply not be effective. It would invite disagreement between the two countries to the detriment of international cooperative schemes for the prosecution and suppression of crime.

Counsel for the respondent, however, argued that the limitation on the right under s. 6(1) could not be justified under s. 1 because the question whether extradition will take place or not is left completely to discretion and there are no criteria set forth for the exercise of that discretion. This argument was recently dealt with and rejected by Hanssen J. in a case very similar to the present, *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129. When analyzed, it is clear that the principal discretion involved is that of the Attorney General of Canada or of a province, as the case may be, to prosecute or not to prosecute. The effective enforcement of criminal law would be impossible if someone were not vested with that discretion (see *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686), and this Court has on at least two occasions indicated that prosecutorial

importante de notre système d'une manière qui ne respecterait probablement pas les exigences de la *Charte*. La coopération avec les pays de *common law* serait également sérieusement restreinte. Si des poursuites avaient lieu ici, il serait souvent nécessaire de faire venir des témoins de ces pays. On s'attendrait à la réciprocité pour des poursuites semblables dans ces pays, ce qui pourrait bien exiger que des Canadiens quittent le Canada à cette fin, une procédure qui, si on adopte l'interprétation stricte proposée, comporterait elle-même une violation du droit garanti par le par. 6(1).

Ces difficultés mises à part, ce que l'intimé El Zein demande en réalité à la Cour de faire c'est de décider lequel de deux systèmes devrait être adopté pour réaliser un objectif législatif lorsqu'il faut tenir compte de nombreux impondérables. Il n'est cependant pas nécessaire que je m'arrête sur l'à-propos de cette démarche parce que, pour les motifs que j'ai déjà donnés, il est souvent préférable qu'un accusé subisse son procès dans un pays étranger plutôt qu'au Canada, ce qui ne peut être établi qu'au moyen d'un pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans un contexte précis. Un système selon lequel chaque pays poursuivrait ses propres ressortissants serait tout simplement inefficace. Il favoriserait les mésententes entre les deux pays au détriment des programmes coopératifs internationaux de poursuites et de répression du crime.

L'avocat de l'intimé a cependant fait valoir que la limite imposée au droit reconnu au par. 6(1) ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier parce que la question de savoir si l'extradition sera réalisée ou non relève entièrement d'un pouvoir discrétionnaire et aucun critère n'est établi concernant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Cet argument a récemment été examiné et rejeté par le juge Hanssen dans une affaire très semblable à celle-ci, *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129. Il ressort d'une analyse que le principal pouvoir discrétionnaire en cause est celui qu'a le procureur général du Canada ou d'une province, selon le cas, de poursuivre ou de ne pas poursuivre. L'application efficace du droit criminel serait impossible si personne ne détenait ce pouvoir discrétionnaire (voir *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686), et cette

discretion is consistent with *Charter* requirements of fundamental justice: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 411. The same reasons underlie the necessity for permitting a discretion to decide whether a Canadian should be prosecuted in Canada or abroad. Of course, the authorities must give due weight to the constitutional right of a citizen to remain in Canada. They must in good faith direct their minds to whether prosecution would be equally effective in Canada, given the existing domestic laws and international cooperative arrangements. They have an obligation flowing from s. 6(1) to assure themselves that prosecution in Canada is not a realistic option. As the Court observed in *R. v. Beare*, *supra*, at p. 411, "if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie . . . ."

In practice, the decision whether to prosecute, or not to prosecute in this country and allow the authorities in another country to seek extradition, is made following consultations between the appropriate authorities in the two countries. The factors that will usually affect such a decision were recently considered by Hanssen J. in *United States of America v. Swystun*, *supra*, at pp. 133-34. These factors include:

- where was the impact of the offence felt or likely to have been felt,
- which jurisdiction has the greater interest in prosecuting the offence,
- which police force played the major role in the development of the case,
- which jurisdiction has laid charges,
- which jurisdiction has the most comprehensive case,
- which jurisdiction is ready to proceed to trial,
- where is the evidence located,
- whether the evidence is mobile,
- the number of accused involved and whether they can be gathered together in one place for trial,
- in what jurisdiction were most of the acts in furtherance of the crime committed,

Cour a, à au moins deux reprises, indiqué que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre est conforme aux exigences de justice fondamentale de la *Charte*: voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 348; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 411. Les mêmes raisons sous-tendent la nécessité de permettre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de décider si un Canadien doit être poursuivi au Canada ou à l'étranger. Évidemment, les autorités doivent accorder sa pleine valeur au droit constitutionnel d'un citoyen de demeurer au Canada. Elles doivent de bonne foi se demander si la poursuite aurait la même efficacité au Canada, compte tenu des lois internes et des programmes coopératifs internationaux existants. Le paragraphe 6(1) leur impose l'obligation de s'assurer que la poursuite au Canada n'est pas une option réaliste. Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *R. c. Beare*, précité, à la p. 411, «si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte* . . .»

En pratique, la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre ici et de permettre aux autorités d'un autre pays de demander l'extradition est prise après consultation entre les autorités compétentes des deux pays. Les facteurs qui influent normalement sur une telle décision ont récemment été examinés par le juge Hanssen dans l'arrêt *United States of America v. Swystun*, précité, aux pp. 133 et 134. Parmi ceux-ci:

[TRADUCTION]

- où se sont fait sentir les effets de l'infraction, ou encore, où sont-ils susceptibles de s'être fait sentir,
- quel ressort a le plus grand intérêt à poursuivre l'auteur de l'infraction,
- quel corps policier a contribué le plus à l'avancement de l'affaire,
- quel ressort a porté les accusations,
- quel ressort dispose de la preuve la plus complète,
- quel ressort est disposé à procéder au procès,
- où se trouvent les éléments de preuve,
- les éléments de preuve sont-ils mobiles,
- le nombre d'accusés impliqués et s'il est possible de les réunir au même endroit pour les juger,
- dans quel ressort ont été accomplis la plupart des actes permettant de réaliser le crime commis,

- the nationality and residence of the accused,
- the severity of the sentence the accused is likely to receive in each jurisdiction.

As Hanssen J. observed, at p. 134, "... it is apparent from an examination of the factors listed above that although a fugitive may not have personally performed any act in the foreign jurisdiction in furtherance of the crime with which he is charged, that jurisdiction, for a variety of reasons may still be the most effective place for him to be prosecuted."

As I noted earlier, the effective prosecution and the suppression of crime is a social objective of a pressing and substantial nature, and it is imperative today that this objective be effectively pursued on the international as well as on the national plane. In doing this, I am satisfied that some infringement of the right of s. 6(1) is warranted. Speaking specifically of transnational crimes, Hanssen J., in a passage with which I am in entire agreement, stated at p. 133:

> I am satisfied that this objective is of sufficient importance to warrant overriding the constitutionally protected right of a citizen to remain in Canada even when all of the alleged acts constituting the crime took place in Canada and also constitute a crime which can be prosecuted here. A general policy of refusing to extradite our citizens in such cases would reduce the effectiveness of extradition as a major tool in combatting transnational crime. The mere fact that a fugitive may be prosecuted in Canada does not necessarily lead to an effective and efficient prosecution even when all of the constituent elements of the crime occurred in Canada.

Counsel for El Zein also drew attention to the executive discretion to surrender, but I do not think it is of much relevance here. In the absence of proceedings against the accused in this country, Canada is under an international obligation to surrender a person accused of having committed a crime listed in an extradition treaty if it meets the requirements of the treaty, in particular presenting sufficient evidence before a judge to satisfy the requirements of a *prima facie* case. There is, it is true, some discretion in the federal government

- la nationalité et le domicile de l'accusé,
- la sévérité de la peine dont l'accusé est passible dans chaque ressort.

Comme l'a fait observer le juge Hanssen, à la p. 134, [TRADUCTION] «... il se dégage de l'examen des facteurs énumérés ci-dessus que bien qu'il se puisse qu'un fugitif n'ait pas personnellement accompli dans le ressort étranger un acte permettant de réaliser le crime dont il est accusé, il se peut que ce ressort demeure, pour diverses raisons, le meilleur endroit pour le poursuivre.»

Comme je l'ai souligné antérieurement, les poursuites criminelles fructueuses et la répression du crime constituent un objectif social qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, et il est impérieux de nos jours que l'on poursuive efficacement la réalisation de cet objectif tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle nationale. Je suis persuadé qu'en ce faisant un certain empiétement sur le droit garanti au par. 6(1) est justifié. Parlant précisément des crimes transnationaux, le juge Hanssen, dans un passage avec lequel je suis tout à fait d'accord, affirme, à la p. 133:

> [TRADUCTION] Je suis convaincu que cet objectif est suffisamment important pour justifier la suppression du droit constitutionnel d'un citoyen de demeurer au Canada, même lorsque tous les actes constituant le crime allégué ont été accomplis au Canada et constituent également un crime qui peut faire l'objet de poursuites ici même. Une politique générale qui consisterait à refuser d'extrader nos citoyens en pareils cas réduirait l'efficacité de l'extradition en tant qu'outil majeur de lutte contre le crime transnational. Le simple fait qu'un fugitif puisse être poursuivi au Canada n'entraîne pas nécessairement des poursuites efficaces et efficientes même lorsque tous les éléments constitutifs du crime se sont produits au Canada.

L'avocat d'El Zein a également attiré l'attention sur le pouvoir discrétionnaire d'extradition que peut exercer l'exécutif, mais je ne pense pas qu'il ait beaucoup d'importance ici. Vu l'absence de procédures contre l'accusé au Canada, notre pays a l'obligation, sur le plan international, de livrer une personne accusée d'un crime énuméré dans un traité d'extradition si les exigences du traité sont respectées, en particulier si on présente à un juge assez d'éléments pour constituer une preuve suffisante à première vue. Il est vrai qu'en vertu des

under the treaties to refuse surrender, for example, where the crime is one of a political character. There may, as well, be cases where the government, for high political purposes or for the protection of an accused, may be prepared not to conform with a treaty. But this executive discretion would rarely be exercised and is impossible to define in the abstract. That is scarcely surprising. The extradition process is not arbitrary, unfair or based on irrational considerations. As was noted in *Canada v. Schmidt*, *supra*, at p. 515, the procedure is tailored with an eye to the liberty of the individual.

I might add that I find the argument that the fact that the executive discretion to refuse surrender and the duty to present requests for extradition in court, both fall within the responsibilities of the Minister of Justice, somehow create an unacceptable conflict to have no merit. Of no substance either is the contention that the executive power to surrender, which is derived from the treaty, is not a "law" within the meaning of s. 1 of the *Charter* and so cannot justify the infringement of a *Charter* right. The executive power and the treaty derive their validity, for purposes of domestic law, from s. 3 of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.

Secondary Issues

In addition to the constitutional questions already discussed, the respondents raised a number of secondary issues.

One issue raised by the respondent Cotroni is whether it was necessary for the appellants to produce the tapes of intercepted telephone communications rather than the transcripts. On this issue it is sufficient to say that I agree with the conclusion reached on this point by the courts below. It raises no jurisdictional point and the weight to be attached to the evidence was for the extradition judge to determine.

For his part, the respondent El Zein briefly questioned the jurisdiction of the United States in

traités le gouvernement fédéral possède un certain pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition, par exemple, lorsque le crime est de caractère politique. Il peut également arriver que le gouvernement, pour des fins politiques supérieures ou pour la protection d'un accusé, soit disposé à ne pas respecter un traité. Mais ce pouvoir discrétionnaire de l'exécutif est rarement exercé et il est impossible de le définir dans l'abstrait. Cela n'est guère surprenant. Le processus d'extradition n'est ni arbitraire, ni injuste, ni fondé sur des considérations irrationnelles. Comme on l'a noté dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, à la p. 515, la procédure traduit un souci de la liberté de l'individu.

J'ajouterais que je considère non fondé l'argument selon lequel le fait que le pouvoir discrétionnaire qu'a l'exécutif de refuser de livrer une personne et l'obligation de présenter des demandes d'extradition aux tribunaux relèvent tous deux des responsabilités du ministre de la Justice, crée en quelque sorte un conflit inacceptable. Est également sans fondement l'allégation que le pouvoir de l'exécutif de livrer une personne, qui découle du traité, n'est pas une «règle de droit» au sens de l'article premier de la *Charte* et ne saurait donc justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Le pouvoir de l'exécutif et le traité tirent leur validité, aux fins du droit interne, de l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21.

Les questions secondaires

En plus des questions constitutionnelles déjà analysées, les intimés ont soulevé un certain nombre de questions secondaires.

Une question soulevée par l'intimé Cotroni est de savoir si l'appelant devait produire les bandes sonores des communications téléphoniques interceptées plutôt que les transcriptions. Il suffit de dire à ce sujet que je suis d'accord avec la conclusion à laquelle sont arrivés les tribunaux d'instance inférieure sur ce point. Elle ne soulève aucune question de compétence et il appartenait au juge d'extradition de déterminer la valeur qui devait être accordée à la preuve.

L'intimé El Zein a pour sa part mis brièvement en doute la compétence des États-Unis à l'égard

respect of the offences he is alleged to have committed, but here too I think the issue was properly decided in the courts below, specifically by Downs J.

Finally, counsel for El Zein argued that the type of crime of which his client was charged now carried a minimum penalty of ten years and that such a penalty had been held to violate the *Charter* in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045. The reason the provision in that case was struck down was because its breadth was such that it could apply to persons in circumstances that would constitute cruel and unusual punishment. It is not for this Court to pass upon the validity of the laws of other countries. If, it is true, the power to surrender were exercised in respect of a person for whom such a penalty would constitute cruel and unusual punishment, the courts could review the matter: see *Canada v. Schmidt*, *supra*, at pp. 523-24. But that is not this case. There is nothing in the record to indicate that the accused in any way fitted the description of the individual postulated in *R. v. Smith (Edward Dewey)* (p. 1053)—"a young person . . . caught with only one, indeed . . . his or her first 'joint of grass' ".

Disposition

For these reasons, I would allow the appeals, reverse the judgments of the Court of Appeal and restore the judgments of the superior court on *habeas corpus*. The respondents should be committed for surrender pursuant to the orders of the extradition judges, which should be restored.

I would answer both constitutional questions in the affirmative.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had an opportunity to read the reasons for judgment of my colleague Justice La Forest and, while I agree with him that the respondents' rights under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed, I am unable to accept his conclusion that their extradition to the United

des infractions qu'on lui reproche, mais ici également je crois que la question a été correctement tranchée par les tribunaux d'instance inférieure et, plus précisément, par le juge Downs.

Enfin, l'avocat d'El Zein a soutenu que le genre de crime dont son client est accusé est maintenant punissable d'une peine minimale de dix ans et qu'on a conclu dans l'arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, qu'une telle peine viole la *Charte*. La disposition en cause dans cette affaire a été invalidée parce que sa portée était telle qu'elle pouvait s'appliquer à des personnes dans des circonstances qui constitueraient une peine cruelle et inusitée. Il n'appartient pas à cette Cour de se prononcer sur la validité des lois d'autres pays. Il est vrai que, si le pouvoir d'extrader était exercé à l'égard d'une personne pour laquelle une telle peine serait cruelle et inusitée, les tribunaux pourraient se pencher sur la question: voir *Canada c. Schmidt*, précité, aux pp. 523 et 524. Mais ce n'est pas le cas ici. Rien dans le dossier n'indique que l'accusé correspond de quelque façon à la description de l'individu envisagé dans l'arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)* (à la p. 1053): «la jeune personne qui . . . aurait été surprise en possession d'un seul, et même . . . de son premier «joint de mari» ».

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmer les arrêts de la Cour d'appel et de rétablir les jugements de la Cour supérieure relativement à l'*habeas corpus*. Les intimés doivent être incarcérés en vue d'être extradés conformément aux ordonnances des juges d'extradition qui doivent être rétablies.

Je suis d'avis de répondre aux deux questions constitutionnelles par l'affirmative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge La Forest et, bien que je partage son opinion qu'il y a eu violation des droits que le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux intimés, je suis incapable d'accepter sa conclusion que, d'après les faits de la présente

States in the circumstances of this case constitutes a reasonable limit which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

1. The Facts

The facts of these cases may be summarized briefly as follows:

(A) *Mr. Cotroni*

(i) Mr. Cotroni is a Canadian citizen;

(ii) on August 30, 1983 he was arrested in Canada pursuant to a warrant issued under the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, and the Extradition Treaty between Canada and the United States, C.T.S. 1976;

(iii) the warrant alleged that Mr. Cotroni participated in a conspiracy to possess and distribute heroin in the United States;

(iv) all of Cotroni's actions relating to the alleged conspiracy took place in Canada and at no time did Cotroni leave Canada.

(B) *Mr. El Zein*

(i) Mr. El Zein is a Canadian citizen;

(ii) on December 17, 1984 he was arrested in Canada pursuant to a warrant issued under the *Extradition Act* and the Extradition Treaty between Canada and the United States;

(iii) the warrant alleged that El Zein had imported heroin into the United States and that he participated in a conspiracy to import and distribute heroin in the United States;

(iv) all of El Zein's actions relating to the allegations took place in Canada and at no time did El Zein leave Canada.

The extradition of each accused to the United States was sought on the ground that the drug enforcement laws of the United States extend beyond the territorial boundaries of the United States where the object of the illegal activity is to bring the drugs into the United States. Canada has similar legislation governing the importation of

affaire, leur extradition vers les États-Unis constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, en application de l'article premier de la *Charte*.

1. Les faits

Voici un bref résumé des faits des présentes affaires:

(A) *M. Cotroni*

(i) M. Cotroni est un citoyen canadien;

(ii) le 30 août 1983, il a été arrêté au Canada en vertu d'un mandat décerné conformément à la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, et au Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, *R.T. can* 1976;

(iii) dans le mandat, il était allégué que M. Cotroni avait participé à un complot en vue de posséder et de faire le trafic de l'héroïne aux États-Unis;

(iv) tous les actes de Cotroni relatifs au complot allégué ont été accomplis au Canada et à aucun moment Cotroni n'a quitté le Canada.

(B) *M. El Zein*

(i) M. El Zein est un citoyen canadien;

(ii) le 17 décembre 1984, il a été arrêté au Canada en vertu d'un mandat décerné conformément à la *Loi sur l'extradition* et au Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis;

(iii) dans le mandat, il était allégué qu'El Zein avait importé de l'héroïne aux États-Unis et qu'il avait participé à un complot en vue d'importer et de faire le trafic de l'héroïne aux États-Unis;

(iv) tous les actes d'El Zein relatifs aux allégations ont été accomplis au Canada et à aucun moment El Zein n'a quitté le Canada.

On a demandé l'extradition de chacun des accusés vers les États-Unis en faisant valoir que les lois américaines en matière de drogues s'appliquent au-delà des frontières des États-Unis lorsque l'activité illégale a pour objet d'introduire des drogues aux États-Unis. Le Canada a des lois semblables qui régissent l'importation de drogues au Canada

drugs into and the exportation of drugs out of Canada. It is common ground that each accused could have been charged by Canadian authorities with violating s. 423(1)(*d*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 and s. 5 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1.

2. The Issues

At their respective extradition hearings both Cotroni and El Zein were committed for surrender to the United States. Both appealed their committals, first unsuccessfully to the Quebec Superior Court and then successfully to the Quebec Court of Appeal, on the basis that their extradition to the United States violated s. 6(1) of the *Charter*. The United States asked for and was granted leave to challenge the findings of the Quebec Court of Appeal in this Court. The following constitutional questions were set by Justice Lamer:

1. Does the surrender of a Canadian citizen to a foreign state constitute an infringement of his right to remain in Canada as set out in s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the surrender of such citizen constitutes a *prima facie* infringement of his right to remain in Canada, does the surrender of respondent in the circumstances of this case constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Section 6(1) of the *Charter*

Section 6(1) of the *Charter* provides:

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

In the Quebec Court of Appeal it was conceded by counsel for the United States that the extradition process as contemplated by the *Extradition Act* and the Extradition Treaty between Canada and the United States violated s. 6(1) of the *Charter*. However, on appeal to this Court, counsel for the United States argued that the rights enumerated in the *Charter*, even without reference to s. 1, were not absolute but were subject to internal qualifications and limits. Counsel therefore interainsi que leur exportation. Tous reconnaissent que les autorités canadiennes auraient pu inculper chacun des accusés d'avoir enfreint l'al. 423(1)*d*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et l'art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

2. Les questions en litige

Suite à leurs audiences d'extradition respectives, Cotroni et El Zein ont tous deux fait l'objet d'une ordonnance d'incarcération en vue de leur extradition vers les États-Unis. Tous deux ont interjeté appel de leurs ordonnances d'incarcération respectives, d'abord sans succès devant la Cour supérieure du Québec puis avec succès devant la Cour d'appel du Québec, pour le motif que leur extradition vers les États-Unis violait le par. 6(1) de la *Charte*. Les États-Unis ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour contre les conclusions de la Cour d'appel du Québec. Le juge Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Est-ce que l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation du droit de ce citoyen canadien de demeurer au Canada tel qu'énoncé au par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si l'extradition de ce citoyen canadien constitue une violation à première vue de son droit de demeurer au Canada, est-ce que l'extradition de l'intimé, dans les circonstances de la présente affaire, constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 6(1) de la *Charte*

Le paragraphe 6(1) de la *Charte* dispose:

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

En Cour d'appel du Québec, l'avocat des États-Unis a reconnu que le processus d'extradition envisagé par la *Loi sur l'extradition* et le Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis violaient le par. 6(1) de la *Charte*. Cependant, lors du pourvoi devant cette Cour, l'avocat des États-Unis a fait valoir que les droits énumérés dans la *Charte*, même sans tenir compte de l'article premier, étaient non pas absolus, mais plutôt assujettis à des réserves et à des limites internes. L'avocat

preted s. 6(1) narrowly as solely designed to deal with circumstances in which a Canadian citizen was threatened with exile, banishment or expulsion. Extradition of a citizen did not, therefore, violate s. 6(1).

This Court has, on several occasions, set forth the guidelines to be employed in construing *Charter* provisions. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, Dickson J., as he then was, stated:

> In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.
>
> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

Applying these guidelines, it is my view that s. 6(1) of the *Charter* was designed to protect a Canadian citizen's freedom of movement in and out of the country according to his own choice. He may come and go as he pleases. He may elect to remain. Although only Canadian citizens can take advantage of s. 6(1) the right protected is not that of Canadian citizenship. Rather, the right protected focuses on the liberty of a Canadian citizen to

a donc donné au par. 6(1) une interprétation stricte suivant laquelle il était conçu exclusivement pour viser les cas où un citoyen canadien était menacé d'exil, de bannissement ou d'expulsion. Par conséquent, l'extradition d'un citoyen ne violait pas le par. 6(1).

À maintes reprises, cette Cour a énuméré les lignes directrices à suivre pour interpréter les dispositions de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme à la p. 344:

> Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [cette] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Appliquant ces lignes directrices, je suis d'avis que le par. 6(1) de la *Charte* a été conçu pour protéger la liberté d'un citoyen canadien d'entrer au pays et d'en sortir à son gré. Il peut aller et venir comme bon lui semble. Il peut choisir de demeurer au pays. Bien que seuls les citoyens canadiens puissent profiter du par. 6(1), le droit protégé n'est pas celui à la citoyenneté canadienne. Le droit protégé est plutôt axé sur la liberté d'un

choose of his own volition whether he would like to enter, remain in or leave Canada. Support for this interpretation is found in the language of the other subsections of s. 6 and in the heading of s. 6 "Mobility Rights".

In my view, the language of s. 6(1) is clear and unambiguous. Had it been the intention that s. 6(1) address only a citizen's right not to be exiled or banished, the section would have been framed in more specific terms. Indeed, the more specific terminology of exile and expulsion are used in both the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III and the *European Convention on Human Rights*.

Canadian Bill of Rights

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(*a*) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;

European Convention on Human Rights

Protocol 4, Article 3, paragraph 1:

1. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.

Accordingly, I conclude that the extradition of a Canadian citizen violates his right to remain in Canada as guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*.

4. Section 1 of the *Charter*

Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The focus of the *Charter* is on the protection of the enumerated rights and freedoms from govern-

citoyen canadien de choisir de son propre gré s'il veut entrer ou demeurer au Canada ou encore le quitter. Cette interprétation s'appuie sur le texte des autres paragraphes de l'art. 6 et sur la rubrique du même article, «Liberté de circulation et d'établissement».

À mon avis, le texte du par. 6(1) est clair et net. Si on avait voulu que le par. 6(1) ne vise que le droit d'un citoyen de ne pas être exilé ou banni, ce paragraphe aurait été rédigé en des termes plus précis. En fait, une terminologie plus précise visant l'exil et l'expulsion est employée dans la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III et dans la *Convention européenne des droits de l'homme*.

Déclaration canadienne des droits

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit;

Convention européenne des droits de l'homme

Protocole nº 4, article 3, paragraphe 1:

1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant.

Par conséquent, je conclus que l'extradition d'un citoyen canadien viole le droit de demeurer au Canada que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte*.

4. L'article premier de la *Charte*

L'article premier de la *Charte* dispose:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La *Charte* est axée sur la protection des droits et libertés énumérés contre l'ingérence gouvernemen-

mental intrusion. As Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

This point was also made in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, wherein I stated at p. 218:

It seems to me that it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

Given this focus, governmental limits on protected rights and freedoms can only be legitimized in the clearest of cases. It is simply not enough to override a constitutionally protected right or freedom for the legislation to be designed to serve a particular state objective. Rather, the state objective must take cognizance of and be tailored to the rights and freedoms on which it impinges. It was with these considerations in mind that this Court in *R. v. Oakes* outlined the criteria which must be met before legislation infringing upon a guaranteed right or freedom can be saved by s. 1. It bears repeating (pp. 138-39):

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. The standard must be high

tale. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Ce point a également été souligné dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, où j'ai affirmé à la p. 218:

Il est important, me semble-t-il, de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

Étant donné cet objet, les limites que le gouvernement impose aux droits et aux libertés protégés ne peuvent être légitimées que dans les cas les plus clairs. Pour supprimer un droit ou une liberté garantis par la Constitution, il ne suffit tout simplement pas que la mesure législative vise à servir un objectif particulier de l'État. L'objectif de l'État doit plutôt reconnaître les droits et libertés sur lesquels il empiète et être adapté à ceux-ci. Cette Cour avait ces considérations à l'esprit dans l'arrêt *R. c. Oakes* lorsqu'elle a exposé les critères qu'une disposition législative qui empiète sur un droit ou une liberté garantis doit respecter pour pouvoir être sauvegardée par l'article premier. Il vaut la peine de les reprendre ici (aux pp. 138 et 139):

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»:

in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

The Ontario Court of Appeal was the first appellate court in Canada to consider the application of s. 1 of the *Charter* to the law of extradition. In *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385, that court considered a situation in which the West German authorities had requested extradition of a Canadian citizen for crimes he had committed during World War II prior to his becoming a Canadian citizen in territory occupied by Germany. The Court of Appeal held, at p. 406, without the benefit of this Court's decision in *R. v. Oakes:*

It is not necessary to turn to lengthy dictionary definitions of the words "demonstrably justified". They are words of common understanding and usage and they place a significant burden on the proponents of the limiting legislation. When the *rationale* and purpose of

R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

La Cour d'appel de l'Ontario a été le premier tribunal d'appel au Canada à examiner l'application de l'article premier de la *Charte* au principe de l'extradition. Dans *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385, cette cour a examiné un cas où les autorités ouest-allemandes avaient demandé l'extradition d'un citoyen canadien pour des crimes qu'il avait commis au cours de la Seconde Guerre mondiale en territoire occupé par l'Allemagne, avant de devenir citoyen canadien. La Cour d'appel a conclu à la p. 406, sans toutefois bénéficier de l'arrêt *R. c. Oakes* de cette Cour:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de chercher dans les dictionnaires de longues définitions des mots qui forment l'expression «dont la justification puisse se démontrer». Ce sont des mots de sens et d'usage courants et ils imposent un fardeau important aux partisans

the *Extradition Act* and the treaty under it are looked at (having in mind that crime should not go unpunished), Canada's obligations to the international community considered and the history of such legislation in free and democratic societies examined, in our view, the burden of establishing that the limit imposed by the *Extradition Act* and the treaty on s. 6(1) of the Charter is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society has been discharged by the respondents.

The Ontario court in *obiter dicta*, at p. 405, speculated as to what the outcome of the case would have been if the accused could have been prosecuted in Canada for his crimes:

> Counsel for the appellant suggested that there was a possibility that the appellant could be prosecuted in Canada for the crimes with which he had been charged. If there was this alternative, the argument was that extradition was not a reasonable limit on the appellant's right as a citizen to remain in Canada. This submission was not pressed strongly and, like the Chief Justice of the High Court, we are not persuaded that there is, at present, a right to prosecute the appellant for the recited crimes in Canada. Even if there were such a right to prosecute, in light of the described purpose and reason for and lengthy history of extradition, it would not turn a reasonable limit on the citizen's right to remain in this country into an unreasonable limit. [Emphasis added.]

A majority of this Court, also in *obiter dicta*, has given support to the conclusion in *Re Federal Republic of Germany and Rauca* that extradition of a Canadian citizen who has committed an offence in a foreign jurisdiction meets the criteria of s. 1 of the *Charter*. In *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, La Forest J., for the majority, stated at p. 520:

> In *Rauca*, *supra*, for example, the Ontario Court of Appeal recognized that extradition intruded on a citizen's right under s. 6 to remain in Canada, although it also found that the beneficial aspects of the procedure in preventing malefactors from evading justice, a procedure widely adopted all over the world, were sufficient to sustain it as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Section 6 was not raised in this case, though Schmidt is a Canadian citizen, no doubt because her

du texte de loi limitatif. Compte tenu de la raison d'être et de l'objet de la *Loi sur l'extradition* et du traité auquel elle donne effet (gardant à l'esprit que le crime ne doit pas demeurer impuni), compte tenu des obligations du Canada envers la communauté internationale ainsi que de l'historique de ces dispositions législatives dans des sociétés libres et démocratiques, à notre avis, les intimés se sont acquittés de la charge d'établir que la limite imposée au par. 6(1) de la Charte par la *Loi sur l'extradition* et le traité est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans une opinion incidente, à la p. 405, la cour ontarienne s'est interrogée sur ce qu'aurait été le résultat de l'appel si l'accusé avait pu être poursuivi au Canada pour ses crimes:

> [TRADUCTION] L'avocat de l'appelant a laissé entrevoir la possibilité que son client soit poursuivi au Canada pour les crimes dont il a été accusé. Il a allégué qu'en pareil cas l'extradition n'était pas une limite raisonnable imposée au droit de l'appelant en tant que citoyen de demeurer au Canada. On n'a pas beaucoup insisté sur cet argument et, à l'instar du juge en chef de la Haute Cour, nous ne sommes pas convaincus qu'il existe présentement un droit de poursuivre l'appelant au Canada pour les crimes énumérés. Même si ce droit de poursuivre existait, compte tenu de la raison d'être et de l'objet exposés de l'extradition ainsi que de sa longue histoire, il n'aurait pas pour effet de transformer en une limite déraisonnable une limite raisonnable imposée au droit d'un citoyen de demeurer au Canada. [Je souligne.]

Cette Cour à la majorité, également dans une opinion incidente, a donné son appui à la conclusion tirée dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* que l'extradition d'un citoyen canadien qui a commis une infraction dans un ressort étranger satisfait aux critères de l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, le juge La Forest affirme ceci, au nom de la majorité, à la p. 520:

> Dans l'arrêt *Rauca*, précité, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'extradition empiète sur le droit de demeurer au Canada reconnu à chaque citoyen par l'art. 6, quoiqu'elle ait également conclu que les avantages de la procédure qui empêche les malfaiteurs de se soustraire à la justice et qui est d'ailleurs largement adoptée dans le monde, suffisent pour justifier l'extradition en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que Schmidt soit

counsel believed, as I do, that it was properly disposed of in the *Rauca* case.

It should be noted that in neither *Rauca* nor *Schmidt* was the Ontario Court of Appeal or this Court dealing with the extradition of a Canadian citizen for acts committed within Canada for which the accused could be prosecuted in Canada. This is before us for the first time. In both *Rauca* and *Schmidt* the acts were committed in the requesting state, the typical extradition context.

Since it was not necessary to my decision in *Schmidt* I did not express an opinion as to the soundness of the proposition stated in absolute form in *Rauca* that extradition was *per se* a reasonable limit justified under s. 1 because I was not sure that it should not be subject to qualification in some circumstances. In other words, it seemed to me unwise and unnecessary to state this as a bald and absolute proposition and preferable, while acknowledging that in general extradition is a reasonable limit, to deal with particular circumstances on a case by case basis. It was my view that there might well be circumstances in which extradition might not be a reasonable limit under s. 1. The present appeals illustrate the problem about which I was concerned. Even if extradition is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society where a Canadian citizen commits an offence within the territorial boundaries of a foreign state, and I think that it clearly is, that does not dispose of the present appeals. In these appeals we must take into account the fact that the accused are Canadian citizens, that their alleged wrongful conduct took place entirely within Canada, and that such conduct gives rise to offences for which the accused can be charged and prosecuted in Canada. It is in that factual context that the *Oakes* test must be applied.

citoyenne canadienne, l'art. 6 n'a pas été invoqué en l'espèce, sans doute parce que son avocat a cru, comme moi, que ce point a été tranché à bon droit dans l'affaire *Rauca*.

Il faudrait souligner que ni dans l'affaire *Rauca*, ni dans l'affaire *Schmidt*, la Cour d'appel de l'Ontario ou cette Cour n'était saisie de l'extradition d'un citoyen canadien pour des actes commis au Canada et pour lesquels l'accusé pouvait être poursuivi au Canada. Cette situation se présente à nous pour la première fois. Dans les affaires *Rauca* et *Schmidt*, les actes avaient été commis dans l'État requérant, ce qui représente le contexte typique de l'extradition.

Puisque que cela n'était pas nécessaire pour les fins de ma décision dans l'arrêt *Schmidt*, je n'ai pas exprimé d'opinion quant à la justesse de la proposition exprimée dans une forme absolue dans l'arrêt *Rauca*, selon laquelle l'extradition constituait en soi une limite raisonnable justifiée au sens de l'article premier, parce que je n'étais pas certaine qu'elle ne devrait pas être soumise à des réserves dans certaines circonstances. Autrement dit, il m'a semblé malavisé et inutile d'exprimer cela sous forme de proposition rigoureuse et absolue, et préférable, tout en reconnaissant qu'en général l'extradition constitue une limite raisonnable, d'examiner les circonstances particulières de chaque cas. J'étais d'avis qu'il pourrait bien y avoir des circonstances où l'extradition pourrait ne pas constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier. Les présents pourvois illustrent le problème qui me préoccupait. Même si l'extradition constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique lorsqu'un citoyen canadien commet une infraction à l'intérieur des limites territoriales d'un État étranger, et je pense que c'est nettement le cas, cela ne résout pas les présents pourvois. Dans ces pourvois, nous devons tenir compte du fait que les accusés sont des citoyens canadiens, que la conduite répréhensible qu'on leur reproche se situe entièrement au Canada et que cette conduite a engendré des infractions à l'égard desquelles les accusés peuvent être inculpés et poursuivis au Canada. C'est dans ce contexte factuel qu'il faut appliquer le critère de l'arrêt *R. c. Oakes*.

I emphasize that we are dealing in these cases with a very narrow issue. We are not dealing with circumstances in which a Canadian citizen who has committed an offence in a foreign country seeks to resist extradition on the basis of his right under s. 6(1) of the *Charter* to remain in Canada. Such a claim would, in my opinion, fail. While extradition infringes the rights of Canadian citizens under s. 6(1), the law of extradition has been held to be and, in my view, is in those circumstances a reasonable limit on that right which can be justified in a free and democratic society. The crucial question before us in these cases is whether extradition is a reasonable limit on the Canadian citizen's constitutionally guaranteed right to remain in Canada where his wrongful conduct took place wholly within Canada and constitutes an offence for which he can be charged and prosecuted here. I believe that these facts are relevant to the balancing exercise to be undertaken under s. 1 of the *Charter*.

Je souligne que la question qui se pose dans les présents pourvois est très restreinte. Il ne s'agit pas d'une situation où un citoyen canadien qui a commis une infraction dans un pays étranger s'oppose à l'extradition en invoquant le droit de demeurer au Canada que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte*. À mon avis, un tel argument échouerait. Bien que l'extradition viole les droits que le par. 6(1) garantit aux citoyens canadiens, on a jugé, avec raison selon moi, que le principe de l'extradition constitue, dans ces circonstances, une limite raisonnable qui peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. La question cruciale, dans les présents pourvois, est de savoir si l'extradition constitue une limite raisonnable imposée au droit que la Constitution garantit à un citoyen canadien de demeurer au Canada lorsque la conduite répréhensible qu'il a adoptée se situe entièrement au Canada et constitue une infraction qui peut faire l'objet d'une inculpation et de poursuites ici même. Je crois que ces faits sont pertinents dans l'évaluation qu'il faut faire en vertu de l'article premier de la *Charte*.

My colleague takes the position that the locus of the accused's wrongdoing is irrelevant under both s. 6(1) and s. 1 of the *Charter*. I must respectfully disagree. I believe that the locus of the wrongdoing is very relevant when extradition to a foreign country is sought to be justified as a reasonable limit on a Canadian citizen's right to remain in Canada. Indeed, the locus of the wrongdoing is frequently the key factor connecting the accused to the requesting state. A Canadian citizen who leaves Canada for another state must expect that he will be answerable to the justice system of that state in respect of his conduct there. There can be no doubt as to the real interest of a requesting state in bringing to justice Canadians who have committed crimes within its (the requesting state's) territory. The question is whether that interest weighs as heavily under s. 1 when the crime was committed by a Canadian within Canadian territory.

Mon collègue adopte la position que le lieu du méfait de l'accusé n'est pas pertinent tant en vertu du par. 6(1) qu'en vertu de l'article premier de la *Charte*. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Je crois que le lieu du méfait est très pertinent lorsqu'on cherche à justifier l'extradition vers un pays étranger en tant que limite raisonnable imposée au droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada. En fait, le lieu du méfait est souvent l'élément clé qui relie l'accusé à l'État requérant. Un citoyen canadien qui se rend dans un autre État doit s'attendre à devoir répondre de sa conduite là-bas devant la justice de cet État. L'intérêt réel qu'a un État requérant à traduire en justice des Canadiens qui ont commis des crimes sur son territoire ne saurait faire de doute. La question est de savoir si cet intérêt a la même valeur en vertu de l'article premier lorsque le crime a été commis par un Canadien en territoire canadien.

It is not necessary in order that the appellants in this case be brought to justice that they be extradited to the United States. They can be brought to justice right here. It is alleged, however, that it

Il n'est pas nécessaire que les appelants en l'espèce soient extradés aux États-Unis pour être traduits en justice. Ils peuvent être traduits en justice ici-même. On allègue cependant qu'il serait plus

would be more convenient if they were prosecuted in the United States and that Canada will appear to be uncooperative if it refuses to extradite them. In my view, it would require far stronger reasons than those to justify the violation of a right expressly guaranteed to Canadian citizens in the *Charter*.

I may say that I view with some alarm my colleague's characterization of the proposed extradition of the respondents as a "peripheral" violation of s. 6(1). If one characterizes a complete denial of the citizen's right to remain in Canada under s. 6(1) as a "peripheral" violation, then, of course, one has already pre-judged the s. 1 issue. I would, however, respectfully suggest that such an approach represents a novel departure from the Court's traditional approach to the balancing process called for under s. 1 and one that could pose a very serious threat to the protection for the citizen which the *Charter* was intended to provide.

It was also strenuously argued before us that the decision whether or not to extradite an accused at the behest of a requesting state is a matter of ministerial discretion and that the decision whether an accused should be prosecuted in Canada or elsewhere is a matter of prosecutorial discretion. The underlying premise of this submission seems to be that the executive branch of government in exercising such discretionary powers is not bound by the *Charter*. Section 32(1) of the *Charter* seems to be a complete answer to this submission. I would refer also to the statement of Dickson J. in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455:

> I have no doubt that the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*.

The *Charter* is part of the constitution of Canada which is declared to be the supreme law of the country in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is insupportable to suggest that the Attorney General of Canada or any other official of government has a discretion whether or not to respect the rights guaranteed under it.

commode qu'ils soient poursuivis aux États-Unis et que le Canada paraîtra peu coopératif s'il refuse de les extrader. À mon avis, il faudrait des raisons plus solides que celles-là pour justifier une violation d'un droit expressément garanti par la *Charte* à des citoyens canadiens.

Je peux dire que je ressens une certaine inquiétude lorsque mon collègue qualifie l'extradition proposée des intimés de violation «mineure» du par. 6(1). Si on qualifie de violation «mineure» un déni complet du droit de demeurer au Canada que le par. 6(1) garantit au citoyen, alors, évidemment, on a déjà préjugé la question fondée sur l'article premier. En toute déférence, je dirais cependant qu'une telle conception représente un écart singulier de la façon dont cette Cour a traditionnellement abordé le processus d'évaluation requis en vertu de l'article premier et qu'elle pourrait présenter une menace très sérieuse pour la protection du citoyen que la *Charte* vise à assurer.

On a aussi allégué avec vigueur devant nous que la décision d'extrader un accusé à la demande d'un État requérant relève du pouvoir discrétionnaire du Ministre et que la décision de poursuivre un accusé au Canada ou ailleurs relève du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela me semble se fonder sur la prémisse que, dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires, l'exécutif du gouvernement n'est pas lié par la *Charte*. Le paragraphe 32(1) de la *Charte* semble apporter une réponse complète à cet argument. Je renvoie également à l'affirmation du juge Dickson dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455:

> Je ne doute pas que l'exécutif du gouvernement canadien ait l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*.

La *Charte* fait partie de la Constitution du Canada qui, comme le déclare le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est la loi suprême du Canada. On ne saurait laisser entendre que le procureur général du Canada ou tout autre représentant du gouvernement a le pouvoir discrétionnaire de respecter ou non les droits qu'elle garantit.

It would, moreover, be my view that countries with which Canada has extradition treaties might be expected to have confidence in the Canadian system of justice to deal responsibly with its own citizens committing crimes within its own borders. Conversely, Canada might be expected to repose a similar confidence in the justice systems of the countries with which it has undertaken treaty obligations. Mutual respect for each other's system in dealing with their own nationals committing crimes within their own territories would appear to make eminent good sense. This is not, after all, the primary focus of extradition and Canada would, in my view, have to have a very good reason for abdicating its public responsibility to deal with its own nationals committing crimes within its own territory. I say this quite apart from Canada's obligation to respect the constitutional rights of its citizens although the latter is, of course, the paramount issue raised in these appeals.

I do not view the right of Canadian citizens to be tried here (where this is possible) in preference to trial in a foreign jurisdiction as a trivial one. The system of justice in the United States, which happens to be the requesting state in this case, may be very similar to our own and the proceedings there may closely parallel the proceedings here. But this will not necessarily be so in the case of all requesting states. The right in some cases may be a very valuable one indeed.

I return then to the application of *R. v. Oakes* to the narrow issue in these cases. The first criterion identified by Dickson C.J. in that case was that the governmental objective in limiting the right be in response to a pressing and substantial concern. I agree with my colleague, La Forest J., that the control of trans-border crime is, indeed, of sufficient importance to warrant a legislative limit on a constitutionally protected right. States can no longer live in "splendid isolation". Modern technology allows for almost instantaneous world-wide communication and same-day world-wide travel and transportation. Criminals take advantage of

Je suis en outre d'avis qu'on pourrait s'attendre à ce que les pays qui ont conclu des traités d'extradition avec le Canada soient assurés que le système de justice canadien s'occupe de façon responsable de ses propres citoyens qui commettent des crimes à l'intérieur de ses propres frontières. Inversement, on pourrait s'attendre à ce que le Canada accorde la même confiance aux systèmes de justice des pays envers qui il a assumé des obligations conventionnelles. Il sembleraient tout à fait logique que chaque pays respecte le système de l'autre en s'occupant de ses propres ressortissants qui commettent des crimes sur son propre territoire. Après tout, ce n'est pas là le principal point de mire de l'extradition et, à mon avis, le Canada devrait avoir une très bonne raison pour renoncer à sa responsabilité publique de s'occuper de ses propres ressortissants qui commettent des crimes sur son propre territoire. Mon affirmation ne tient pas compte de l'obligation qu'a le Canada de respecter les droits constitutionnels de ses citoyens, bien que ce soit là, évidemment, la question la plus importante soulevée dans les présents pourvois.

Je ne perçois pas comme étant dérisoire le droit des citoyens canadiens d'être jugés ici (lorsque cela est possible) plutôt que d'être jugés dans un ressort étranger. Le système de justice des États-Unis, qui sont l'État requérant en l'espèce, est peut-être très semblable au nôtre et les procédures qui y ont cours sont peut-être aussi très analogues aux nôtres. Mais il n'en est pas nécessairement de même dans le cas de tous les États requérants. Dans certains cas, le droit en question peut se révéler très précieux.

Je reviens à l'application de l'arrêt *R. c. Oakes* à la question restreinte qui se pose dans les présents pourvois. Le premier critère identifié par le juge en chef Dickson dans cette affaire est que l'objectif que vise le gouvernement en limitant le droit en question doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que la répression du crime transfrontalier est en fait suffisamment importante pour justifier une limite imposée par un texte de loi à un droit protégé par la Constitution. Les États ne peuvent plus vivre dans un «splendide isolement». Les techniques modernes

this advanced technology, particularly in the area of drug trafficking, and effective means are accordingly required on an inter-state level to combat this problem. As La Forest J. points out in his reasons, extradition is an important and well-established tool for the suppression of trans-border crime. It therefore meets the first criterion set out in *R. v. Oakes*.

The first criterion in *R. v. Oakes* having been satisfied, the legislative limit must next pass the proportionality test. First, the scheme must be rationally connected to the objective. At the Quebec Court of Appeal in *Re El Zein and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 560, Jacques J.A. felt that no such rational connection existed. He stated at p. 567:

[TRANSLATION] According to the criteria of reasonableness laid down by the Supreme Court in the *Oakes* decision, this measure is not rationally connected to the objective pursued, namely, the suppression of transborder crime—the facts took place in Canada; these facts constitute a crime in Canada as well as in the United States. Those are the two premises. Their rational conclusion is not extradition and a trial in the United States, but rather a trial in Canada, because it is Canada which has the duty to preserve public order and to repress crime within its borders. The connection with the United States is only incidental and not necessary.

I share the concerns of Jacques J.A. but I believe that they are better dealt with under the second tier of the proportionality test. It is generally accepted that more than one state can have an interest in prosecuting the acts of a particular individual. In such cases both states have jurisdiction to try the accused for the offence. Canada obviously has a vital interest in controlling criminal activity within its own borders. At the same time, on the facts of these appeals, the harm resulting from the commission of the offences would have been more acutely and immediately felt within the United States. I would conclude, therefore, that the means employed, i.e., extradi-

permettent des communications presque instantanées à l'échelle mondiale et des déplacements partout dans le monde dans les vingt-quatre heures. Les criminels tirent profit de ces techniques avancées, particulièrement dans le domaine du trafic de la drogue, et des moyens efficaces sont donc requis à l'échelle internationale pour combattre ce problème. Comme le souligne le juge La Forest dans ses motifs, l'extradition est un outil important et bien établi de répression du crime transfrontalier. Il respecte donc le premier critère formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*.

Le premier critère de l'arrêt *R. c. Oakes* étant respecté, la limite imposée par le texte de loi doit ensuite respecter le critère de proportionnalité. Premièrement, la mesure doit avoir un lien rationnel avec l'objectif visé. Dans l'arrêt *Zein c. Gardien du centre de prévention de Montréal*, [1986] R.J.Q. 1740, le juge Jacques de la Cour d'appel du Québec a estimé que ce lien rationnel n'existait pas. Voici ce qu'il affirme, à la p. 1745:

Suivant les critères du raisonnable posés par la Cour suprême dans l'affaire *Oakes*, cette mesure n'a pas de lien rationnel avec l'objectif visé, soit la répression du crime transfrontalier: les faits se sont déroulés au Canada, ces faits constituent un crime au Canada ainsi qu'aux États-Unis; ce sont là deux prémisses dont la conclusion rationnelle n'est pas l'extradition et un procès aux États-Unis, mais plutôt un procès au Canada, car c'est le Canada qui a le devoir de préserver l'ordre public et réprimer le crime dans ses limites territoriales; le lien avec les États-Unis n'est qu'accessoire et non nécessaire.

Je partage les préoccupations du juge Jacques, mais je crois qu'elles sont mieux traitées dans le second volet du critère de proportionnalité. Il est généralement reconnu que plus d'un État peut avoir intérêt à poursuivre un individu pour les actes qu'il a commis. En pareils cas, les deux États ont compétence pour juger l'accusé relativement à l'infraction reprochée. Il va de soi que le Canada a fondamentalement intérêt à ce que les activités criminelles à l'intérieur de ses propres frontières soient réprimées. En même temps, selon les faits des présents pourvois, le préjudice résultant de la perpétration des infractions aurait été ressenti plus intensément et directement aux États-Unis. Par

tion are rationally connected to the objective of controlling trans-border crime.

In my view, however, the scheme of extradition, on the particular facts of these appeals, cannot pass the second tier of the *Oakes* proportionality test which requires that the means, even if rationally connected to the objective, impair "as little as possible" the right in question. The objective of controlling trans-border crime could have been achieved by prosecuting Cotroni and El Zein in Canada under s. 423 of the *Criminal Code* and s. 5 of the *Narcotic Control Act*. The prosecution of Cotroni and El Zein in Canada would have avoided a contravention of s. 6 of the *Charter* entirely.

Counsel for the United States urged that there were legitimate reasons for the prosecutions to take place in the United States as opposed to Canada. The crimes were uncovered by United States authorities, the investigation and legal proceedings were initiated there, most of the witnesses and evidence is there and the impact of the crimes would primarily have been felt there. We were referred to *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129, which highlighted several factors to be taken into account in determining the appropriate jurisdiction for a prosecution. I do not for a moment doubt that the United States has an interest in prosecuting crimes whose impact is felt there. Nor do I question that the United States may be the more convenient forum for the prosecution of these particular offences. However, in my opinion, these considerations are more apposite to the question of whether the legislative means are rationally connected to the objective than to the question of whether the right is impaired as little as possible. As I mentioned earlier, the focus of the *Charter* is the protection of rights and freedoms fundamental to a free and democratic society. Limits on those rights must be confined to those which are reasonable and justified in that kind of society and should not be based merely on considerations of administrative convenience. As I stated in *Singh v. Minister of*

conséquent, je suis d'avis de conclure que le moyen employé, c'est-à-dire l'extradition, a un lien rationnel avec l'objectif de répression du crime transfrontalier.

À mon avis, cependant, le système d'extradition, d'après les faits particuliers des présents pourvois, ne peut satisfaire au deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *R. c. Oakes*, qui exige que les moyens, même s'ils ont un lien rationnel avec l'objectif visé, portent «le moins possible» atteinte au droit en question. L'objectif de répression du crime transfrontalier aurait pu être atteint si on avait poursuivi Cotroni et El Zein au Canada en vertu de l'art. 423 du *Code criminel* et de l'art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants*. Des poursuites intentées contre Cotroni et El Zein au Canada auraient permis d'éviter toute violation de l'art. 6 de la *Charte*.

L'avocat des États-Unis a fait valoir qu'il y avait de bonnes raisons d'intenter des poursuites aux États-Unis plutôt qu'au Canada. Les crimes ont été découverts par les autorités américaines, l'enquête et les procédures judiciaires ont commencé aux États-Unis, c'est là que se trouve la majeure partie des témoins et des éléments de preuve et c'est là que les répercussions des crimes se seraient principalement fait sentir. On nous a renvoyé à la décision *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129, qui a mis en lumière plusieurs facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer qui a compétence pour poursuivre. Je ne doute absolument pas que les États-Unis aient intérêt à poursuivre les crimes dont les répercussions se font sentir sur leur territoire. Je ne doute pas non plus que les États-Unis puissent être le ressort qui convient le mieux pour poursuivre les auteurs des infractions en cause. À mon avis cependant, ces considérations s'appliquent davantage à la question de savoir si les moyens législatifs ont un lien rationnel avec l'objectif visé qu'à la question de savoir si on porte le moins possible atteinte au droit en question. Comme je l'ai déjà mentionné, la *Charte* est axée sur la protection des droits et libertés fondamentaux dans une société libre et démocratique. Les limites imposées à ces droits doivent se résumer à celles qui sont raisonnables et justifiées dans ce type de société et ne

Employment and Immigration, supra, at pp. 218-19, in the context of whether the procedures for the adjudication of refugee status claims set out in the *Immigration Act, 1976* violated the *Charter*:

The issue in the present case is not simply whether the procedures set out in the *Immigration Act, 1976* for the adjudication of refugee claims are reasonable; it is whether it is reasonable to deprive the appellants of the right to life, liberty and security of the person by adopting a system for the adjudication of refugee status claims which does not accord with the principles of fundamental justice.

Seen in this light I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*. Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. Whatever standard of review eventually emerges under s. 1, it seems to me that the basis of the justification for the limitation of rights under s. 7 must be more compelling than any advanced in these appeals.

Although these comments were made with reference to a violation of s. 7 of the *Charter* and not s. 6, I believe they reflect a proper approach to the interpretation and application of s. 1.

In coming to this conclusion I am not unmindful of the comments of La Forest J. that a flexible approach should be taken in some cases to the proportionality test in *R. v. Oakes*. However, this does not seem to me to be one of those cases. It is one thing to temper scrutiny of legislation and relax the general approach to "fine tuning" when

devraient pas être fondées simplement sur des considérations de commodité administrative. Comme je l'ai affirmé aux pp. 218 et 219 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, quant à la question de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* relativement à l'arbitrage des revendications de statut de réfugié violait la *Charte*:

La question en l'espèce n'est pas simplement de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* relativement à l'arbitrage des revendications du statut de réfugié est raisonnable; il s'agit de savoir s'il est raisonnable de porter atteinte au droit des appelants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en adoptant un système pour statuer sur les revendications du statut de réfugié qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

À cet égard, je doute énormément que ce genre de considération utilitaire soumise par Me Bowie puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*. Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes. Quelle que soit la norme d'examen qui se dégage finalement de l'art. 1, il me semble que le fondement de la limitation des droits sous le régime de l'art. 7 doit être plus convaincant que ceux qui ont été avancés en l'espèce.

Bien que ces observations aient été faites relativement à une violation de l'art. 7 de la *Charte* et non de l'art. 6, je crois qu'elles traduisent une bonne façon d'aborder l'interprétation et l'application de l'article premier.

En arrivant à cette conclusion je n'oublie pas les commentaires du juge La Forest portant qu'il faut adopter dans certains cas une interprétation souple du critère de proportionnalité de l'arrêt *R. c. Oakes*. Cependant, cela ne me semble pas être un de ces cas. C'est une chose que d'être moins strict dans l'examen d'une disposition législative et d'as-

dealing with alternate forms of business regulation (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at p. 772) and another thing entirely to abandon careful scrutiny of a legislative scheme which directly abridges a guaranteed right particularly in relation to an aspect of the criminal law.

Furthermore, in my opinion, the comity of nations fostered by extradition is not adversely affected by the result I have reached. United States law enforcement agencies will continue to monitor the United States borders to prevent the importation of illegal drugs and these agencies will continue to cooperate with Canadian law enforcement agencies. Information will be shared and support will be given not only between law enforcement agencies but also between prosecutors. I would respectfully adopt the words of Jacques J.A. in *Re El Zein and The Queen*, *supra*, at pp. 568-69:

[TRANSLATION] Mere courtesy, or co-operation in combating crime, among various countries, does not justify this extradition because the end sought through this co-operation can be attained while still respecting the right of a citizen to remain in his country.

I conclude, therefore, that on the particular facts of these appeals extradition cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

5. Disposition

I would dismiss both appeals on the ground that extradition violates s. 6(1) of the *Charter* and is not saved by s. 1 in circumstances where the accused is a Canadian citizen, where his conduct took place wholly within Canada, and where his conduct constitutes an offence for which he can be tried and prosecuted both in Canada and in the requesting state.

I would answer the constitutional questions in each of these appeals as follows:

Question 1

Does the surrender of a Canadian citizen to a foreign state constitute an infringement of his right to remain in

souplir la façon générale d'aborder l'«ajustement parfait» dans le cas d'autres formes de réglementation commerciale (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson à la p. 772), et c'est une toute autre chose que de ne pas examiner attentivement un programme législatif qui restreint directement un droit garanti, particulièrement s'il est lié à un aspect du droit criminel.

J'estime, en outre, que la courtoisie entre les nations que favorise l'extradition n'est pas touchée défavorablement par la conclusion à laquelle je suis arrivée. Les organismes américains d'application de la loi continueront de surveiller les frontières américaines pour empêcher l'importation de drogues illégales et ces organismes continueront de coopérer avec leurs homologues canadiens. Les renseignements seront partagés et l'appui sera accordé non seulement entre les organismes chargés d'appliquer la loi mais également entre leurs procureurs. En toute déférence, je fais miens les propos tenus par le juge Jacques dans l'arrêt *Zein c. Gardien du centre prévention de Montréal*, précité, à la p. 1746:

La seule courtoisie, ou coopération pour combattre le crime, entre divers pays, ne justifie pas l'extradition, car la fin recherchée par cette coopération peut être atteinte tout en respectant le droit du citoyen de demeurer au pays.

Je conclus donc que, selon les faits particuliers des présents pourvois, l'extradition ne saurait être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

5. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les deux pourvois pour le motif que l'extradition viole le par. 6(1) de la *Charte* et n'est pas sauvegardée par l'article premier lorsque l'accusé est un citoyen canadien et que la conduite qu'on lui reproche se situe entièrement au Canada et constitue une infraction pour laquelle il peut être jugé et poursuivi tant au Canada que dans l'État requérant.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles relatives à chacun des présents pourvois:

Question 1

Est-ce que l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation du droit de ce

Canada as set out in s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer

Yes.

Question 2

If the surrender of such citizen constitutes a prima facie infringement of his right to remain in Canada, does the surrender of respondent in the circumstances of this case constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer

No.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I concur in the conclusion reached by my colleague Justice Wilson and her reasons. Inasmuch, however, as I have concerns about the implications of the majority decision for the rights of a citizen to be tried in this country which are not limited to those cases in which all relevant acts have been committed here, I have decided to express these concerns separately.

Although the principal argument in this case was that extradition in the circumstances herein was not a reasonable limit, the respondent El Zein raised the general issue that extradition of a citizen is not a reasonable limit with respect to the right to remain in Canada which is guaranteed under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a result, the reasons of my colleague Justice La Forest address the general issue and reach the conclusion that extradition of a citizen is itself a reasonable limit on the rights conferred by s. 6(1) of the *Charter*, even when under the laws of Canada the citizen could be prosecuted here.

In balancing the seriousness of the *Charter* breach against the object to be achieved, my colleague classifies the infringement to s. 6(1) resulting from extradition as peripheral. I cannot agree with this characterization when viewed against the spectrum of nations to which a citizen can be extradited. Our citizens may be extradited not only to the United States but to countries where

citoyen canadien de demeurer au Canada tel qu'énoncé au par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse

Oui.

Question 2

Si l'extradition de ce citoyen canadien constitue une violation à première vue de son droit de demeurer au Canada, est-ce que l'extradition de l'intimé, dans les circonstances de la présente affaire, constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Je souscris aux motifs de jugement et à la conclusion de ma collègue le juge Wilson. Cependant, dans la mesure où je me soucie des conséquences de la décision de la majorité sur les droits d'un citoyen d'être jugé au Canada, qui ne sont pas limités aux seuls cas où tous les actes pertinents ont été accomplis ici même au Canada, j'ai décidé de faire part de ces inquiétudes séparément.

Même si, en l'espèce, le principal argument porte que l'extradition n'est pas une limite raisonnable dans les circonstances de la présente affaire, l'intimé El Zein a fait valoir de manière générale que l'extradition d'un citoyen ne constitue pas une limite raisonnable en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada que garantit le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, dans ses motifs de jugement, mon collègue le juge La Forest aborde cette question générale pour conclure que l'extradition d'un citoyen est en soi une limite raisonnable imposée aux droits conférés par le par. 6(1) de la *Charte*, même si en vertu des lois du Canada le citoyen pourrait être poursuivi ici.

En évaluant la gravité de la violation de la *Charte* en fonction le l'objet visé, mon collègue qualifie de mineure la violation du par. 6(1) qui résulte de l'extradition. Je ne puis souscrire à cette qualification compte tenu de l'éventail des pays vers lesquels un citoyen peut être extradé. Nos citoyens peuvent être extradés non seulement vers les États-Unis, mais encore vers des pays où les

systems are radically different and whose laws provide none of the traditional protections for persons charged. If, for example, a Canadian citizen who is presumed to be innocent under our laws is extradited to a country that does not recognize the presumption of innocence, requires the accused to testify, does not permit bail, has no independent bar and imposes the death penalty for a number of different offences, I would consider the consequences of the breach of the citizen's right to remain in Canada as more than peripheral. Indeed, it is tantamount to banishment.

And yet, such limits as exist contained in any enforceable rules of law designed for the protection of the citizen make no distinction between the petty drug trafficker who is extradited to the United States and a citizen who is extradited for a capital offence in the circumstances described above.

Counsel for the respondent, El Zein, submitted that in this situation a *Charter* breach cannot be justified on the basis of prosecutorial discretion for which there are no criteria. In dealing with this submission, my colleague refers to the decision of Hanssen J. in *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129, and the alleged practice that obtains with respect to the decision whether to prosecute in Canada. The practice to which Hanssen J. refers was presumably based on evidence adduced before him. His statement appears to be a finding of fact. That evidence does not appear to have been presented in this case but, in any event, accepting that this is the practice, it is just that—a practice. The reasons of Hanssen J. do not disclose if it is recorded in any writing. The passage from the reasons of Hanssen J., paraphrased in my colleague's reasons, appears at p. 134:

> In practice, both the decision as to whether or not to prosecute in Canada and whether or not to extradite to the requesting state are made following consultations between the appropriate authorities in Canada and the appropriate authorities in the requesting jurisdiction. The factors which will usually affect such a decision are those which I mentioned earlier.

systèmes sont radicalement différents et dont les lois ne fournissent aucune des protections traditionnelles aux accusés. Si, par exemple, un citoyen canadien présumé innocent sous le régime de nos lois est extradé vers un pays qui ne reconnaît pas la présomption d'innocence, oblige l'accusé à témoigner, ne permet pas la mise en liberté sous caution, ne dispose pas d'un barreau indépendant et impose la peine capitale pour diverses infractions, je considérerais alors comme plus que mineures les conséquences de la violation du droit de ce citoyen de demeurer au Canada. En fait, cela équivaudrait à un bannissement.

Pourtant, les limites existantes que comportent toutes les règles de droit exécutoires qui visent à protéger le citoyen ne font aucune distinction entre le petit trafiquant de drogue qui est extradé vers les États-Unis et le citoyen qui est extradé pour une infraction punissable de la peine capitale dans les circonstances décrites ci-dessus.

L'avocat de l'intimé El Zein a prétendu que, dans ce cas, une violation de la *Charte* ne saurait se justifier en fonction du pouvoir discrétionnaire de poursuivre qui n'est assujetti à aucun critère. En examinant cet argument, mon collègue mentionne l'arrêt du juge Hanssen *United States of America v. Swystun* (1987), 50 Man. R. (2d) 129 et la pratique qui aurait cours relativement à la décision de poursuivre au Canada. La pratique dont fait état le juge Hanssen était probablement fondée sur la preuve dont il était saisi. Son affirmation semble être une constatation de fait. Ces éléments de preuve ne semblent pas avoir été soumis en l'espèce mais, de toute manière, si on accepte qu'il s'agit là d'une pratique, ce n'est précisément cela qu'une pratique. Les motifs du juge Hanssen ne révèlent pas si elle est consignée quelque part. Le passage des motifs du juge Hanssen, que paraphrase mon collègue dans ses propres motifs, figure à la p. 134:

> [TRADUCTION] En pratique, la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre au Canada et celle d'extrader ou non une personne vers l'État qui en fait la demande sont prises après consultation entre les autorités canadiennes compétentes et celles du pays qui demande l'extradition. Les facteurs qui influent habituellement sur une telle décision sont ceux que j'ai déjà mentionnés.

Departure from this practice would not be reviewable unless, as pointed out by my colleague, "it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives". It is, therefore, difficult to accept that a breach of a *Charter* right can be justified by offering the citizen the protection of this practice. In my opinion, these are not "limits prescribed by law". Nor are they carefully crafted to lessen the impact of a breach of s. 6(1).

Le non-respect de cette pratique ne pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire que si, comme le souligne mon collègue, «il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires». Il est donc difficile d'accepter qu'une violation d'un droit garanti par la *Charte* puisse être justifiée en offrant au citoyen la protection de cette pratique. À mon sens, ce ne sont pas des «limites prescrites par une règle de droit». Elles ne sont pas non plus soigneusement conçues pour réduire l'effet d'une violation du par. 6(1).

The prosecutorial discretion referred to in the *Swystun* case, *supra*, is not found in the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, but in the general discretion of the Crown to decide, as in any case, whether to prosecute. Indeed, even a decision to prosecute in Canada will not protect the citizen against extradition unless the treaty confers a discretion in Canada not to extradite its own citizens. Such a provision exists in a number of treaties. It is not, however, a discretion conferred on a prosecutor but is a matter of political discretion. Accordingly, whether a decision to prosecute will avail will depend on the general policy of the Canadian government. This policy is not expressed in any instrument having the force of law.

Le pouvoir discrétionnaire de poursuivre, dont on parle dans l'affaire *Swystun*, précitée, réside non pas dans la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, mais dans le pouvoir discrétionnaire général de décider de poursuivre qu'a le ministère public dans tous les cas. D'ailleurs, même une décision de poursuivre au Canada n'aura pas pour effet de soustraire le citoyen à l'extradition à moins que le traité ne confère au Canada le pouvoir discrétionnaire de ne pas extrader ses propres citoyens. Une telle disposition existe dans un certain nombre de traités. Toutefois, il s'agit non pas d'un pouvoir discrétionnaire conféré à un poursuivant, mais bien d'une question de discrétion politique. En conséquence, la question de savoir si une décision de poursuivre sera prise dépendra de la politique générale du gouvernement canadien. Cette politique n'est exprimée dans aucun texte ayant force de loi.

In my opinion, avoidance of a *Charter* violation cannot be delegated to a prosecutor whose conduct is not circumscribed by guidelines which are enforceable in a court of law. I agree with the following statement of Lamer J. in a different context in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1078:

Je suis d'avis qu'il n'est pas possible de laisser le soin d'éviter une violation de la *Charte* à un poursuivant dont la conduite n'est pas circonscrite par des lignes directrices exécutoires en justice. Je suis d'accord avec l'affirmation suivante que le juge Lamer a faite dans un contexte différent, dans l'arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir

bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter.

It might be said that some protection is afforded in the extradition treaties in that the Canadian government would have considered the matter of the political and legal systems of the requesting state at the time of negotiation. Unfortunately, many of these treaties pre-date 1926 and some pre-date 1900. Furthermore, they were not negotiated by Canada but by Great Britain. The political nature of the country and certainly its legal system may have drastically changed in the interim.

In *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, my colleague, La Forest J., acknowledged that in some circumstances the manner in which the requesting state proposed to deal with a fugitive might constitute a breach of the rules of fundamental justice. If the judgment in this case justifies the extradition of a citizen in general as a reasonable limit, I have difficulty in appreciating how it could in any case constitute a breach of fundamental justice. Accordingly, even the door that was left open in *Canada v. Schmidt*, *supra*, may now have been closed. I therefore conclude that extradition of a citizen who can be tried in Canada, in the present state of the law of extradition, is not a reasonable limit and that extradition in this case would constitute a breach of s. 6(1) which has not been justified under s. 1 of the *Charter*.

Appeals allowed, WILSON *and* SOPINKA JJ. *dissenting; both constitutional questions should be answered in the affirmative.*

Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the respondent Frank Santo Cotroni: Sidney H. Leithman and Francis Brabant, Montréal.

Solicitors for the respondent Samir El Zein: Desrosiers, Provost & Taillefer, Montréal.

de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation.

On pourrait dire que les traités d'extradition offrent une certaine protection en ce sens que le gouvernement canadien aurait examiné la question des régimes politique et juridique de l'État requérant au moment de la négociation de ces traités. Malheureusement, un bon nombre de ces traités datent d'avant 1926 et certains même d'avant 1900. De plus, ils ont été négociés non par le Canada mais par la Grande-Bretagne. La nature politique du pays et certainement son régime juridique peuvent avoir changé radicalement dans l'intervalle.

Dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, mon collègue le juge La Forest a reconnu que, dans certaines circonstances, la façon dont l'État qui fait la demande compte traiter un fugitif pourrait constituer une violation des règles de justice fondamentale. Si l'arrêt en l'espèce justifie l'extradition d'un citoyen en général comme étant une limite raisonnable, il m'est difficile de voir comment elle pourrait dans un cas donné constituer un manquement à la justice fondamentale. En conséquence, il se peut que même la porte qui avait été laissée ouverte dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, précité, soit maintenant fermée. Je conclus donc que, compte tenu de l'état actuel du droit en matière d'extradition, l'extradition d'un citoyen qui peut être jugé au Canada n'est pas une limite raisonnable et que l'extradition, en l'espèce, constituerait une violation du par. 6(1) non justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Pourvois accueillis, les juges WILSON *et* SOPINKA *sont dissidents; les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.*

Procureur de l'appelant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Frank Santo Cotroni: Sidney H. Leithman et Francis Brabant, Montréal.

Procureurs de l'intimé Samir El Zein: Desrosiers, Provost & Taillefer, Montréal.

Harvey Ewald Streu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* STREU

File No.: 20317.

1989: February 23; 1989: June 8.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Evidence — Admissibility — Hearsay — Accused admitting evidence as fact — Police officer testifying as to what accused stated — Whether or not accused's admission admissible.

Appellant was found guilty of possession of stolen property having a value in excess of $200 and his conviction was upheld on appeal. He sold the goods to a police officer, who had posed as a purchaser, for $125. The officer testified that appellant, during conversation leading to the sale, had admitted that the tires and rims belonged to a friend who had "ripped them off". It was assumed that, in the absence of the admission, the evidence was insufficient to meet the criminal standard of proof. At issue was the admissibility of the admission and its evidentiary value.

Held: The appeal should be dismissed.

A party making an admission may adopt a hearsay statement as his or her own for the purpose of admitting the facts therein.

The rationale underlying the exclusion of hearsay evidence is primarily the inherent untrustworthiness of an extra-judicial statement which has been tendered without affording an opportunity to the party against whom it is adduced to cross-examine the declarant. This rationale loses its force when the party relies on the hearsay statement in making an admission for he or she is presumably satisfied as to the reliability of the statement. The admission, once established, should be treated no differently than if it had been made in the witness box where a belief or acceptance of a hearsay statement is taken as some evidence of the truth of its contents. The weight to be given to that evidence is for the trier of fact. On the other hand, a statement is not admissible as proof of the truth of its contents if the party simply reports a hearsay statement without either adopting it or indicating a belief in its truth.

The admission in question in this appeal cannot be read as merely reporting a hearsay statement without

Harvey Ewald Streu *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* STREU

N° du greffe: 20317.

1989: 23 février; 1989: 8 juin.

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

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

Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Admission de la preuve par l'accusé en tant que fait — Témoignage d'un policier sur les déclarations de l'accusé — L'aveu de l'accusé est-il admissible?

L'appelant a été reconnu coupable de possession de biens volés d'une valeur supérieure à 200 $ et sa déclaration de culpabilité a été confirmée en appel. Il a vendu les biens 125 $ à un policier qui se faisait passer pour un acheteur. Le policier a témoigné qu'au cours de la conversation qui a mené à la vente l'appelant a admis que les pneus et les jantes appartenaient à un ami qui les avait «enlevés». On a présumé, en l'absence d'un aveu, que la preuve ne répondait pas à la norme de preuve en matière criminelle. La question en litige est l'admissibilité de l'aveu de l'appelant et sa valeur probante.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une partie qui fait un aveu peut adopter une déclaration relatée et la faire sienne, afin d'admettre les faits qui y sont décrits.

L'exclusion de la preuve par ouï-dire tient essentiellement au caractère douteux inhérent à une déclaration extrajudiciaire qui a été faite sans que la partie adverse ait l'occasion de contre-interroger l'auteur. Ce principe perd de sa vigueur lorsque la partie se fonde sur une déclaration relatée pour faire un aveu car on peut présumer qu'elle est convaincue de la véracité de l'affirmation. Une fois démontré, l'aveu doit être traité de la même façon qu'une déclaration faite à la barre des témoins lorsque l'acceptation d'une déclaration relatée est considérée comme une preuve de la véracité de son contenu. Il incombe au juge des faits d'apprécier le poids de cet élément de preuve. Par contre, une déclaration n'est pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu si la partie ne fait que reprendre une déclaration relatée sans l'adopter ou sans affirmer qu'elle en croit le contenu.

L'aveu en l'espèce ne peut être considéré comme la simple répétition d'une déclaration relatée, sans plus. De

more. Appellant clearly was relying on the hearsay statement as being true; he either accepted it as being true or at least believed it to be true. Whatever conclusion was reached by the trial judge about the source of the information upon which the appellant's submission was based, the evidence was admissible.

Cases Cited

Applied: *R. v. Schmidt*, [1948] S.C.R. 333; **considered**: *R. v. Vogelle and Reid* (1969), 9 C.R.N.S. 101; *R. v. McDonald* (1980), 70 Cr. App. R. 288; *R. v. O'Neill* (1976), 13 C.R. (3d) 193; *R. v. Porter*, [1976] Crim. L.R. 58; *R. v. Rydzanicz* (1979), 13 C.R. (3d) 190; *R. v. Elliott* (1984), 15 C.C.C. (3d) 195; **referred to**: *Black v. Hardwell*, [1935] 2 W.W.R. 172; *Stowe v. Grand Trunk Pacific Railway Co.*, [1918] 1 W.W.R. 546, aff'd (1918), 59 S.C.R. 665; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Kitchen v. Robbins*, 29 Ga. 713 (1860).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 312(1).

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1972.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 76 A.R. 381, dismissing an appeal from conviction by Agrios J. Appeal dismissed.

D. Grant Fedorak, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an appeal from the Alberta Court of Appeal which affirmed the decision of the trial judge finding the accused guilty of the charge of possession of stolen property having a value in excess of $200 contrary to s. 312(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 354).

Facts

The evidence at trial indicated that the appellant attempted to sell four tires and rims to a

toute évidence, l'appelant se fondait sur la véracité de la déclaration relatée; il avait accepté la déclaration comme vraie, ou du moins il croyait qu'elle était vraie. Quelle que soit la conclusion du juge du procès quant à la source de l'information sur laquelle la prétention de l'appelant était fondée, la preuve était admissible.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. v. Schmidt*, [1948] R.C.S. 333; **arrêts examinés**: *R. v. Vogelle and Reid* (1969), 9 C.R.N.S. 101; *R. v. McDonald* (1980), 70 Cr. App. R. 288; *R. v. O'Neill* (1976), 13 C.R. (3d) 193; *R. v. Porter*, [1976] Crim. L.R. 58; *R. v. Rydzanicz* (1979), 13 C.R. (3d) 190; *R. v. Elliott* (1984), 15 C.C.C. (3d) 195; **arrêts mentionnés**: *Black v. Hardwell*, [1935] 2 W.W.R. 172; *Stowe v. Grand Trunk Pacific Railway Co.*, [1918] 1 W.W.R. 546, conf. par (1918), 59 R.C.S. 665; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Kitchen v. Robbins*, 29 Ga. 713 (1860).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 312(1).

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 76 A.R. 381, qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Agrios. Pourvoi rejeté.

D. Grant Fedorak, pour l'appelant.

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a confirmé la décision du juge du procès qui avait reconnu l'accusé coupable de l'infraction de possession de biens volés d'une valeur supérieure à 200 $, en contravention du par. 312(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 354).

Les faits

D'après la preuve déposée à l'audience, l'appelant a essayé de vendre quatre pneus montés sur

police officer who posed as a purchaser. The police officer testified to the following conversation with the appellant:

I ask him, referring to the wheels: What are these off of? And he replies: A Volkswagen Rabbit. And I ask: Oh, yeah. From the City here? And he replies: I don't know. My friend ripped them off. I ask: Well, where's the other ones? Harv replies: They're in my house. I reply: Oh, I see. Well, I'll give you twenty bucks apiece. And he replies: I can't let them go for that, they are my friend's wheels. I ask: How much did he want. And Harv replies: He priced them out at one hundred and thirty apiece. That's for the rims. I reply: I'm not paying that much. Just yesterday I bought a 1984 Datsun for $180.

. . .

Harv replies: Well, I know they're hot and all but they're his tires. I reply: Let me talk to your friend then. Harv replies: I know he'll be mad at me if I only get that much.

The appellant and the police officer proceeded to a garage at the end of a lane near the appellant's home to complete the sale. The appellant expressed concern that they not be observed. The police officer further testified that he paid the appellant $125 for the tires and rims.

The Courts Below

In convicting the accused, the learned trial judge stated:

I have been satisfied beyond a reasonable doubt that the requirements of this offence have been met by the Crown. Defence has stated that Crown has failed to prove that the goods were in fact stolen. Each indicia by itself would not be sufficient; I agree with Mr. Fedorak. The sale price by itself, in view of the decision of our Court of Appeal, although raising suspicions, would not be sufficient. However, when one looks at all of the circumstances, the statements made by the accused to the undercover officer, the sale price for the goods which admittedly is one-tenth of their new value, (and it is not argued they were new) and to that I add all of the behaviour of the accused which in my view shows that he was in possession of stolen goods. If the words spoken to the Constable are examined carefully, coupled with the rest of the information, there is, as suggested by Mr. Yusep, circumstantial evidence from which I may draw an inference, and I do draw that inference. I feel under the circumstances it cries for an explanation.

jantes à un policier qui se faisait passer pour un acheteur. Le policier a témoigné avoir eu la conversation suivante avec l'appelant:

[TRADUCTION] Je lui ai demandé, au sujet des roues: d'où viennent-elles? et il a répondu: d'une Volkswagen Rabbit. Et j'ai demandé: ah oui? De la ville, ici? Et il a répondu: je ne sais pas. C'est mon ami qui les a enlevées. J'ai demandé: eh bien, où sont les autres? Harv a répondu: elles sont chez moi. J'ai répondu: ah! je vois. Bon, je t'en donne vingt dollars chaque. Et il a répondu: je ne peux pas te les laisser à ce prix-là, ce sont les roues de mon ami. J'ai demandé combien il voulait. Et Harv a répondu: il les a évalués à cent trente dollars chacun. Ça c'est pour les jantes. J'ai répondu: je ne paie pas tant que ça. Hier encore j'ai acheté une Datsun 1984 pour 180 $.

. . .

Harv a répondu: Bon, je sais bien qu'ils sont volés mais ce sont ses pneus. J'ai répondu: laisse-moi donc parler à ton ami. Harv a répondu: je sais qu'il sera furieux contre moi si je n'en tire que ça.

L'appelant et le policier se sont rendus à un garage situé au bout d'une ruelle, près du domicile de l'appelant, pour y compléter la vente. L'appelant s'inquiétait d'être vu. Le policier a ajouté qu'il avait versé 125 $ à l'appelant, pour les pneus et les jantes.

Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge du procès a fait les commentaires suivants en prononçant la culpabilité du prévenu:

[TRADUCTION] Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public a satisfait aux exigences relatives à cette infraction. La défense a prétendu que le ministère public n'a pas réussi à démontrer que les biens étaient vraiment volés. Chacun des indices ne suffirait pas en soi à en faire la preuve; j'en conviens avec Me Fedorak. Compte tenu de la décision rendue par notre Cour d'appel, le prix de vente ne suffirait pas en soi, même s'il donne lieu à des soupçons. Cependant, si l'on prend en considération toutes les circonstances, les déclarations faites par l'accusé au policier en civil, la vente des biens à un prix équivalant au dixième de leur valeur d'achat (et il n'a pas été allégué qu'ils étaient neufs), et j'y ajoute tout le comportement de l'accusé, cela établit, à mon avis, qu'il était en possession de biens volés. Si l'on examine soigneusement la conversation avec le policier, ainsi que tous les autres renseignements disponibles, il y a des preuves circonstancielles, comme l'a suggéré Me Yusep, dont je peux tirer une conclusion et je tire cette conclusion. J'estime que, dans les circonstances, une explication était essentielle.

The majority of the Court of Appeal was of the view that there was sufficient circumstantial evidence apart from the admission by the appellant upon which a conviction could be based. Hetherington J.A., dissenting, would have allowed the appeal on the ground that the appellant's lack of personal knowledge of the theft of the items rendered his statement of no evidential value in relation to the question of whether the items were stolen. She was of the opinion that no other circumstantial evidence existed upon which the trial judge could have inferred that the items were stolen.

The Issue

I am prepared to assume that, in the absence of the admission made by the appellant, the evidence before the trial judge was insufficient to meet the criminal standard of proof. The central issue therefore is the admissibility of the admission and its evidentiary value.

The Authorities

The following are the relevant authorities referred to in this Court. In *R. v. Vogelle and Reid* (1969), 9 C.R.N.S. 101 (Man. C.A.), the accused, Vogelle, met the accused, Reid, outside a store and after walking together for several blocks the latter removed some cloth from under his jacket and handed it to Vogelle who put it into a shopping bag. Seeing a constable, the two ran but were apprehended. Vogelle told the police that he had purchased the cloth from a girl and "figured it was hot". Reid's statement contained the following admission: "Because of the price that had been paid for the cloth it had to be stolen from some place. I do not know where the stuff was stolen from." The accused appealed against convictions for possession under $50. Property in the stolen goods was allegedly that of a person or persons unknown. It was argued upon appeal that the Crown had failed to prove that the goods were stolen.

In allowing the appeal, Dickson J.A. (as he then was), speaking for the majority, identified the elements of the offence and then continued, at pp. 104-5:

La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il y avait assez de preuves circonstancielles, même sans l'aveu de l'appelant, pour étayer une déclaration de culpabilité. Le juge Hetherington, dissidente, aurait accueilli l'appel parce que l'appelant n'avait pas connaissance personnelle du vol des biens, et que sa déclaration n'avait donc aucune valeur probante quant à la question de savoir si les articles avaient été volés. Elle a estimé qu'il n'existait aucune autre preuve circonstancielle permettant au juge du procès de déduire que les articles étaient volés.

La question en litige

Je suis prêt à présumer qu'en l'absence d'un aveu par l'appelant, la preuve déposée devant le juge du procès ne répondait pas à la norme de preuve applicable en matière criminelle. La question essentielle est donc l'admissibilité de l'aveu et sa valeur probante.

La jurisprudence

Voici la jurisprudence pertinente invoquée devant cette Cour. Dans *R. v. Vogelle and Reid* (1969), 9 C.R.N.S. 101 (C.A. Man.), le prévenu Vogelle avait rencontré le prévenu Reid, à l'extérieur d'un magasin; plusieurs rues plus loin, ce dernier a sorti du tissu qui était caché sous sa veste et l'a remis à Vogelle qui l'a placé dans un sac d'emplettes. À la vue d'un agent, les deux se sont enfuis en courant mais ont été appréhendés. Vogelle a dit à la police qu'il avait acheté le tissu d'une fille et qu'il [TRADUCTION] «pensait bien qu'il avait été volé». La déclaration de Reid contenait l'aveu suivant: [TRADUCTION] «Vu le prix payé pour le tissu, il a dû être volé quelque part. Je ne sais pas où la marchandise a été volée.» Les prévenus ont fait appel de leur déclaration de culpabilité ou possession de marchandises d'une valeur inférieure à 50 $. Les marchandises volées appartenaient apparemment à une ou plusieurs personnes inconnues. En appel, il a été allégué que le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que les marchandises avaient été volées.

Le juge Dickson (alors juge à la Cour d'appel) a accueilli l'appel, au nom de la majorité, a décrit les éléments de l'infraction et a fait les observations suivantes, aux pp. 104 et 105:

Instead, he made admissions based upon what he himself knew — namely, that he bought the set from an unknown man in a betting shop for £90 when he thought the set was worth £280. The Court concluded, at p. 290:

> In our judgment the appellant had admitted circumstances within his own knowledge from which the jury were entitled to infer that the set had been stolen.

In *R. v. O'Neill* (1976), 13 C.R. (3d) 193 (Ont. C.A.), the only evidence against the accused regarding the theft of a stereo and turntable — the subjects of the charge against her of unlawful possession — was her statement to the police. In response to the question of whether she knew that the items were stolen the accused replied "yes". She then added that she had been given the items by a male friend.

The Court of Appeal followed *R. v. Porter*, [1976] Crim. L.R. 58, in finding that the hearsay statement of the accused was not proof that the items were stolen. The Court, at p. 194, cited the editorial commentary following *R. v. Porter* with approval:

> It is one thing for the accused to admit facts of which he has personal knowledge and for an inference to be drawn from those facts that the goods are stolen. It is another thing for the accused to 'admit' facts of which he has no personal knowledge.

In *R. v. Rydzanicz* (1979), 13 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.), the accused was charged with having in his possession a quantity of stolen cigarettes. The accused stated to the police that he saw his friend Mike enter the shopping centre and come out with a whole shopping cart full of cartons of cigarettes. The accused added that he helped Mike put the cigarettes in the back of the truck. The accused also stated that he knew that the cigarettes were stolen when he saw Mike come out of the shopping centre.

The accused was acquitted at trial on the strength of *R. v. O'Neill*, *supra*. The Court of Appeal overturned the acquittal because the trial judge had overlooked the fact that the accused stated that he saw Mike go into the store and come

l'appareil était volé. Au contraire, il avait fait des aveux à partir de ce qu'il savait lui-même, c'est-à-dire qu'il avait acheté l'appareil à un inconnu, dans un bureau de paris, au prix de 90 £, croyant qu'il en valait 280 £. La cour a tiré la conclusion suivante, à la p. 290:

> [TRADUCTION] Nous estimons que l'appelant a admis des circonstances dont il avait connaissance et à partir desquelles le jury pouvait conclure que l'appareil avait été volé.

Dans l'arrêt *R. v. O'Neill* (1976), 13 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.), la seule preuve contre la prévenue, au sujet du vol d'une chaîne stéréophonique et d'un tourne-disque — visés dans l'accusation de possession illégale contre elle — était une déclaration qu'elle avait faite à la police. Lorsqu'on lui avait demandé si elle savait que les articles avaient été volés, la prévenue avait répondu "oui". Elle avait ajouté qu'un ami les lui avait donnés.

La Cour d'appel a suivi la décision *R. v. Porter*, [1976] Crim. L.R. 58, pour conclure que la déclaration relatée de la prévenue ne permettait pas d'établir que les articles étaient volés. La cour a approuvé l'extrait suivant des commentaires qui accompagnent la décision *R. v. Porter*, à la p. 194:

> [TRADUCTION] L'accusé peut admettre des faits dont il a personnellement connaissance et on peut en conclure que des biens ont été volés. La situation est cependant différente lorsque l'accusé "admet" des faits dont il n'a pas personnellement connaissance.

Dans l'arrêt *R. v. Rydzanicz* (1979), 13 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), le prévenu était accusé d'avoir en sa possession une certaine quantité de cigarettes volées. Le prévenu avait affirmé à la police qu'il avait vu son ami Mike entrer dans le centre commercial et en ressortir avec un chariot plein de cartouches de cigarettes. Le prévenu avait ajouté qu'il avait aidé Mike à mettre les cigarettes à l'arrière du camion. Il avait également déclaré qu'il avait compris que les cigarettes étaient volées en voyant Mike sortir du centre commercial.

Le prévenu avait été acquitté en première instance, en raison de l'arrêt *R. v. O'Neill*, précité. La Cour d'appel a infirmé ce verdict d'acquittement parce que le juge du procès n'avait pas tenu compte de la déclaration du prévenu selon laquelle il avait vu Mike entrer dans le magasin et en

The theft and the ownership may be proven by direct evidence of the owner or some other person, or they may be proven by circumstantial evidence. The circumstances of the accused's possession may lead compellingly to the conclusion that the goods are stolen goods and the owner someone other than the accused. If circumstantial evidence is relied upon, however, it must be received with caution. There is no onus upon an accused to prove that he came into possession of the goods honestly. He does not have to account for his possession. Refusal or failure to give a satisfactory explanation as to the manner in which he acquired the goods, or even conflicting explanations, do not afford proof that the goods were stolen.

He went on to state that the trend in Canada was a reluctance to draw conclusions of guilt from circumstances giving rise to suspicion. In this case (at p. 107):

The statements given to the police, with the evidence of the shopping bag and flight, fall short of proving that the goods were stolen. A finding of guilt must rest firmly upon fact or inference, not upon suspicion or upon an inference drawn from another inference.

Freedman J.A., dissenting, concluded, at p. 108, that the circumstantial evidence in this case was "... of such a character as would lead any reasonable person to draw the inference that a theft had taken place."

In *R. v. McDonald* (1980), 70 Cr. App. R. 288 (C.A.), no direct evidence existed that the property, a television set, had been stolen. The accused admitted to the police that he believed it to be stolen. He also stated that he had bought the set for £90 from an unknown man at a betting shop. The accused stated that he believed the property to be worth three times that amount. Counsel for the accused moved that there was no case to answer, which was rejected by the trial judge. The issue before the Court of Appeal was whether, at the end of the prosecution's case, there was any evidence upon which a jury, properly directed, could have found the accused guilty.

The Court of Appeal held that the case against the accused did not depend on the accused's statement that he believed the set to be stolen.

[TRADUCTION] Le vol et la propriété de biens peuvent être établis par la preuve directe du propriétaire ou d'une autre personne ou par une preuve circonstancielle. Les circonstances afférentes à la possession des biens par le prévenu peuvent nous obliger à conclure que les biens sont volés et que le propriétaire est une autre personne que le prévenu. Cependant, si l'on fait appel à des éléments de preuve circonstancielle, il faut les admettre avec prudence. Il n'incombe pas au prévenu de démontrer qu'il a acquis les biens légitimement. Il n'a pas à rendre compte des circonstances de l'acquisition. Le fait qu'il refuse ou omette de donner une explication satisfaisante quant à la façon dont il a acquis les biens, ou même qu'il offre des explications contradictoires, ne prouve pas que les biens étaient volés.

Il a ajouté qu'au Canada, les tribunaux hésitaient à conclure à la culpabilité en raison de circonstances donnant lieu à soupçons, à la p. 107:

[TRADUCTION] Les déclarations faites à la police, ainsi que la preuve du sac d'emplettes et de la fuite, ne suffisent pas pour démontrer que les biens étaient volés. Un verdict de culpabilité doit reposer fermement sur des faits ou des inférences, et non seulement sur des soupçons ou une inférence fondée sur une autre inférence.

Le juge Freedman dissident avait conclu, à la p. 108, que dans cette affaire la preuve circonstancielle était [TRADUCTION] «telle qu'elle amènerait toute personne raisonnable à conclure au vol.»

Dans l'arrêt *R. v. McDonald* (1980), 70 Cr. App. R. 288 (C.A.), il n'y avait aucune preuve directe du vol du bien en question, un téléviseur. Le prévenu avait avoué à la police qu'il croyait que l'objet avait été volé. Il avait dit aussi avoir acheté l'appareil à un inconnu, pour 90 £, dans un bureau de paris. Le prévenu avait affirmé qu'il pensait que les biens valaient trois fois cette somme. L'avocat du prévenu avait soutenu que le ministère public n'avait pas établi le bien-fondé de l'accusation, ce qui a été rejeté par le juge du procès. La Cour d'appel devait déterminer si, après la présentation des arguments de la poursuite, il existait des éléments de preuve permettant à un jury, qui a reçu les directives appropriées, de conclure à la culpabilité du prévenu.

La Cour d'appel a conclu que les arguments invoqués contre le prévenu n'étaient pas fondés sur l'affirmation par ce dernier qu'il croyait que

out with a shopping cart full of cigarettes. The Court of Appeal, at p. 192, held that:

That admission was based on the personal knowledge of the respondent, and constituted evidence of relevant fact in a chain of circumstances in support of an inference that the cigarettes were stolen.

Aside from the accused's stated belief, sufficient circumstantial evidence existed to support a finding that the goods were stolen. The Court of Appeal added that it is a question of fact whether the inference that the goods were stolen should be drawn by the trier of fact.

In *R. v. Elliott* (1984), 15 C.C.C. (3d) 195 (Alta. C.A.), the accused was charged with possession of certain roof panels, the property of person or persons unknown, knowing them to "have been obtained by the commission in Canada of theft" contrary to s. 312 of the *Criminal Code*. The items involved were worth approximately $1,300 although the accused testified that he paid $150 for them, having purchased them from an unknown person in a bar. He did not receive a sales slip for the goods and the police testified that the accused told them that because of the low price he paid he realized they were "hot". There was no evidence as to where the goods had been obtained or who their owner was. On appeal by the accused from his conviction, the appeal was allowed and an acquittal entered.

The majority held that it was clear that the element of theft can be proved by circumstantial evidence. In this case, the circumstantial evidence was not strong enough to support the inference that the goods were stolen:

Here the only evidence of theft is proof of purchase for far below value, at a bar, from a stranger, without a bill of sale. Certainly, this gives rise to the suspicion that the goods which are being sold were stolen. Certainly in a civil case a court could prove on a balance of probabilities that a theft had occurred but I am of the opinion that proof of theft beyond all reasonable doubt has not been established by these facts alone. There has to be more. [p. 201]

Foisy J. held that the circumstances in this case were strong enough to support the inference that the goods were in fact stolen. He agreed in the result, however, because he held that the Crown

ressortir avec un chariot plein de cigarettes. La Cour d'appel a conclu ce qui suit, à la p. 192:

[TRADUCTION] Cet aveu était fondé sur la connaissance personnelle de l'intimé et constituait la preuve d'un fait pertinent dans une chaîne de circonstances permettant de conclure que les cigarettes étaient volées.

Même sans la déclaration faite par le prévenu au sujet de ce qu'il croyait, la preuve circonstancielle était suffisante pour conclure que les biens avaient été volés. La Cour d'appel a ajouté que la question de savoir si cette conclusion s'imposait au juge des faits était une question de fait.

Dans *R. v. Elliott* (1984), 15 C.C.C. (3d) 195 (C.A. Alb.), le prévenu avait été accusé de possession de certains pans de toiture, qui appartenaient à une ou plusieurs personnes inconnues, sachant qu'ils [TRADUCTION] «avaient été obtenus par la perpétration d'un vol au Canada», en contravention de l'art. 312 du *Code criminel*. Les biens en cause valaient environ 1 300 $, mais le prévenu avait témoigné qu'il les avait payés 150 $ à un inconnu, dans un bar. Il n'avait pas reçu de facture pour les biens achetés et les policiers avaient témoigné que le prévenu leur avait dit que, vu le prix peu élevé qu'il avait versé, il s'était rendu compte qu'ils étaient volés. Rien dans la preuve n'indiquait l'origine des biens ni l'identité du propriétaire. L'accusé a fait appel de la déclaration de culpabilité, l'appel a été accueilli et il a été acquitté.

La cour a conclu à la majorité qu'il était clair que l'élément de vol pouvait être démontré par une preuve circonstancielle. En l'espèce, la preuve circonstancielle n'était pas assez solide pour permettre de conclure que les biens étaient volés:

[TRADUCTION] Le seul élément de preuve du vol est la preuve d'achat à un prix très bas, à un inconnu, dans un bar, sans aucune facture. Il est certain que cela nous permet de soupçonner que les marchandises vendues étaient volées. En matière civile, un tribunal pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu vol, mais j'estime que ces seuls faits ne constituent pas une preuve hors de tout doute raisonnable. Il faut plus que cela. [p. 201]

Le juge Foisy avait conclu qu'en l'espèce, la preuve circonstancielle était assez solide pour lui permettre de conclure que les biens avaient été volés. Il

had failed to prove that the theft had been committed in Canada.

Analysis

Although they do not always make it clear, some of these authorities deal with the question relating to the use to be made of an admission based on hearsay as a matter of weight, and others, as a matter of admissibility. In deciding which position is correct, account must be taken of the decision of this Court in *R. v. Schmidt*, [1948] S.C.R. 333, a case that apparently was not drawn to the attention of the Court of Appeal and is not referred to in the factum of either party in this Court. That case dealt with a charge of incest between the accused and his alleged sister. Letters were introduced by the prosecution which contained admissions as to the relationship. The Court of Appeal held that this evidence was inadmissible and quashed the conviction with Roach J.A. dissenting. This Court held that although based on hearsay, the evidence was admissible. Inasmuch, however, as other evidence, which was inadmissible, had been admitted at the trial, a new trial was ordered. Kerwin J. stated, at p. 335:

On the second point the majority of the Court of Appeal (1) took the view that if the accused believed he was a brother of the complainant, there was nothing to show that such a belief was founded on anything except hearsay. On the other hand, the dissenting judge believed that what was written by the accused was an admission entitled to be relied upon in the same way, although not necessarily with the same force, as if the accused, while in the witness box and while denying the act of intercourse, had under oath stated that he and Elsie were brother and sister.

He continued at p. 336:

Ordinarily an admission of a fact made by a party is evidence against him of that fact. The statement in section 1053 of the third edition of Wigmore on Evidence that admissions are not subject to the rule for testimonial qualifications of personal knowledge is borne out by the decision, referred to by the author, of the Court of Appeal of Alberta in *Stowe* v. *Grand Trunk Pacific Railway Co.*, affirmed in this Court.

avait cependant souscrit au dispositif de la majorité parce que, selon lui, le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que le vol avait été commis au Canada.

L'analyse

Même si cela ne ressort pas toujours clairement de ces décisions, certaines traitent de l'utilisation d'aveux fondés sur du ouï-dire sous l'angle de leur valeur probante, et les autres sous l'angle de leur recevabilité. Pour déterminer quel point de vue est le bon, il faut tenir compte de l'arrêt de cette Cour *R. v. Schmidt*, [1948] R.C.S. 333, qui apparemment n'a pas été porté à l'attention de la Cour d'appel ni mentionné dans les mémoires présentés à notre Cour par les parties. Il s'agissait d'une accusation d'inceste entre le prévenu et sa soeur présumée. La poursuite avait introduit en preuve des lettres contenant des aveux concernant leurs liens de parenté. La Cour d'appel avait conclu que cette preuve n'était pas recevable et avait annulé le verdict de culpabilité, le juge Roach étant dissident. La Cour suprême avait jugé que la preuve était recevable, bien que fondée sur du ouï-dire. Cependant, dans la mesure où d'autres éléments de preuve irrecevables avaient été admis en première instance, un nouveau procès avait été ordonné. Voici ce que disait le juge Kerwin, à la p. 335:

[TRADUCTION] Au sujet de la deuxième question, la Cour d'appel à la majorité (1) a conclu que si le prévenu croyait être le frère de la plaignante, rien ne démontrait que cette conviction était fondée sur autre chose que du ouï-dire. D'autre part, le juge dissident pensait que les écrits du prévenu constituaient un aveu qui pouvait servir de la même façon, même s'il n'avait pas nécessairement le même poids, que si le prévenu avait déclaré sous serment, au banc des témoins alors qu'il niait avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante, que lui et Elsie étaient frère et sœur.

Il a ajouté ce qui suit à la p. 336:

[TRADUCTION] Habituellement, l'aveu d'un fait par une partie constitue la preuve de ce fait à son encontre. Le principe énoncé au paragraphe 1053 de la troisième édition de Wigmore on Evidence, selon lequel les aveux ne sont pas assujettis à la règle de la connaissance personnelle applicable aux témoignages, est repris dans la décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Stowe* v. *Grand Trunk Pacific Railway Co.*, mentionnée par l'auteur, et confirmée par cette Cour.

Kerwin J. approved the reasoning of Roach J.A., dissenting in the Court of Appeal, who tested the admissibility of the admission by drawing a parallel between it and a statement made on the stand by the same party. Kerwin J. concluded, at p. 336:

In such a case as this there is no reason why a statement by the accused of his relationship with the complainant is not evidence any more than if he had stated it in the witnessbox, as referred to by Roach, J.

Kellock J., who agreed in the result, stated at p. 338:

Dealing first with the letters, I think the abbreviation "Brot." is to be interpreted as having been used as an abbreviation of the word "brother" and the jury were entitled to treat both letters, if they considered the handwriting of the accused to have been proved, as admissions against him.

Furthermore it is clear that a party making an admission may adopt a hearsay statement as his or her own for the purpose of admitting the facts therein. See *Black v. Hardwell*, [1935] 2 W.W.R. 172, and *Stowe v. Grand Trunk Pacific Railway Co.*, [1918] 1 W.W.R. 546, aff'd (1918), 59 S.C.R. 665.

The rationale underlying the exclusion of hearsay evidence is primarily the inherent untrustworthiness of an extra-judicial statement which has been tendered without affording an opportunity to the party against whom it is adduced to cross-examine the declarant. This rationale applies equally in both criminal and civil cases. It loses its force when the party has chosen to rely on the hearsay statement in making an admission. Presumably in so doing, the party making the admission has satisfied himself or herself as to the reliability of the statement or at least had the opportunity to do so. The significance of this factor is evident in the decision of this Court in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, in which evidence was admitted as an exception to the hearsay rule where the party against whom the evidence was tendered had the opportunity to test the accuracy of the evidence.

I agree with the following statement in *Kitchen v. Robbins*, 29 Ga. 713 (1860), cited by 4 *Wigmore, Evidence*, s. 1053 (Chadbourn rev. 1972) for

Le juge Kerwin a approuvé le raisonnement du juge Roach, dissident en appel, qui avait analysé la recevabilité de l'aveu en le comparant avec une déclaration faite par la même personne, à la barre des témoins. Le juge Kerwin a ainsi conclu, à la p. 336:

[TRADUCTION] Dans un cas semblable, il n'est pas justifié qu'une déclaration faite par le prévenu, au sujet de ses liens avec la plaignante, n'ait pas le même poids que s'il l'avait faite à la barre des témoins, comme l'a mentionné le juge Roach.

Souscrivant au dispositif, le juge Kellock a déclaré ce qui suit, à la p. 338:

[TRADUCTION] Examinons d'abord les lettres: je pense que l'abréviation «Brot.» doit être interprétée comme une abréviation de «brother» et que le jury avait le droit de traiter les deux lettres comme un aveu fait par le prévenu, une fois l'écriture identifiée.

De plus, il est certain qu'une partie qui fait un aveu peut adopter une déclaration relatée et la faire sienne, afin d'admettre les faits qui y sont décrits. Voir *Black v. Hardwell*, [1935] 2 W.W.R. 172, et *Stowe v. Grand Truck Pacific Railway Co.*, [1918] 1 W.W.R. 546, confirmé par (1918), 59 R.C.S. 665.

La raison de l'exclusion de la preuve par ouï-dire tient essentiellement au caractère douteux inhérent à une déclaration extrajudiciaire qui a été faite sans que la partie adverse ait l'occasion d'en contre-interroger l'auteur. Ce raisonnement s'applique tant en matière criminelle qu'en matière civile. Il perd de sa vigueur lorsque la partie décide de se fonder sur une déclaration relatée pour faire un aveu. On peut présumer que, ce faisant, l'auteur de l'aveu est convaincu de la véracité de l'affirmation ou, du moins, a eu la possibilité de s'en convaincre. L'importance de ce facteur est illustrée clairement dans l'arrêt de cette Cour *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, où des éléments de preuve ont été admis par exception à la règle du ouï-dire dans un cas où la partie contre qui la preuve était présentée avait eu l'occasion d'en vérifier l'exactitude.

Je souscris à l'opinion suivante exprimée dans l'arrêt *Kitchen v. Robbins*, 29 Ga. 713 (1860), citée dans 4 *Wigmore, Evidence*, art. 1053 (Chad-

which I am indebted to McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), at p. 428:

> Are no admissions good against a party, unless founded on his personal knowledge? The admissions would not be made except on evidence which satisfies the party who is making them against his own interest, that they are true, and that is evidence to the jury that they are true.

Accordingly, once it is established that the admission was in fact made, there is no reason in principle for treating it any differently than the same statement would be treated had it been made in the witness box. In the latter case, if a party indicates a belief in or acceptance of a hearsay statement, that is some evidence of the truth of its contents. The weight to be given to that evidence is for the trier of fact. On the other hand, if the party simply reports a hearsay statement without either adopting it or indicating a belief in the truth of its contents, the statement is not admissible as proof of the truth of the contents.

Conclusion and Disposition

Turning to the admission in question in this appeal, it is impossible to read it as merely reporting a hearsay statement without more. Clearly the appellant was relying on the hearsay statement as being true. Either he accepted it as being true or at least believed it to be true.

Furthermore, the trial judge may very well have concluded that the appellant had personal knowledge to state: "I know they're hot". These words are not necessarily limited by the previous comments: "I don't know. My friend ripped them off". No evidence was led by the appellant who did not testify. The trial judge might have reached this conclusion or the conclusion that the appellant accepted his friend's explanation, believed it to be true, or indeed satisfied himself from all the circumstances that the property was stolen. In any of the above alternatives, the evidence was admissible. Any evidentiary weakness in the information on which the admission was based was a matter of weight and not admissibility. This was a matter for the trial judge who considered the statement along with other evidence and concluded that the accused was guilty beyond a reasonable doubt.

bourn, rév. 1972), pour laquelle je remercie l'auteur McWilliams de *Canadian Criminal Evidence* (2e éd. 1984), à la p. 428:

> [TRADUCTION] N'y aurait-il que les aveux fondés sur la connaissance personnelle d'une partie qui lui soient opposables? Aucune partie ne ferait d'aveux contre son intérêt sans être convaincue de leur fondement, ce qui, pour le jury, est une preuve de leur véracité.

Par conséquent, une fois qu'il est démontré que l'aveu a bel et bien été fait, il n'y a en principe aucune raison de ne pas le traiter de la même façon qu'une déclaration à la barre des témoins. Dans ce dernier cas, le fait pour une partie d'indiquer qu'elle croit ou qu'elle accepte une déclaration relatée constitue un élément de preuve de la véracité de son contenu. Il incombe au juge des faits d'apprécier le poids de cet élément de preuve. Par contre, si la partie ne fait que reprendre une déclaration relatée sans l'adopter ni indiquer qu'elle en croit le contenu, cette déclaration n'est pas recevable comme preuve de la véracité de son contenu.

Conclusion et dispositif

Quant à l'aveu visé en l'espèce, il est impossible d'y voir la simple répétition d'une déclaration relatée, sans plus. De toute évidence, l'appelant se fondait sur la véracité de la déclaration relatée. Il avait accepté la déclaration comme vraie, ou du moins il croyait qu'elle était vraie.

De plus, le juge du procès peut très bien avoir conclu que l'appelant avait personnellement connaissance des faits puisqu'il avait affirmé: «je sais qu'ils sont volés». Cette phrase n'est pas nécessairement restreinte par les commentaires précédents: «Je ne sais pas. C'est mon ami qui les a enlevées.» Aucune preuve n'a été présentée par l'appelant qui n'a pas témoigné à l'audience. Le juge du procès a peut-être tiré cette conclusion ou la conclusion que l'appelant avait accepté l'explication offerte par son ami, la tenant pour vraie, ou qu'il était convaincu, d'après les circonstances, que les biens étaient volés. Quelle que soit l'explication retenue parmi celles qui précèdent, la preuve était admissible. La faiblesse, du point de vue de la preuve, des renseignements sur lesquels l'aveu était fondé touche la valeur probante et non l'admissibilité. L'appréciation de cela incombait au juge du

This result was affirmed by the majority of the Court of Appeal. There are, therefore, concurrent findings of fact with which this Court should not ordinarily interfere. For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Kolthammer, Zazula & Fedorak, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.

procès qui a examiné la déclaration, de même que d'autres éléments de preuve, et a conclu que le prévenu était coupable, hors de tout doute raisonnable. Cette conclusion a été confirmée par la Cour d'appel à la majorité. Par conséquent, les conclusions de fait sont concordantes et, normalement, cette Cour ne devrait pas chercher à les modifier. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Kolthammer, Zazula & Fedorak, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.

Thomas Brown, Bobby Koerner, Marc Sequin, Eugene Cherniak, Darren Olynyk, Eino Vesa, Keith Gibson, Gary Robinson, Wade Gibson and Martin Roy *Appellants*

v.

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. *Respondent*

and

Manitoba Labour Board *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for New Brunswick *Interveners*

INDEXED AS: YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. *v.* BROWN

File No.: 20614.

1989: March 14; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Labour relations — Federal job creation programmes — Whether federally funded job creation programmes infringe upon provincial jurisdiction over labour relations — Whether provincial wage laws applicable to workers participating in a federal job creation programme — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), (29), 92(10) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 38 — The Payment of Wages Act, S.M. 1975, c. 21 — The Construction Industry Wages Act, R.S.M. 1970, c. C190.

Master and servant — Federal job creation programmes — YMHA entering into an agreement with federal government to engage workers participating in a federal job creation programme — Whether workers were employees of YMHA within the meaning of The Payment of Wages Act and The Construction Industry Wages Act of Manitoba — Whether YMHA was the "employer" under the same legislation.

Thomas Brown, Bobby Koerner, Marc Sequin, Eugene Cherniak, Darren Olynyk, Eino Vesa, Keith Gibson, Gary Robinson, Wade Gibson et Martin Roy *Appelants*

c.

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. *Intimé*

et

La Commission du travail du Manitoba *Intimée*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. *c.* BROWN

N° du greffe: 20614.

1989: 14 mars; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Relations de travail — Programmes fédéraux de création d'emplois — Les programmes de création d'emplois subventionnés par le gouvernement fédéral empiètent-ils sur la compétence d'une province en matière de relations de travail? — La législation provinciale en matière de salaires s'applique-t-elle aux travailleurs qui participent à un programme fédéral de création d'emplois? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (29), 92(10) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 38 — Loi sur le paiement des salaires, L.M. 1975, chap. 21 — Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction, L.R.M. 1970, chap. C190.

Employeur et employé — Programmes fédéraux de création d'emplois — Conclusion d'une entente entre le YMHA et le gouvernement fédéral en vue d'embaucher des travailleurs participant à un programme fédéral de création d'emplois — Les travailleurs sont-ils des employés au sens de la Loi sur le paiement des salaires et de la Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction du Manitoba? — Le YMHA était-il l'«employeur» au sens de ces mêmes lois?

The YMHA undertook to renovate its premises and participated in a federal job creation programme aimed at unemployed workers and established pursuant to s. 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. To take advantage of the programme, the YMHA entered into an agreement with the federal government. The Agreement designated the YMHA as "employer" and provided that the Canada Employment and Immigration Commission would continue to pay the unemployment insurance benefits of the "employees" while the "employer" would be responsible for topping up this amount in accordance with the rates set up in the Agreement. The appellants were classified as "cleaners" under the Agreement and were paid an amount equivalent to the minimum wage for that classification. They subsequently contested their classification before the Manitoba Labour Board arguing that they performed general construction work which entitled them to a higher wage. The Board, by virtue of its jurisdiction under the Manitoba *Payment of Wages Act*, allowed the complaint, fixed the appropriate wage according to the regulations passed pursuant to the Manitoba *Construction Industry Wages Act*, and ordered the "employer", the YMHA, to pay to the appellants the difference between the amount already received by them and the new wage rate. The Court of Appeal quashed the Board's order. This appeal is to determine: (1) whether the appellants were employees within the meaning of the relevant provincial legislation; and (2), whether the provincial wage laws were applicable to workers participating in a job creation programme established pursuant to s. 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

Held: The appeal should be allowed.

The appellants were "employees" and the YMHA was an "employer" within the definitions of these words contained in Manitoba's *Payment of Wages Act* and *Construction Industry Wages Act*. First, the YMHA was directly or indirectly responsible for the engagement of the appellants. While the pool of applicants was limited by the Agreement to workers receiving unemployment insurance benefits, the YMHA freely selected workers from that group and thus retained the power of selection of the workers who participated on the project. Second, the top-up pay received by the appellants from the YMHA constituted wages. Section 38(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which provided that money received by the project participants was not "remuneration from employment", did not affect the classification of the money received by the appellants for the purposes of any legislation not specifically referred

Le YMHA a entrepris de rénover ses locaux et il a participé à un programme fédéral de création d'emplois destiné aux travailleurs sans emploi et établi conformément à l'art. 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Pour bénéficier de ce programme, le YMHA a conclu une entente avec le gouvernement fédéral. Cette entente désignait le YMHA comme étant l'«employeur» et prévoyait que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada continuerait de verser les prestations d'assurance-chômage des «employés» alors que l'«employeur» serait responsable de compléter ce montant selon les taux établis dans l'entente. Aux termes de l'entente, les appelants étaient classifiés comme préposés au nettoyage et touchaient un montant équivalent au salaire minimum prévu pour cette classification. Ils ont ultérieurement contesté cette classification devant la Commission du travail du Manitoba en prétendant qu'ils effectuaient du travail général de construction leur donnant droit à un salaire supérieur. En vertu de la compétence qui lui est conférée en application de la *Loi sur le paiement des salaires* du Manitoba, la Commission a accueilli la plainte, fixé le salaire qui devait être payé selon le règlement pris en application de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction* et ordonné à l'«employeur», le YMHA, de verser aux appelants la différence entre le montant qu'ils avaient déjà reçu et le nouveau taux salarial. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance de la Commission. Ce pourvoi vise à déterminer: (1) si les appelants sont des employés au sens de la législation provinciale applicable, et (2), si les lois provinciales en matière de salaires s'appliquent à des travailleurs qui participent à un programme de création d'emplois établi en vertu de l'art. 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les appelants sont des «employés» et le YMHA est un «employeur» au sens de la *Loi sur le paiement des salaires* et de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction* en vigueur au Manitoba. Premièrement, le YMHA était directement ou indirectement responsable de l'embauchage des appelants. Même si la liste des candidats était restreinte, en vertu de l'entente, aux travailleurs qui touchaient des prestations d'assurance-chômage, le YMHA a choisi librement des travailleurs parmi ce groupe et a donc conservé le pouvoir de choisir les travailleurs qui participeraient au projet. Deuxièmement, le surplus que le YMHA a versé aux appelants constituait un salaire. Le paragraphe 38(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui prévoit que les sommes reçues par les participants au projet ne constituent pas une «rémunération provenant d'un emploi», n'affecte aucunement la classification des sommes

to in that provision. Third, the YMHA had the control and direction over the appellants. The Agreement between the YMHA and the Commission did not affect the employer/employee relationship.

The provincial wage laws were applicable to the workers participating in the job creation programme at issue. Parliament had no jurisdiction over labour relations in this case. The power to establish the programme is not founded in its exclusive jurisdiction over unemployment insurance (s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*). Section 38 merely provides for approval of such programmes. The section addresses only the limited issue of the continued application of various provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* during the course of the unemployed person's participation in a job creation programme. It makes no attempt to regulate the work to be performed nor does it address the subject of labour standards or rates of remuneration. The power to establish these programmes is derived from the federal spending power, but the mere spending of federal money does not bring a matter which is otherwise provincial into federal competence. While Parliament may be free to offer grants, the decision to make a grant of money in any particular area cannot be construed as an intention to regulate all related aspects of that area. Thus, a decision to provide a job creation grant to an organization such as the YMHA should not be construed, without other evidence, as an intention to remove provincial labour law jurisdiction over the project. Finally, the job creation programme cannot be categorized as a federal undertaking covered by ss. 91(29) or 92(10) of the *Constitution Act, 1867*.

Cases Cited

Referred to: *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), (29), 92(10).
Construction Industry Wages Act, R.S.M. 1970, c. C190, ss. 2(1)(c), (e), 14(4) [am. 1980-81, c. 38, s. 3].
Payment of Wages Act, S.M. 1975, c. 21, ss. 1(c) [rep. & subs. 1985-86, c. 52, s. 1], (d), 16(1) [am. 1978, c. 18, s. 8; rep. & subs. 1985-86, c. 52, s. 10].

reçues par les appelants aux fins d'une loi non mentionnée expressément dans cette disposition. Troisièmement, le contrôle et la surveillance des appelants relevaient du YMHA. L'entente conclue entre le YMHA et la Commission ne modifie pas la relation employeur-employé.

Les lois provinciales en matière de salaires s'appliquent aux travailleurs qui participent au programme de création d'emplois en cause. Le Parlement n'a pas compétence sur les relations de travail en l'espèce. Le pouvoir d'établir ce programme ne relève pas de sa compétence exclusive en matière d'assurance-chômage (par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'article 38 ne fait que prévoir l'approbation de tels programmes. Cet article prévoit seulement que diverses dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* continuent de s'appliquer lorsqu'une personne sans emploi participe à un programme de création d'emplois. Il ne tente pas de réglementer le travail à accomplir pas plus qu'il n'aborde la question des normes de travail ou des taux de rémunération. Le pouvoir d'établir ces programmes découle du pouvoir de dépense du fédéral, mais le seul fait de dépenser des fonds fédéraux ne peut faire relever de la compétence fédérale un sujet qui relève par ailleurs de la compétence provinciale. Bien que le Parlement soit libre d'offrir des subventions, la décision d'accorder une subvention dans un domaine particulier ne saurait s'interpréter comme une intention de réglementer tous les aspects connexes de ce domaine. Par conséquent, il ne faudrait pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, interpréter la décision d'accorder une subvention à un organisme comme le YMHA pour un projet créateur d'emplois comme une intention de soustraire le projet à la compétence provinciale en matière de relations de travail. Enfin, le programme de création d'emplois ne saurait être qualifié d'entreprise fédérale visée par le par. 91(29) ou le par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (29), 92(10).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 38(1) à (6) [abr. & rempl. 1976-77, chap. 54, art. 41].
Loi sur le paiement des salaires, L.M. 1975, chap. 21, art. 1c) [abr. & rempl. 1985-86, chap. 52, art. 1], d), 16(1) [mod. 1978, chap. 18, art. 8; abr. & rempl. 1985-86, chap. 52, art. 10].

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 38(1) to (6) [rep. & subs. 1976-77, c. 54, s. 41].

Authors Cited

Christie, Innis. *Employment in Canada.* Toronto: Butterworths, 1980.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Oxford English Dictionary, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1969, "engage".

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 48 Man. R. (2d) 236, 42 D.L.R. (4th) 360, quashing an order of the Manitoba Labour Board. Appeal allowed.

W. G. McFetridge and *M. A. Webb*, for the appellants.

Harold Buchwald, *Q.C.*, and *Campbell Wright*, for the respondent YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.

David Gisser, for the respondent the Manitoba Labour Board.

James M. Mabbutt, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case raises the issue of whether a federally funded job creation programme can infringe upon provincial jurisdiction over labour relations.

The respondent YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. (the "YMHA") is a non-profit organization which provides social, educational and recreational facilities in the Winnipeg community. From the fall of 1984 to the spring of 1985, the YMHA undertook to renovate its premises. Funding for the renovation project was received by the YMHA from a number of sources.

Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction, L.R.M. 1970, chap. C190, art. 2(1)c), e), 14(4) [mod. 1980-81, chap. 38, art. 3].

Doctrine citée

Christie, Innis. *Employment in Canada.* Toronto: Butterworths, 1980.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Oxford English Dictionary, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1969, «engage».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 48 Man. R. (2d) 236, 42 D.L.R. (4th) 360, qui a annulé une ordonnance de la Commission du travail du Manitoba. Pourvoi accueilli.

W. G. McFetridge et *M. A. Webb*, pour les appelants.

Harold Buchwald, *c.r.*, et *Campbell Wright*, pour l'intimé le YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.

David Gisser, pour l'intimée la Commission du travail du Manitoba.

James M. Mabbutt, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi soulève la question de savoir si un programme de création d'emplois subventionné par le gouvernement fédéral peut empiéter sur la compétence d'une province en matière de relations de travail.

L'intimé, le YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. (le «YMHA») est un organisme à but non lucratif qui offre à la population de Winnipeg des services sociaux, éducatifs et récréatifs. De l'automne 1984 jusqu'au printemps 1985, le YMHA a rénové ses locaux. Différentes sources de financement ont contribué à ce projet de rénovation. Les organismes donateurs étaient des secteurs

Contributing bodies were both private and public, provincial and federal. In addition to these sources, the YMHA also participated in a federal job creation programme which provided wage subsidies for workers on the renovation project.

The appellants were among those who participated in the renovation project. At the time of the commencement of renovations, they were unemployed persons receiving benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended. Because the appellants were unemployed at the time of their participation in the job creation programme, the terms of their participation were governed by s. 38 of the Act. Section 38 provides:

Job Creation

38. (1) For the purposes of this section, a job creation project means a project that is approved by the Commission for the purposes of this section under a program designed primarily to create employment and conducted by the Government of Canada pursuant to any Act of Parliament.

(2) Benefit otherwise payable under this Part to a claimant who takes employment on a job creation project may, at the discretion of the Commission and subject to subsection (10), be paid in the manner prescribed.

(3) For the purposes of this Part, a week during which the claimant is employed on a job creation project and is paid benefit under subsection (2) shall be deemed to be a week of unemployment and for the purposes of this Part, Part IV, the *Income Tax Act* and the *Canada Pension Plan*, any benefit paid to a claimant under subsection (2) shall be deemed not to be remuneration from employment.

(4) Notwithstanding section 24, the rate of weekly benefit payable to a claimant employed on a job creation project shall be an amount not exceeding the greater of the rate payable under section 24 and the wage rate applicable to employment on that project, as determined by the Commission.

(5) Notwithstanding anything in this Part, no claimant is disentitled or disqualified from receiving benefit under this Part by reason only of his voluntarily leaving or refusing to accept employment on a job creation project.

privés et publics, provinciaux et fédéraux. Outre ces sources de financement, le YMHA a également participé à un programme de création d'emplois du fédéral qui versait des subventions salariales pour les travailleurs affectés au projet de rénovation.

Les appelants furent parmi ceux qui ont participé au projet de rénovation. À l'époque du début des travaux, ils étaient sans emploi et touchaient des prestations d'assurance-chômage en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 et ses modifications. De ce fait, leurs conditions de travail étaient régies par l'art. 38 de la Loi qui prévoit:

Création d'emplois

38. (1) Aux fins du présent article, un projet créateur d'emplois désigne un projet approuvé par la Commission dans le cadre d'un programme destiné principalement à créer des emplois et mis en œuvre par le gouvernement du Canada en vertu d'une loi du Parlement.

(2) Le prestataire embauché dans un projet créateur d'emplois peut, à la discrétion de la Commission et de la manière prescrite, sous réserve du paragraphe (10), recevoir les prestations autrement prévues à la présente Partie.

(3) Aux fins de la présente Partie, toute semaine au cours de laquelle un prestataire occupe un poste dans un projet créateur d'emplois et reçoit des prestations en vertu du paragraphe (2), est considérée comme une semaine de chômage et, aux fins de la présente Partie, de la Partie IV, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Régime de pensions du Canada* les prestations reçues par un prestataire ne sont pas considérées comme rémunération provenant d'un emploi.

(4) Par dérogation à l'article 24, le taux des prestations hebdomadaires payables à un prestataire qui occupe un poste dans un projet créateur d'emplois ne peut pas dépasser le plus élevé des deux taux suivants: celui visé à l'article 24 et celui du salaire applicable à ce poste, tel que fixé par la Commission.

(5) Par dérogation à toute autre disposition de la présente Partie, le seul fait de quitter volontairement ou de refuser un emploi dans un projet créateur d'emplois ne rend pas un prestataire inadmissible ou exclu du bénéfice des prestations prévues à la présente Partie.

(6) The Commission may require that a claimant who is employed on a job creation project be capable of and available for work in other employment and provide such proof thereof as the Commission may direct.

Section 38 of the Act allowed the appellants to continue to be deemed unemployed for the duration of their participation in the project so that their status under the Act, as unemployment insurance beneficiaries, would not be affected by their participation.

The YMHA engaged a number of workers under the job creation project to carry out its renovations. To do so, it entered into an agreement with the federal government. The Agreement designated the YMHA as "employer", and provided that Canada would continue to pay the unemployment insurance benefits of the "employees" while the "employer" would be responsible for topping up this amount in accordance with the rates set out in Schedule A of the Agreement. The "employer" would maintain at all times the direct supervision, management and control of the project workers.

Schedule A of the Agreement set out the different classifications of the types of workers required by the project. A wage rate was established for each classification. It is significant that the wages set for each category were in line with the applicable provincial minimum wage for that type of employment.

The appellants were classified as "cleaners" under the Agreement, and were paid an amount equivalent to the minimum wage for that classification. However, they subsequently contested the classification and argued that the work they performed was general construction work which would entitle them to a higher wage.

The Manitoba Labour Board (the "Board"), by virtue of its jurisdiction under *The Payment of Wages Act*, S.M. 1975, c. 21, heard the appellants' complaint. The Board determined that the work performed by the appellants:

(6) La Commission peut exiger qu'un prestataire employé dans un projet créateur d'emplois soit capable de travailler et disponible pour un autre emploi, et qu'il en fournisse la preuve de la manière que la Commission peut exiger.

Cet article 38 permet aux appelants de continuer d'être réputés sans emploi pendant leur participation au projet, de manière à éviter que leur statut de prestataires d'assurance-chômage selon la Loi soit modifié en raison de cette participation.

En vue d'effectuer ses rénovations, le YMHA a embauché un certain nombre de travailleurs en vertu de ce projet de création d'emplois. Pour ce faire, il a conclu une entente avec le gouvernement fédéral. Cette entente désignait le YMHA comme étant l'«employeur» et prévoyait que le Canada continuerait de verser les prestations d'assurance-chômage des «employés» alors que l'«employeur» serait responsable de compléter ce montant selon les taux établis à l'annexe A de l'entente. L'«employeur» serait responsable en tout temps de la surveillance, de la gestion et du contrôle directs des travailleurs affectés au projet.

À l'annexe A de cette entente figuraient les différentes classifications des types de travailleurs requis pour le projet. À chaque classification correspondait un taux de rémunération. Il est important de souligner que le salaire fixé pour chaque catégorie était conforme au salaire minimum applicable dans la province pour ce type d'emploi.

Aux termes de l'entente, les appelants étaient classifiés comme préposés au nettoyage et touchaient un montant équivalent au salaire minimum prévu pour cette classification. Cependant, ils ont ultérieurement contesté cette classification et prétendu qu'ils effectuaient du travail général de construction leur donnant droit à un salaire supérieur.

En vertu de la compétence qui lui est conférée en application de la *Loi sur le paiement des salaires*, L.M. 1975, chap. 21, la Commission du travail du Manitoba (la «Commission») a entendu la plainte des appelants. La Commission a conclu que le travail effectué par les appelants:

... entailed extensive structural and mechanical alterations, including such functions as the removal of existing walls, erection of new walls, roof repairs, suspended ceiling installation, as well as other functions which were required to complete the renovations ...

According to the Board, such work fell within the definition of "industrial, commercial and institutional Construction" as defined in Regulation 189/84 under *The Construction Industry Wages Act*, R.S.M. 1970, c. C190. The Board held that the appellants were thus entitled to be paid $13.45 per hour, being the appropriate wage for general construction labour. The Board made the further determination that the YMHA was the employer of the appellants. It reached this conclusion based on the fact that the YMHA "maintained control over hiring and termination, hours of work, duties to be performed, and supervision, of those so engaged". As a result, the Board ordered the YMHA to pay to the appellants the difference between the amount already received by them and the higher wage to which it held they were entitled. It calculated the total amount owing at $13,025.13.

Since the order of the Board was made under *The Payment of Wages Act*, an appeal to the Court of Appeal of Manitoba was possible by virtue of s. 16(1) of that Act:

16(1) An appeal lies to the Court of Appeal from any final order or decision of the board upon any question involving the jurisdiction of the board or upon any point of law; and section 58 of The Public Utilities Board Act except clause 58(1)(c) thereof applies, mutatis mutandis, to any appeal taken.

Leave to appeal to the Manitoba Court of Appeal was granted by O'Sullivan J.A. who delivered reasons for granting leave. O'Sullivan J.A. accepted the Board's findings that the appellants were performing the work of construction labourers rather than cleaners, and did not grant leave to appeal on this point. However, O'Sullivan J.A. was concerned with the problem of how the appellants could be both unemployed for the purposes of the *Unemployment Insurance Act, 1971* and employed

[TRADUCTION] ... comportait des modifications de structure et de mécanique considérables, y compris des tâches comme la démolition de murs existants, la construction de nouveaux murs, la réparation du toit, l'installation de plafonds suspendus, ainsi que d'autres tâches nécessaires pour compléter les rénovations ...

Selon la Commission, ce travail était visé par la définition de [TRADUCTION] «construction industrielle, commerciale et institutionnelle» contenue au règlement 189/84 adopté en vertu de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction*, L.R.M. 1970, chap. C190. La Commission a conclu que les appelants avaient en conséquence le droit de toucher 13,45 $ l'heure, ce qui correspondait au salaire prévu pour du travail général de construction. La Commission a conclu en outre que le YMHA était l'employeur des appelants. Elle a tiré cette conclusion du fait que le YMHA [TRADUCTION] «exerçait le contrôle sur l'embauchage et la cessation d'emploi, de même que sur les heures de travail, les tâches à accomplir et la surveillance des personnes ainsi embauchées». La Commission a donc ordonné au YMHA de payer aux appelants la différence entre le montant qu'ils avaient déjà reçu et le salaire supérieur auquel, selon elle, ils avaient droit. Selon ses calculs, le montant total dû s'élevait à 13 025,13 $.

La Commission ayant rendu son ordonnance en vertu de la *Loi sur le paiement des salaires*, un appel pouvait être interjeté devant la Cour d'appel du Manitoba, en vertu du par. 16(1) de cette loi:

16(1) Appel peut être interjeté à la Cour d'appel de toute ordonnance ou décision définitive de la commission sur une question relative à la juridiction de la commission ou sur un point de droit. L'article 58 de la Loi sur la Régie des services publics, à l'exception de l'alinéa 58(1)c), s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux appels.

La permission d'en appeler à la Cour d'appel du Manitoba a été accordée par le juge O'Sullivan qui a motivé sa décision. Il a accepté les conclusions de la Commission que les appelants exécutaient des travaux de construction plutôt que des travaux de nettoyage et n'a pas accordé la permission sur ce point. Le juge O'Sullivan était cependant préoccupé par la question de savoir comment les appelants pouvaient être à la fois sans emploi aux fins de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et

for the purposes of *The Payment of Wages Act*. As a result, he granted leave to appeal on the following three grounds:

(1) That the (board) erred in law and acted in excess of its jurisdiction in making the said order, as the matters in issue fall outside the scope of Manitoba wage and employment legislation.

(2) That the (board) erred in law and acted in excess of its jurisdiction in finding that work and services performed by those individuals described as employees in the said Order on the premises of the applicant fall within the scope of Manitoba wage and employment legislation.

(3) That the (board) erred in law in finding that these individuals described as employees in the said Order were either employees of, or employed by, the applicant.

The appeal was heard by Hall, O'Sullivan and Lyon JJ.A. of the Manitoba Court of Appeal: (1987), 42 D.L.R. (4th) 360, 48 Man. R. (2d) 236. Hall J.A. delivered the brief reasons of the Court allowing the appeal of the YMHA. The *ratio* of the Court of Appeal can be reproduced here in full. Hall J.A. wrote:

In my opinion, the board has no jurisdiction to intervene and enhance the benefits payable to workers participating in the programme by invoking provincial wage laws. It is true that the agreement between YMHA and the commission refers to YMHA as an employer but that does not automatically make the workers employees, much less employees governed by provincial wage laws.

In sum, it is my view that having regard to the governing statute and the agreement between YMHA and the commission, the provincial wage laws are not applicable to workers participating in a s. 38 job-creation project.

The appellants appealed to this Court on the following grounds:

A. The Court of Appeal erred in finding that provincial wage laws are not applicable to workers participating in job creation projects established pursuant to section 38 of the *Unemployment Insurance Act*, [*1971*, as amended by] S.C. 1976-77 c. 54.

employés aux fins de la *Loi sur le paiement des salaires*. En définitive, il a accordé l'autorisation d'interjeter appel sur les trois moyens suivants:

[TRADUCTION]

(1) La (commission) a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en rendant ladite ordonnance, étant donné que les questions en litige ne relèvent pas de la législation manitobaine en matière de salaires et de travail.

(2) La (commission) a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en concluant que le travail exécuté et les services fournis par les individus décrits comme employés dans ladite ordonnance, sur les lieux appartenant au requérant, relevaient de la législation manitobaine en matière de salaires et de travail.

(3) La (commission) a commis une erreur de droit en concluant que les individus décrits comme employés dans ladite ordonnance étaient soit des employés du requérant, soit embauchés par lui.

L'appel a été entendu par les juges Hall, O'Sullivan et Lyon de la Cour d'appel du Manitoba: (1987), 42 D.L.R. (4th) 360, 48 Man. R. (2d) 236. Le juge Hall a rédigé la brève opinion de la cour qui a accueilli l'appel du YMHA. La *ratio* de la Cour d'appel peut être reproduite en entier:

[TRADUCTION] À mon avis, la commission n'a aucune compétence pour intervenir et augmenter les prestations payables aux travailleurs qui participent au programme en invoquant les lois provinciales en matière de salaires. Il est vrai que l'accord intervenu entre le YMHA et la commission désigne le YMHA comme employeur, mais les travailleurs ne deviennent pas pour autant des employés automatiquement, encore moins des employés régis par les lois provinciales en matière de salaires.

En résumé, j'estime, compte tenu de la loi applicable et de l'accord intervenu entre le YMHA et la commission, que les lois provinciales en matière de salaires ne s'appliquent pas à des travailleurs qui participent à un projet créateur d'emplois visé à l'art. 38.

Les appelants se sont pourvus devant notre Cour sur les points suivants:

[TRADUCTION]

A. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les lois provinciales en matière de salaires ne s'appliquent pas à des travailleurs qui participent à des projets créateurs d'emplois établis conformément à l'art. 38 de la *Loi [de 1971] sur l'assurance-chômage*, [modifiée par] S.C. 1976-77, chap. 54.

B. The Court of Appeal erred in finding that workers performing work and services pursuant to section 38 projects were not employees.

In their arguments as to whether the appellants should be considered employed or unemployed for the purposes of the application of provincial wage legislation, counsel for both the appellants and the respondent YMHA engaged in a debate which pitted federal against provincial jurisdiction in the matter. It was argued that the appellants were either employees under provincial jurisdiction, or that they were unemployed persons under federal jurisdiction.

Following the fundamental principle that legislative competence over labour relations is provincial, unless that jurisdiction is an integral part of Parliament's primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects, I will begin from the assumption that there is provincial competence over labour relations in the present case. Thus, I will first address the question of whether the appellants were employees within the meaning of *The Payment of Wages Act* and *The Construction Industries Wages Act*. If the answer to this question is in the affirmative, I will next address the issue of whether there is anything in the matter which would remove provincial competence and bring the question within federal jurisdiction.

1. Employee Status Under Provincial Legislation

Because the order of the Board was made against the YMHA as employer, it is necessary to determine not only that the appellants were employees, but also that they were employed by the YMHA.

The relevant provincial legislation is as follows:

The Payment of Wages Act

1. . . .

(c) "employee" means a person engaged by another person to perform skilled or unskilled

B. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les travailleurs qui exécutent un travail et fournissent des services conformément à des projets visés à l'art. 38 ne sont pas des employés.

Dans leurs arguments sur la question de savoir si les appelants devraient être considérés comme étant ou non sans emploi aux fins de l'application des lois provinciales en matière de salaires, les avocats des appelants et de l'intimé, le YMHA, se sont engagés dans un débat opposant les compétences fédérale et provinciale en la matière. On a prétendu que les appelants étaient soit des employés assujettis à la compétence provinciale soit des personnes sans emploi assujetties à la compétence fédérale.

Suivant le principe fondamental portant que la compétence en matière de relations de travail relève des provinces, à moins que cette compétence ne fasse partie intégrante de la compétence première et exclusive du Parlement sur une autre catégorie de sujets, je vais partir de la présomption que les relations de travail en l'espèce sont de compétence provinciale. En conséquence, j'aborderai en premier lieu la question de savoir si les appelants sont des employés au sens de la *Loi sur le paiement des salaires* et de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction*. Si la réponse à cette question est affirmative, je vais ensuite aborder celle de savoir s'il existe en l'espèce un élément qui aurait pour effet d'écarter la compétence provinciale et d'assujettir la question à la compétence fédérale.

1. Le statut d'employé selon la législation provinciale

Parce que la Commission a rendu son ordonnance contre le YMHA à titre d'employeur, il faut déterminer non seulement si les appelants étaient des employés, mais encore s'ils étaient employés par le YMHA.

La législation provinciale applicable est la suivante:

Loi sur le paiement des salaires

1. . . .

c) «employé» Personne embauchée par une autre pour exécuter un travail ou fournir un service

manual, clerical, domestic, professional or technical work or services, but does not include an independent contractor or a person who is an employer as defined in clause (d);

(d) "employer" means a person, firm, corporation, principal, agent, manager, representative, contractor, or subcontractor, having control and direction of, or responsible directly or indirectly for the engagement or employment of, or payment of wages to, a person employed;

The Construction Industry Wages Act

2(1) ...

(c) "employee" includes a person who personally does labour notwithstanding that he, either alone or jointly with others, employs other persons;

. . .

(e) "employer" means a person who, either solely or jointly, is responsible directly or indirectly for the wages of an employee, and includes the agent, manager, and representative, of any such person;

The Board set the appropriate wage to be paid to the appellants according to the regulations passed pursuant to *The Construction Industry Wages Act*. By virtue of s. 14(4) of that Act, *The Payment of Wages Act* applied to the recovery of those wages.

a. "*Person Engaged By Another Person*"

The appellants argue that three elements support the finding that they were employed by the YMHA for the purposes of the provincial Acts. They cite the actual control and supervision by the YMHA of their work, as found by the Board. They also cite the terms of the Agreement between the YMHA and the Canada Employment and Immigration Commission ("CEIC"), and the wording of s. 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

The YMHA counters that no contract of employment ever existed between the appellants and the YMHA. They argue that without a contract of employment, no employer-employee relationship is possible. The respondent YMHA prefers to categorize the appellants as having an

manuel, de bureau, domestique, professionnel ou technique, spécialisé ou non. Est exclu l'entrepreneur indépendant ou la personne qui est un employeur au sens de la définition de ce terme.

d) «employeur» Personne, société, corporation, mandant, agent, gérant, représentant, entrepreneur ou sous-entrepreneur, qui a, directement ou indirectement, la charge ou la responsabilité de l'embauchage ou de l'emploi d'une personne ou du paiement de son salaire;

Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction

2(1) ...

c) «employé» Est assimilée à un employé la personne qui elle-même travaille, même si elle emploie, seule ou conjointement avec d'autres, d'autres personnes;

. . .

e) «employeur» Personne qui, seule ou conjointement, a directement ou indirectement la responsabilité du salaire d'un employé. Le terme s'entend également d'un agent, d'un gérant ou d'un représentant de cette personne;

C'est en vertu des règlements adoptés sous l'égide de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction* que la Commission a fixé les salaires qui devaient être versés aux appelants. En vertu du par. 14(4) de cette loi, la *Loi sur le paiement des salaires* s'applique au recouvrement de ces salaires.

a. «*Personne embauchée par une autre*»

Les appelants soutiennent que trois éléments appuient la conclusion qu'ils ont été embauchés par le YMHA pour les fins des lois provinciales. Ils invoquent la surveillance et le contrôle réels de leur travail qu'exerçait le YMHA, tel que constaté par la Commission. Ils invoquent également les conditions de l'entente intervenue entre le YMHA et la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada («CEIC») ainsi que le texte de l'art. 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

Le YMHA rétorque qu'il n'y a jamais eu de contrat de travail entre les appelants et le YMHA. Il soutient que sans un contrat de travail aucune relation employeur-employé n'est possible. L'intimé, le YMHA, préfère dire que les appelants ont conclu avec la CEIC une entente selon laquelle les

agreement with the CEIC that the workers would perform the services on the premises of the YMHA. The respondent further argues that the appellants were not paid "wages" within the meaning of the definitions of "employer" in either *The Construction Industry Wages Act* and *The Payment of Wages Act*.

It seems to me that these arguments essentially turn on the question of the characterization of the relationship between the appellants and the YMHA. *The Payment of Wages Act* defines an employee as one who is "engaged" by an employer. The respondent argues that "engagement" in this context requires a contract. They argue that in the present case, there was no contract between themselves and the appellants, and that their sole contract or "engagement" was with the CEIC.

The dictionary definition of "engage" is not particularly helpful in the present case. The *Oxford English Dictionary* (1969), vol. III, refers both to a contract, and, in the employment context, to hiring:

Engage . . .

4. To bind by a contract or formal promise.

. . .

5. . . . **a.** To hire, secure the services of (a servant, workman, agent, etc.).

The substitution of the word "hire" for "engage" does not answer the respondent's contention that they did not enter into any direct agreement with the appellants to perform the work, although "secure the services of" appears to give a somewhat broader scope to the definition. However, the position of the respondent would require a strict, literal approach to the meaning of the word "engage", and a narrow approach to the definition of a relationship of employment. In my view, the terms of the provincial legislation in the present case do not support such an interpretation. The definitions of "employer" and "employee" are broad and inclusive.

Even if one were to accept the respondent's argument that a contract is required to satisfy the definition of "employee" in *The Payment of Wages Act*, it cannot automatically be assumed that no such "contract" existed in the present case.

travailleurs fourniraient les services sur les lieux du YMHA. L'intimé soutient en outre que les appelants n'ont pas touché de «salaire» au sens de la définition du terme «employeur» contenue tant dans la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction* que dans la *Loi sur le paiement des salaires*.

Il me semble que ces arguments dépendent essentiellement de la qualification de la relation entre les appelants et le YMHA. La *Loi sur le paiement des salaires* définit l'employé comme une personne «embauchée» par un employeur. L'intimé fait valoir que l'«embauchage» dans ce contexte exige un contrat. Il plaide qu'en l'espèce il n'y avait pas de contrat entre lui et les appelants et que leur seul contrat ou «embauchage» était avec la CEIC.

La définition que donne le dictionnaire du mot «embaucher» n'est pas particulièrement utile en l'espèce. L'*Oxford English Dictionary* (1969), vol. III, parle à la fois de contrat et d'embauchage dans le contexte d'un emploi.

[TRADUCTION] ***Engage*** [embaucher] . . .

4. Lier par une promesse formelle ou par un contrat.

. . .

5. . . . **a.** Engager, retenir les services d'un (serviteur, travailleur, mandataire, etc.)

La substitution du mot «engager» au mot «embaucher» ne répond pas à l'argument de l'intimé selon lequel aucune entente directe n'est intervenue entre lui et les appelants en vue d'exécuter les travaux, quoique l'expression «retenir les services de» semble élargir quelque peu la portée de la définition. Cependant, la position de l'intimé exigerait une interprétation plus stricte et littérale du mot «embaucher» et une interprétation étroite de la définition de la relation employeur-employé. À mon sens, les termes de la législation provinciale en l'espèce n'appuient pas une telle interprétation. Les définitions des mots «employeur» et «employé» sont générales et globales.

Même si on accepte l'argument de l'intimé qu'un contrat est requis pour satisfaire à la définition du mot «employé» qui se trouve à la *Loi sur le paiement des salaires*, on ne peut pas automatiquement présumer qu'il n'y avait aucun «contrat» de cette nature en l'espèce.

Dean Innis Christie, in his work *Employment Law in Canada* (1980), draws the conclusion that a contract is required to create an employment relationship. However, he notes at p. 13 that:

> Subject in certain cases to the requirements of the Statute of Frauds or similar provincial legislation contracts of employment need not be in writing and may be quite informal. Indeed the arrangement may be unspoken, arising from the acts of the parties. Its substance may be drawn from terms normally implied by the common law or imposed by statute, from general and particular customs and practices or from rules of the work-place which the employee knows about and which the employer has made reasonable attempts to bring to his attention. [Emphasis added.]

Thus, an inquiry into the existence of a "contract" between the parties need not necessarily be limited to a search for a written text.

The respondent contends that the existence of the Agreement entered into by the YMHA and the CEIC would indicate that there is no contract between the YMHA and the project workers. In my view, the existence of this Agreement, *per se*, does not remove the possibility of an employer-employee relationship arising between the parties. Because it is not an agreement between the YMHA and the appellants, it cannot alone be determinative of the existence of a relationship between those parties. However, it can help to establish that the funding arrangements entered into by the YMHA and the CEIC were not intended to disturb the relationship which would otherwise have existed between the appellants and the respondent.

The YMHA is designated as "employer" throughout the Agreement. While the Manitoba Court of Appeal was correct in pointing out that this could not be decisive of the question of the existence of an employer-employee relationship, it is still a relevant factor. In my view, the use of the term "employer" may be indicative that the CEIC had no intention to affect the relationship between the YMHA and the project workers.

Dans son ouvrage intitulé *Employment Law in Canada* (1980), le doyen Innis Christie conclut qu'un contrat est nécessaire à l'existence d'une relation employeur-employé. Il souligne toutefois, à la p. 13, que:

> [TRADUCTION] Sous réserve des exigences du Statute of Frauds ou des lois provinciales analogues dans certains cas, les contrats de travail n'ont pas à être par écrit et peuvent d'ailleurs être conclus de façon tout à fait informelle. En effet, l'entente peut être tacite et découler des actes des parties. Son contenu peut ressortir des conditions qui sont généralement implicites en *common law* ou imposées par une loi écrite, des coutumes et des pratiques générales et particulières ou des règles du milieu de travail que l'employé connaît et que l'employeur a tenté de porter à son attention par des moyens raisonnables. [Je souligne.]

Ainsi, la détermination de l'existence d'un «contrat» entre les parties ne se limite pas nécessairement à la recherche d'un écrit.

L'intimé prétend que l'existence de l'entente conclue entre le YMHA et la CEIC indiquerait qu'il n'y a aucun contrat entre le YMHA et les travailleurs affectés au projet. À mon avis, l'existence de cette entente n'écarte pas en soi la possibilité qu'une relation employeur-employé existe entre les parties. Puisqu'il ne s'agit pas d'une entente conclue entre le YMHA et les appelants, elle ne peut à elle seule être déterminante quant à l'existence d'une relation entre ces parties. Il peut cependant permettre d'établir que les arrangements financiers conclus entre le YMHA et la CEIC n'avaient pas pour but de modifier la relation qui aurait existé par ailleurs entre les appelants et l'intimé.

Le YMHA est décrit comme l'«employeur» tout au long de l'entente. Bien que la Cour d'appel du Manitoba ait eu raison de souligner que cela ne pouvait être déterminant quant à l'existence d'une relation employeur-employé, il reste qu'il s'agit là d'un facteur pertinent. À mon avis, l'utilisation du mot «employeur» est de nature à indiquer que la CEIC n'avait pas l'intention de modifier la relation entre le YMHA et les travailleurs affectés au projet.

b. *Engagement of the Employees*

The definitions in *The Payment of Wages Act* refer to the "employer" as being responsible "directly or indirectly for the engagement or employment of" the employees. The Agreement does not directly address the question of the actual selection of project workers. Clause 12 of the Agreement provides that the facilities and services of the Canada Employment Centre must be used for enlisting project participants. Naturally, because of the nature of the funding arrangement, the employer would be limited to a pool of applicants who were, at the time, receiving unemployment insurance benefits.

While it seems clear that the pool of applicants available to the employer will be limited in these respects, there is nothing to indicate that the employer could not freely select workers from within that group. Thus, within certain parameters, the employer would retain the power of selection of the workers who will participate on the project. The Board found that:

> The Board is satisfied that although a condition of the Canada Works Program Grant, was that the Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg Inc., employ persons deemed eligible under this program, the Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg, Inc., maintained control over hiring and termination, hours of work, duties to be performed, and supervision, of those so engaged. Accordingly, the Board is satisfied that the Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg, Inc., was the Employer of the affected Employees. [Emphasis added.]

Under *The Payment of Wages Act*, the employer can be responsible directly or indirectly for the engagement of employees. Thus even if the employees are selected "indirectly" through an agreement with the CEIC, there is still the exercise of a choice on the part of the employer to participate in the programme and to select from the pool of applicants presented by the CEIC.

c. *Payment of Wages*

The payment of wages features prominently in the definitions of "employer" contained in both *The Payment of Wages Act* and *The Construction*

b. *L'embauchage des employés*

Les définitions contenues dans la *Loi sur le paiement des salaires* désignent l'employeur comme étant responsable «directement ou indirectement [. . .] de l'embauchage ou de l'emploi» des employés. L'entente ne traite pas directement de la question du choix des travailleurs qui seront affectés au projet. La clause 12 de l'entente prévoit que les installations et les services du Centre d'emploi du Canada doivent servir au recrutement des participants au projet. Il va de soi qu'en raison de la nature des arrangements financiers le choix de l'employeur devait se limiter à une liste de candidats qui, à l'époque, touchaient des prestations d'assurance-chômage.

Bien qu'il semble clair que la liste de candidats dont disposerait l'employeur serait restreinte à ces égards, rien n'indique que l'employeur ne pourrait choisir librement des travailleurs parmi ce groupe. C'est donc à l'intérieur de certains paramètres que l'employeur a conservé son pouvoir de choisir les travailleurs qui participeraient au projet. La Commission a conclu:

> [TRADUCTION] La Commission estime que même si une des conditions rattachées à la subvention du Programme Canada au travail était que le Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. embauche des personnes réputées admissibles à ce programme, le Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. exerçait le contrôle sur l'embauchage et la cessation d'emploi, de même que sur les heures de travail, les tâches à accomplir et la surveillance des personnes ainsi embauchées. La Commission est donc convaincue que le Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. était l'employeur des employés visés. [Je souligne.]

En vertu de la *Loi sur le paiement des salaires*, l'employeur peut être responsable directement ou indirectement de l'embauchage des employés. Donc, même si les employés sont choisis «indirectement» par le biais d'un accord avec la CEIC, l'employeur continue d'avoir le choix de participer au programme et de choisir des candidats à partir de la liste présentée par la CEIC.

c. *Le paiement des salaires*

Le paiement des salaires occupe une place importante dans les définitions du mot «employeur» qui figurent dans la *Loi sur le paie-*

Industry Wages Act. In fact, *The Construction Industry Wages Act* defines "employer" exclusively by reference to the sole or joint payment of wages.

The *Unemployment Insurance Act, 1971* deems the money received by the project participants not to be wages:

38. ...

(3) For the purposes of this Part, a week during which the claimant is employed on a job creation project and is paid benefit under subsection (2) shall be deemed to be a week of unemployment and for the purposes of this Part, Part IV, the *Income Tax Act* and the *Canada Pension Plan*, any benefit paid to a claimant under subsection (2) shall be deemed not to be remuneration from employment.

The respondent YMHA argues that this provision means that no wages were paid to the appellants, and that therefore no employer-employee relationship existed.

However, it should be noted that s. 38(3) deems the money received not to be wages for the purposes of that Part of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Thus that provision must be construed to have a fairly limited effect. In addition, the "deeming" of the money received as not being wages is made only with respect to certain federal statutes. There is no attempt to affirmatively designate the money received as anything other than wages. Furthermore, there is no attempt to affect any legislation outside of federal legislative competence. In my view, s. 38(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* in no way affects the classification of the money received by the appellants for the purposes of any legislation not specifically referred to in that provision.

The appellants performed work on the premises of the YMHA. They received more money for the performance of that work than they would have received had they not participated in the job creation project. The appellants were not simply doing chores to pass the time while on unemployment. By working, they could increase their income

ment des salaires et la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction*. En fait, la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction* définit le mot «employeur» exclusivement comme une personne qui, seule ou conjointement, paie les salaires.

Selon la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, les sommes touchées par les participants au projet sont réputées ne pas constituer un salaire:

38. ...

(3) Aux fins de la présente Partie, toute semaine au cours de laquelle un prestataire occupe un poste dans un projet créateur d'emplois et reçoit des prestations en vertu du paragraphe (2), est considérée comme une semaine de chômage et, aux fins de la présente Partie, de la Partie IV, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Régime de pensions du Canada* les prestations reçues par un prestataire ne sont pas considérées comme rémunération provenant d'un emploi.

L'intimé, le YMHA, prétend que cette disposition signifie qu'aucun salaire n'a été versé aux appelants et qu'il n'y a donc jamais eu de relation employeur-employé.

Il convient toutefois de souligner que, selon le par. 38(3), les sommes reçues sont réputées ne pas constituer un salaire aux fins de cette partie de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il faut donc interpréter cette disposition comme ayant un effet assez restreint. De plus, les sommes reçues sont réputées ne pas constituer un salaire uniquement en ce qui a trait à certaines lois fédérales. On ne tente aucunement d'affirmer que les sommes reçues sont autre chose qu'un salaire. On ne tente pas non plus d'influer sur la législation qui ne relève pas de la compétence législative du fédéral. À mon avis, le par. 38(3), de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* n'affecte aucunement la classification des sommes reçues par les appelants aux fins d'une loi non mentionnée expressément dans cette disposition.

Les appelants ont exécuté le travail sur les lieux du YMHA. Ils ont reçu, pour l'exécution de ce travail, des sommes supérieures à celles qu'ils auraient reçues s'ils n'avaient pas participé au projet de création d'emplois. Les appelants n'effectuaient pas simplement des travaux de routine pour passer le temps pendant qu'ils touchaient des

above and beyond the amounts to which they would be entitled under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. In my view it is not necessary to decide whether the portion of the payment representing the unemployment insurance benefits constituted "wages". I do not see how the top-up paid directly by the YMHA to the appellants could constitute anything other than wages, in view of the definition of wages in the provincial Act which speaks of wages as meaning "any compensation". *The Construction Industry Wages Act* makes it clear that an employer can be someone who is only jointly and indirectly responsible for the wages of the employee.

d. *Control and Direction of the Employees*

The Payment of Wages Act also defines "employer" as someone who has "control and direction of" the employees. This element is clearly present on the facts of this case. The Agreement specifically provides that the project employer will retain full control over the employees:

3. The project and all persons employed thereon shall be at all times under the direct supervision, management and control of the EMPLOYER or of an agent of the EMPLOYER who has been approved by CANADA.

Furthermore, the Board made a finding of fact that the element of control was clearly present. As noted above, the Board found that the YMHA maintained control over "hours of work, duties to be performed, and supervision, of those so engaged." I am satisfied that this element of "control" is present in this case.

In my view, there can be no question that the appellants fall within the definitions of "employee" contained in the relevant provincial legislation, and that the YMHA was the "employer" under the same legislation. While it is not necessary to decide this point, it is my view that the appellants were so clearly the employees of the respondent that the same result would also be reached under the common law. The only remaining question is whether there is anything on the

prestations d'assurance-chômage. Leur travail leur permettait d'augmenter leur revenu au-delà des montants auxquels ils avaient droit en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. À mon avis, il n'est pas nécessaire de décider si la partie du paiement correspondant aux prestations d'assurance-chômage constituait un «salaire». Je ne vois pas comment le surplus que le YMHA a versé directement aux appelants pouvait constituer autre chose qu'un salaire, compte tenu du fait que la loi provinciale définit le mot «salaire» comme désignant les «rétributions». Selon la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction*, il est clair qu'un employeur peut être une personne qui n'est que conjointement et indirectement responsable du salaire d'un employé.

d. *La surveillance, la gestion et le contrôle des employés*

La *Loi sur le paiement des salaires* définit également l'employeur comme quelqu'un qui a la «charge» des employés. Cet élément est nettement présent dans les faits de l'espèce. L'entente prévoit expressément que l'employeur retient le plein contrôle sur les employés:

[TRADUCTION] 3. L'EMPLOYEUR, ou un représentant de l'EMPLOYEUR approuvé par le CANADA, est responsable en tout temps de la surveillance, de la gestion et du contrôle directs du projet et de tous les employés travaillant à ce projet.

De plus, la Commission a déterminé que, dans les faits, l'élément de contrôle était nettement présent. Comme je l'ai déjà noté, la Commission a conclu que le YMHA exerçait le contrôle sur [TRADUCTION] «les heures de travail, les tâches à accomplir et la surveillance des personnes ainsi embauchées». Je suis convaincue que cet élément de «contrôle» est présent en l'espèce.

À mon avis, il ne fait pas de doute que les appelants sont visés par les définitions du mot «employé» contenues dans la législation provinciale pertinente, et que le YMHA était l'«employeur» au sens de cette même législation. Même s'il n'est pas nécessaire de trancher ce point, j'estime qu'il est tellement clair que les appelants étaient les employés de l'intimé qu'on arriverait au même résultat en *common law*. Il ne reste qu'à déterminer s'il existe dans les faits de l'espèce un élément

present set of facts which would remove the matter from provincial jurisdiction.

2. Job Creation and the Federal Power

The respondent YMHA raises several arguments to the effect that the Manitoba wage legislation does not apply since the matter properly falls within the legislative authority of Parliament.

a. *Jurisdiction Over Unemployment Insurance*

The respondent argues that the job creation programme falls within the exclusive federal jurisdiction over unemployment insurance, as set out in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*.

This argument is premised upon the notion that s. 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is the source of authority for the establishment of job creation schemes. In my view, this premise is not supported by the terms of the legislation.

It is clear from a reading of s. 38 that it neither establishes job creation programmes, nor contains the power to do so. Section 38 merely provides for approval of such programmes:

> **38.** (1) For the purposes of this section, a job creation project means a project that is approved by the Commission for the purposes of this section under a program designed primarily to create employment and conducted by the Government of Canada pursuant to any Act of Parliament.

Section 38 addresses the limited issue of the continued application of various provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* during the course of the unemployed person's participation in a job creation programme. Section 38 does not establish, regulate or define such programmes. The provisions make no attempt to regulate the work to be performed, nor do they in any manner address the subject of labour standards or rates of remuneration. As such, the federal head of power regarding unemployment insurance cannot be said to be the source of the power to establish federal job creation programmes, nor can it be the source of constitutional authority to override provincial

qui a pour effet de soustraire l'affaire à la compétence provinciale.

2. La création d'emplois et la compétence fédérale

L'intimé, le YMHA, invoque plusieurs arguments portant que la législation manitobaine en matière de salaires ne s'applique pas puisque le litige relève véritablement du pouvoir législatif du Parlement.

a. *La compétence en matière d'assurance-chômage*

L'intimé soutient que le programme de création d'emplois relève de la compétence fédérale exclusive en matière d'assurance-chômage, conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Cet argument repose sur la prémisse que l'art. 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est la disposition qui permet l'établissement de programmes de création d'emplois. À mon avis, les termes de la législation n'appuient pas cette prémisse.

Il ressort clairement de la lecture de l'art. 38 que cette disposition n'établit pas de programmes de création d'emplois non plus qu'elle contient le pouvoir de le faire. L'article 38 ne fait que prévoir l'approbation de tels programmes:

> **38.** (1) Aux fins du présent article, un projet créateur d'emplois désigne un projet approuvé par la Commission dans le cadre d'un programme destiné principalement à créer des emplois et mis en œuvre par le gouvernement du Canada en vertu d'une loi du Parlement.

L'article 38 prévoit seulement que diverses dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* continuent de s'appliquer lorsqu'une personne sans emploi participe à un programme de création d'emplois. L'article 38 ne crée pas, ne réglemente pas ou ne définit pas ces programmes. Ses dispositions ne tentent pas de réglementer le travail à accomplir pas plus qu'elles n'abordent d'aucune façon la question des normes de travail ou des taux de rémunération. On ne peut pas dire que, comme tel, le pouvoir fédéral en matière d'assurance-chômage soit la source du pouvoir d'établir des programmes fédéraux de création d'emplois, ni qu'il soit le fondement de l'autorité

competence in the area of wages and labour relations.

The federal financial assistance for job creation projects is authorized by annual appropriation acts voted by Parliament. Job creation programmes consist essentially of a federal agreement to fund projects which will employ persons currently unemployed. They consist of a provision of funds under a certain set of conditions which constitute an Agreement between Canada and the "employer". The programmes are approved under discretionary spending programmes, and not pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

In my view, the power to establish a job creation scheme is derived from the federal spending power. The scope and extent of this power has been the subject of some speculation. Professor Peter Hogg describes the constitutional basis for this power in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 124:

> What is the constitutional basis for federal grants to the provinces, and for federal involvement in shared-cost programmes which are outside federal legislative competence? The only possible basis is the "spending power" of the federal Parliament, a power which is nowhere explicit in the Constitution Act, 1867, but which must be inferred from the powers to levy taxes (s. 91(3)), to legislate in relation to "public property" (s. 91(1A)), and to appropriate federal funds (s. 106). Plainly the Parliament must have the power to spend the money which its taxes yield, and to dispose of its own property. But of course the issue is whether this spending power authorizes payments for objects which are outside federal legislative competence.

There has been some debate over the extent to which the exercise of the federal spending power can justify federal incursions into what would otherwise be areas of provincial legislative jurisdiction. In *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 45, Dr. G. V. La Forest, now a Justice of this Court, expressed the view that the federal spend-

constitutionnelle pour passer outre à la compétence des provinces en matière de salaires et de relations de travail.

Le financement des projets de création d'emplois par le fédéral est autorisé par des lois de crédits annuelles votées par le Parlement. Les programmes de création d'emplois consistent essentiellement en un accord en vertu duquel le fédéral accepte de financer des projets dans lesquels seront embauchées des personnes actuellement sans emploi. Ils consistent à attribuer des fonds sous réserve de certaines conditions qui constituent l'accord entre le Canada et l'«employeur». Ces programmes sont approuvés en vertu de programmes de dépenses discrétionnaires et non en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

À mon avis, le pouvoir d'établir un programme de création d'emplois découle du pouvoir de dépense du fédéral. La portée et l'étendue de ce pouvoir ont fait l'objet de spéculations. Le professeur Peter Hogg décrit le fondement constitutionnel de ce pouvoir dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), à la p. 124:

> [TRADUCTION] Quel est le fondement constitutionnel des subventions fédérales aux provinces et de la participation du fédéral dans les programmes à frais partagés qui ne relèvent pas de la compétence législative fédérale? Le seul fondement possible est le «pouvoir de dépense» du Parlement fédéral, pouvoir qui n'est prévu expressément nulle part dans la Loi constitutionnelle de 1867 mais dont l'existence doit être déduite des pouvoirs de prélever des impôts (par. 91(3)), de légiférer en matière de «propriété publique» (par. 91(1A)) et d'affecter des fonds fédéraux (art. 106). Il est clair que le Parlement doit avoir le pouvoir de dépenser les sommes que rapporte ses impôts et d'aliéner ses propres biens. Mais la question est évidemment de savoir si ce pouvoir de dépenser permet que des paiements soient effectués pour des matières qui ne relèvent pas de la compétence législative du fédéral.

La question de savoir dans quelle mesure l'exercice du pouvoir de dépense du fédéral peut justifier celui-ci de s'immiscer dans ce qui constituerait autrement des domaines de compétence législative provinciale a fait l'objet de certains débats. Dans son ouvrage intitulé *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2e éd. 1981), à la p. 45, M. G. V. La Forest, maintenant

ing power can be exercised so long as it is not in substance legislation on a provincial matter. Thus, the federal government could spend money to create jobs in the private sector, or in areas not directly under its competence. However, while Parliament may be free to offer grants subject to whatever restrictions it sees fit, the decision to make a grant of money in any particular area should not be construed as an intention to regulate all related aspects of that area. Thus, a decision to provide a job creation grant to an organization such as the YMHA should not be construed, without other evidence, as an intention to remove provincial labour law jurisdiction over the project.

On several occasions this Court has determined that the mere spending of federal money cannot bring a matter which is otherwise provincial into federal competence. The role of federal funding in determining questions of legislative competence has also been considered by this Court in *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. In that case, a company named Four B was incorporated pursuant to the laws of Ontario to carry on business as a shoe manufacturer on an Indian reserve. While the company was located on the reserve, it was privately owned and operated. The company received certain sums of money as federal grants advanced pursuant to programmes of the Department of Indian Affairs and Northern Development. The issue which arose in *Four B* was whether the provincial *Labour Relations Act* applied, and whether the Labour Board had jurisdiction to make the particular decisions under review.

Beetz J. for the majority of this Court indicated that the actual business carried out by Four B was clearly provincial. He wrote, at p. 1046:

juge de cette Cour, a estimé que le pouvoir de dépense du fédéral peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale. Le gouvernement fédéral pourrait donc dépenser des sommes pour créer des emplois dans le secteur privé ou dans des domaines qui ne relèvent pas directement de sa compétence. Bien que le Parlement soit toutefois libre d'offrir des subventions sous réserve des restrictions qu'il juge appropriées, la décision d'accorder une subvention dans un domaine particulier ne doit pas être interprétée comme une intention de réglementer tous les aspects connexes de ce domaine. Par conséquent, il ne faudrait pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, interpréter la décision d'accorder une subvention à un organisme comme le YMHA pour un projet créateur d'emplois comme une intention de soustraire le projet à la compétence provinciale en matière de droit du travail.

La Cour a décidé à maintes reprises que le seul fait de dépenser des fonds fédéraux ne peut faire relever de la compétence fédérale un sujet qui relève par ailleurs de la compétence provinciale. Notre Cour a également analysé le pouvoir de dépenser du fédéral dans la détermination de questions de compétence législative dans l'arrêt *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. Dans cette affaire, une société appelée Four B, constituée sous le régime des lois de l'Ontario, exploitait une entreprise de fabrication de chaussures sur une réserve indienne. Pendant tout le temps où la société a été située dans la réserve, elle était la propriété de particuliers et exploitée privément. La société a reçu du fédéral des subventions versées conformément à des programmes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. La question en litige était de savoir si la *Labour Relations Act* s'appliquait et si la Commission des relations du travail avait compétence pour rendre les décisions sous étude.

S'exprimant au nom de la majorité de cette Cour, le juge Beetz a indiqué que l'entreprise effectivement exploitée par Four B relevait nettement de la compétence provinciale. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 1046:

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. By the traditional and functional test, therefore, *The Labour Relations Act* applies to the facts of this case, and the *Board* has jurisdiction.

Beetz J. tersely rejected the proposition that the federal subsidy given to Four B could bring the company within the jurisdiction of Parliament, at p. 1050:

> I do not see much substance either in the argument the *Four B* was federally subsidized. The Government of Canada subsidizes a great many industries without Parliament thereby acquiring the power to regulate their labour relations.

Similarly, in the present case, I find it difficult to believe that simply by providing federal money to promote employment in a region or sector, the federal government can obtain jurisdiction over the workers employed by virtue of the grant. It is worth noting that the Attorney General of Canada, who intervened in this matter, did not support this position, and argued against federal competence in the matter:

> It is submitted that s. 38 of the *Act* is legislation limited in scope to the scheme of unemployment insurance which the *Act* itself establishes. The system of payments and the statutory presumptions it creates as to the nature of those payments have nothing to do with the employment relationship which may arise where a claimant works on a job creation project. This relationship is something entirely separate from the unemployment insurance scheme. Parliament has not, under this legislation, purported to regulate conditions of employment.

In the present case, the federal spending at issue consisted of money received by the employees in the form of benefits. Other amounts were received

Rien dans l'affaire ou l'exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale: la couture d'empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l'entreprise par des actionnaires indiens, ni l'embauchage par cette entreprise d'une majorité d'employés indiens, ni l'exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d'un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d'effet sur la nature de l'exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* s'applique aux faits de l'espèce et la *Commission* a compétence.

Le juge Beetz a rejeté laconiquement la proposition que la subvention fédérale accordée à Four B puisse faire en sorte que l'entreprise relève de la compétence du Parlement, à la p. 1050:

> Je n'accorde pas non plus beaucoup de valeur à l'argument que *Four B* a reçu des subventions du fédéral. Le gouvernement du Canada subventionne de très nombreuses industries sans que le Parlement acquière par le fait même le pouvoir de réglementer leurs relations de travail.

De même, en l'espèce, il m'est difficile de croire qu'en accordant simplement des fonds fédéraux en vue de favoriser l'emploi dans une région ou un secteur donnés, le gouvernement fédéral puisse se donner une compétence sur les travailleurs embauchés grâce à cette subvention. Il convient de souligner que le procureur général du Canada, qui est intervenu dans la présente affaire, n'a pas défendu cette thèse et a présenté des arguments à l'encontre de la compétence fédérale en la matière:

> [TRADUCTION] On prétend que l'art. 38 de la *Loi* a une portée limitée au régime d'assurance-chômage que la *Loi* établit elle-même. Le système de paiements et les présomptions que la Loi crée quant à la nature de ces paiements n'ont rien à voir avec la relation employeur-employé qui peut exister lorsqu'un prestataire travaille à un projet créateur d'emplois. Cette relation est tout à fait distincte du régime d'assurance-chômage. Le Parlement n'a pas voulu, en vertu de cette loi, réglementer les conditions de travail.

Le pouvoir de dépense du fédéral, dont il est question en l'espèce, consistait à verser aux employés des sommes sous forme de prestations.

by the YMHA from a variety of sources: provincial, municipal, federal and private. While the funds received from all sources made the renovation project possible, it cannot be said that any of this money "bought" jurisdiction over the project.

Regulation of the status of a worker engaged in a job creation project clearly has a double aspect. For the purpose of provincial legislation, a person can be employed while, from the federal perspective, that same person can be considered unemployed. Application of the provincial employment laws in question to the workers on the job creation project does not, in the words of Beetz J. in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 762, "bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction".

b. *The Job Creation Programme as a Federal Undertaking*

The respondent YMHA also argues that the job creation programme itself is a federal undertaking.

Section 91(29) of the *Constitution Act, 1867* allows for federal jurisdiction with respect to:

91. ...

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

This express exception occurs in s. 92(10), which gives the provinces jurisdiction over local works and undertakings, with the exception of those enumerated in paragraphs 92(10)(*a*),(*b*), and (*c*):

92. ...

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(*a*) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the

Les autres sommes touchées par le YMHA provenaient de diverses sources: provinciale, municipale, fédérale et privée. Même si le projet de rénovation a pu être réalisé grâce à toutes ces sommes, on ne peut affirmer qu'une partie quelconque de celles-ci a permis «d'acquérir» la compétence sur le projet.

Il est évident que la réglementation du statut d'un travailleur embauché dans un projet créateur d'emploi revêt un double aspect. Aux fins de la loi provinciale, une personne peut être employée alors que du point de vue fédéral, elle peut être considérée sans emploi. L'application des lois provinciales en question en matière de travail aux travailleurs du projet créateur d'emplois n'a pas, pour reprendre l'expression du juge Beetz dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, à la p. 762, «pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale».

b. *Le programme de création d'emplois comme entreprise fédérale*

L'intimé, le YMHA, prétend également que le programme de création d'emplois constitue lui-même une entreprise fédérale.

Le paragraphe 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement fédéral la compétence sur:

91. ...

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Cette exception expresse se trouve au par. 92(10) qui confère aux provinces la compétence sur les ouvrages et entreprises d'une nature locale, sous réserve des exceptions énumérées aux al. 92(10)*a*), *b*) et *c*):

92. ...

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à

Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

(*b*) Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country;

(*c*) Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

The rule with respect to jurisdiction over labour relations in federal undertakings is made clear in *Bell Canada*, *supra*, at pp. 761-62, where Beetz J. for the unanimous Court stated that:

> ... Parliament is vested with exclusive legislative jurisdiction over labour relations and working conditions when that jurisdiction is an integral part of its primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects, as is the case with labour relations and working conditions in the federal undertakings covered by ss. 91(29) and 92(10)*a*., *b*. and *c*. of the *Constitution Act, 1867*, that is undertakings such as Alltrans Express Ltd., Canadian National and Bell Canada.

However, I do not see how the job creation scheme in the present case can be categorized as a federal undertaking covered by ss. 91(29) or 92(10). Subsections 92(10)(*a*) and (*b*) deal with works or undertakings related to transportation or communication. Subsection 92(10)(*c*) requires that such works be declared, either before or after their execution, to be for the general advantage of Canada. Not only has this not been done in the present case, but the Attorney General of Canada has, in his intervention in this matter, clearly expressed the position that the federal government has no desire to assume competence over labour relations in the job creation programme at issue.

Conclusion

Although I find against the respondent YMHA in this matter, I cannot help but have sympathy for its position. The YMHA is a non-profit organization which no doubt makes a valuable contribution to the Winnipeg community. I note the observation of the Board that the rate of pay set for the appellants was established through consultation

d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays britannique ou étranger;

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

La règle en ce qui concerne la compétence sur les relations de travail dans les entreprises fédérales est formulée clairement dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, aux pp. 761 et 762, où le juge Beetz affirme, au nom de la Cour à l'unanimité que:

> ... le Parlement est investi d'une compétence législative exclusive sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi lorsque cette compétence fait partie intégrante de sa compétence principale et exclusive sur une autre catégorie de sujets, comme c'est le cas pour les relations et conditions de travail des entreprises fédérales visées par les par. 91(29) et 92(10)*a*., *b*. et *c*. de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit des entreprises telles Alltrans Express Ltd., les Chemins de fer nationaux et Bell Canada.

Je ne puis cependant voir comment le programme de création d'emplois en l'espèce peut être qualifié d'entreprise fédérale visée par le par. 91(29) ou le par. 92(10). Les alinéas 92(10)*a*) et *b*) portent sur des ouvrages ou entreprises liés au transport ou aux communications. L'alinéa 92(10)*c*) exige que ces ouvrages soient déclarés, avant ou après leur exécution, à l'avantage général du Canada. Non seulement cela n'a-t-il pas été fait en l'espèce, mais dans son intervention à ce sujet, le procureur général du Canada a clairement affirmé que le gouvernement fédéral n'avait pas l'intention d'assumer la compétence en matière de relations de travail relativement au programme de création d'emplois en question.

Conclusion

Bien que ma conclusion soit défavorable en l'espèce à l'intimé, le YMHA, je ne puis m'empêcher d'exprimer ma sympathie pour sa position. Le YMHA est un organisme à but non lucratif qui fournit indubitablement des services appréciables à la population de Winnipeg. Je souligne la remarque de la Commission selon laquelle le taux de

with the Employment and Immigration Project Officer assigned to this project:

> ... Employment and Immigration Canada should take note of the fact that the initial rate paid by the Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg, Inc., for this classification had been established, and authorized by the Project Officer assigned to the Project.

It is unfortunate indeed that an organization like the YMHA should be called to bear the burden of this costly error. I nonetheless cannot escape the conclusion that the appellants are employees within the meaning of the relevant provincial legislation, and that such legislation applies to workers in the job creation scheme at issue. As a result, the appellants are entitled to the difference between the amount they received for the work performed and the amount to which they were entitled under *The Construction Industry Wages Act*. The Board, which had jurisdiction to decide the matter, set this sum at $13,025.13.

Accordingly, I would allow the appeal and restore the decision of the Board, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: John P. Guy, Winnipeg.

Solicitors for the respondent YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.: Buchwald Asper Henteleff, Winnipeg.

Solicitor for the respondent the Manitoba Labour Board: Gordon Pilkey, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: James M. Mabbutt, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gabriel Bourgeois, Fredericton.

rémunération des appelants a été fixé après consultation de l'agent d'Emploi et Immigration responsable de ce projet:

> [TRADUCTION] ... Emploi et Immigration Canada devrait prendre note du fait que le taux initial versé par le Y.M.H.A. Jewish Community Centre of Winnipeg, Inc. pour cette classification a été fixé et autorisé par l'agent responsable du projet.

Il est en effet malheureux qu'un organisme comme le YMHA doive assumer le fardeau de cette erreur coûteuse. Néanmoins, je dois conclure que les appelants sont des employés au sens de la législation provinciale applicable et que cette législation s'applique aux travailleurs visés par le programme de création d'emplois en question. Par conséquent, les appelants ont droit à la différence entre la somme perçue pour le travail accompli et la somme à laquelle ils ont droit en vertu de la *Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction*. La Commission, qui avait compétence pour statuer sur l'affaire, a fixé ce montant à 13 025,13 $.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la Commission, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants: John P. Guy, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé le YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.: Buchwald Asper Henteleff, Winnipeg.

Procureur de l'intimée la Commission du travail du Manitoba: Gordon Pilkey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: James M. Mabbutt, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gabriel Bourgeois, Fredericton.

The Deutsch Company *Appellant*

and

McDonnell Douglas Corporation *Appellant*

v.

Air Canada *et al.* *Respondents*

INDEXED AS: AIR CANADA *v.* MCDONNELL DOUGLAS CORP.

File Nos.: 20596, 20602.

1989: March 17; 1989: June 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Declinatory exception — Territorial jurisdiction — Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump — Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval — Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump — Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have no domicile or property in the province — Purchase contract of aircraft concluded in the United States where vendor and manufacturer have their places of business — Whether Superior Court has jurisdiction under art. 68(2) C.C.P. — Nature of cause of action: contractual or quasi-delictual — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 68(2), 163 — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Civil procedure — Place of instituting actions — Place where the whole cause of action arose — Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump — Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval — Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump — Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have their places of business in the United States — Whether the "whole cause of action" arose in Quebec — Locus of a failure to warn — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 68(2).

An explosion occurred in the auxiliary fuel tank of one of Air Canada's aircraft at Air Canada's maintenance base in Dorval. A fire followed the explosion and

The Deutsch Company *Appelante*

et

McDonnell Douglas Corporation *Appelante*

c.

Air Canada et autres *Intimées*

RÉPERTORIÉ: AIR CANADA *c.* MCDONNELL DOUGLAS CORP.

N^os du greffe: 20596, 20602.

1989: 17 mars; 1989: 8 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Exception déclinatoire — Compétence territoriale — Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant — Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval — Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe — Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui n'ont ni domicile ni biens dans la province — Contrat d'achat de l'avion conclu aux États-Unis où le vendeur et le fabricant ont leurs établissements — La Cour supérieure a-t-elle compétence en vertu de l'art. 68(2) C.p.c.? — Nature de la cause d'action: contractuelle ou quasi délictuelle — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2), 163 — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Procédure civile — Lieu d'introduction d'actions — Lieu où toute la cause d'action a pris naissance — Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant — Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval — Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe — Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui ont leurs établissements aux États-Unis — Est-ce que «toute la cause d'action» a pris naissance au Québec? — Lieu de l'omission d'avertir — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2).

Une explosion est survenue dans le réservoir de carburant auxiliaire d'un des avions d'Air Canada à son centre d'entretien de Dorval. L'incendie qui a suivi a

destroyed the aircraft. The hangar was also damaged. Air Canada had acquired the aircraft from McDonnell Douglas pursuant to a contract concluded in California. The auxiliary fuel tank, the fuel pump and associated wiring were designed, built and installed in the aircraft by Deutsch. McDonnell Douglas and Deutsch have their places of business in the United States and have no domicile or property in the province.

To recover the loss, Air Canada and the insurers subrogated in Air Canada's rights instituted an action before the Superior Court in the district of Montréal. Under art. 68(2) *C.C.P.*, an action may be instituted "before the court of the place where the whole cause of action has arisen". In their action, respondents alleged that the explosion and fire were attributable to the fault of the appellants in that they failed to warn Air Canada of the defects affecting the auxiliary fuel tank, the fuel pump and its related wiring. As a result, Air Canada incurred a loss of $7,786,852. The appellants contested the action by way of motions for declinatory exception arguing that the whole of the respondents' cause of action did not arise in Quebec and that consequently the Superior Court lacked jurisdiction to hear and decide the case. The trial judge allowed the motions but the judgment was set aside by the Court of Appeal. To determine whether the Superior Court has jurisdiction under art. 68(2) *C.C.P.*, this Court must answer the following two questions: (1) what is the cause of action? and (2) did the whole of that cause of action arise in the district of Montréal?

Held: The appeal should be dismissed.

Respondents' cause of action is quasi-delictual. The three elements necessary for an action based on art. 1053 *C.C.L.C.* are present in this case. There is a fault: a failure to warn Air Canada of the defects and hazards known to the appellants. There is damage: the loss of the aircraft and the damage to the hangar. There is a causal connection between the first two elements: the damage was caused by the failure to warn. The respondents' cause of action is also identical to the cause of action in *Wabasso* where this Court held that the failure of a manufacturer and vendor of goods to warn the user of a hidden danger of which the manufacturer or vendor is aware is an omission which grounds an action in quasi-delict.

The obligation to warn arises out of the manufacturer's or vendor's knowledge of a hidden danger in the goods manufactured or sold by him. The manner in which that danger came to exist does not affect the obligation to warn. The dangerous condition of the

détruit l'avion. Le hangar a également été endommagé. Air Canada avait acheté l'avion à McDonnell Douglas conformément à un contrat conclu en Californie. Le réservoir de carburant auxiliaire, la pompe et les conducteurs électriques y associés ont été conçus, fabriqués et installés dans l'avion par Deutsch. McDonnell Douglas et Deutsch ont leurs établissements aux États-Unis et n'ont ni domicile ni biens dans la province.

Pour se faire indemniser de leur perte, Air Canada et les assureurs subrogés dans les droits d'Air Canada ont intenté une action devant la Cour supérieure, dans le district de Montréal. En vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.*, une action peut être portée «devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance». Dans leur action, les intimées allèguent que l'explosion et l'incendie sont imputables à la faute dont ont fait preuve les appelantes en négligeant d'avertir Air Canada des défectuosités du réservoir de carburant auxiliaire, de la pompe et des conducteurs électriques y associés. Comme conséquence, Air Canada a subi une perte de 7 786 852 $. Les appelantes ont présenté des requêtes pour exception déclinatoire en alléguant que toute la cause d'action des intimées n'a pas pris naissance au Québec et que, par conséquent, la Cour supérieure du Québec n'a pas compétence pour instruire l'action. Le juge du procès a fait droit aux requêtes, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision. Pour déterminer si la Cour supérieure a compétence en vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.*, cette Cour doit répondre à deux questions: (1) quelle est la cause d'action? et (2) toute la cause d'action a-t-elle pris naissance dans le district de Montréal?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La cause d'action des intimées est quasi délictuelle. Les trois éléments nécessaires pour une action fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* sont présents en l'espèce. Il y a faute: l'omission d'avertir Air Canada des défectuosités et dangers que les appelantes connaissaient. Il y a dommage: la perte de l'avion et les dommages causés au hangar. Il y a un lien de causalité entre les deux premiers éléments: les dommages sont imputables à l'omission de donner un avertissement. La cause d'action des intimées est également identique à la cause d'action relevée dans l'arrêt *Wabasso* où cette Cour a conclu que le fait pour un fabricant et vendeur de marchandises de ne pas avertir l'utilisateur de l'existence d'un danger caché dont il a connaissance constitue une omission qui justifie une action quasi délictuelle.

L'obligation d'avertir résulte de la connaissance, par le fabricant ou le vendeur, d'un danger caché des marchandises qu'il fabrique ou vend. La façon dont ce danger est apparu n'a aucune incidence sur l'obligation d'avertir. La condition dangereuse des marchandises fait

goods is simply part of the underlying factual situation, and does not constitute a part of the fault upon which the cause of action is based. The facts that McDonnell Douglas was party to a contract with Air Canada and that McDonnell Douglas and Deutsch are allegedly responsible for the existence of the danger in the auxiliary fuel tank does not make their failure to warn Air Canada of that danger any less a fault which, independent of the genesis of the danger, grounds an action in quasi-delict.

Where a hidden defect or danger in a thing sold is alleged, the action is not necessarily based on the warranty against latent defects enunciated in arts. 1522 *et seq.* *C.C.L.C.* and therefore contractual. A plaintiff who is party to a contract may choose to pursue the defendant either on the basis of the contract or on the basis of a quasi-delict, provided of course that the facts constitute delictual as well as contractual fault. Although the facts alleged by the respondents in this case may ground several causes of action, their declaration clearly indicates that they have opted to base their action on art. 1053 *C.C.L.C.* The fact that the respondents make no mention in their declaration of the contract of sale between Air Canada and McDonnell Douglas can only support the conclusion that the respondents' action is not contractual in nature.

The Superior Court, district of Montréal, has jurisdiction under art. 68(2) *C.C.P.* to hear and decide the respondents' action. For the purposes of establishing jurisdiction pursuant to art. 68(2) *C.C.P.*, the *locus* of an omission to warn must be determined by reference to the place where the pre-existing obligation or duty ought to have been performed, either where the user is located or where the goods are used, and here, at Air Canada's maintenance base in Dorval. Since the damage also occurred in Dorval, it follows that the "whole cause of action" arose within the district of Montréal as the three elements of the action based on art. 1053 *C.C.L.C.* (fault, damage and causation) occurred within that district.

Cases Cited

Applied: *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578; **explained**: *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254; **distinguished**: *Canadian Motor Sales Corp. v. Lemay*, [1979] C.A. 295; **referred to**: *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393.

tout simplement partie d'une situation de fait sous-jacente et ne constitue pas un élément de la faute sur laquelle la cause d'action est fondée. Le fait que McDonnell Douglas soit partie à un contrat avec Air Canada et que McDonnell Douglas et Deutsch soient présumément responsables de l'existence du danger que présente le réservoir de carburant auxiliaire ne signifie pas pour autant que leur omission d'avertir Air Canada de ce danger ne constitue pas une faute qui, indépendamment de l'origine du danger, donne ouverture à une action quasi délictuelle.

Lorsqu'on allègue l'existence d'un défaut ou d'un danger caché dans la chose vendue, l'action n'est pas nécessairement fondée sur la garantie contre les défauts cachés prévue aux art. 1522 et suiv. *C.c.B.-C.* et par conséquent contractuelle. Le demandeur qui est partie à un contrat peut choisir de poursuivre le défendeur sur la base du contrat ou d'un quasi-délit, pourvu, bien entendu, que les faits constituent une faute délictuelle autant que contractuelle. Bien que les faits allégués par les intimées en l'espèce puissent donner lieu à plusieurs causes d'action, leur déclaration indique clairement qu'elles ont choisi de fonder leur action sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* Le fait que les intimées ne mentionnent aucunement dans leur déclaration le contrat de vente conclu entre Air Canada et McDonnell Douglas, ne peut qu'indiquer que leur action n'est pas de nature contractuelle.

La Cour supérieure, district de Montréal, a compétence en vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.* pour instruire l'action des intimées. Aux fins d'établir la compétence conformément à l'al. 68(2) *C.p.c.*, le lieu de l'omission d'avertir doit être déterminé en fonction de l'endroit où l'obligation préexistante aurait dû être remplie, c'est-à-dire là où se trouve l'utilisateur, ou encore là où les biens sont utilisés, savoir en l'espèce, au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval. Puisque les dommages se sont également produits à Dorval, il s'ensuit que «toute la cause d'action» a pris naissance dans le district de Montréal car les trois éléments de l'action fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* (la faute, le dommage et le lien de causalité) se sont produits dans ce district.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; **arrêt interprété**: *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254; **distinction d'avec l'arrêt**: *Canadian Motor Sales Corp. c. Lemay*, [1979] C.A. 295; **arrêt mentionné**: *Ross v. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1522 *et seq.*
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 68, 163.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.D.J. 232, 12 Q.A.C. 121, setting aside a judgment of the Superior Court, J.E. 85-280. Appeal dismissed.

Guy Gilbert, *Q.C.*, for the appellant The Deutsch Co.

François Rolland and *Stephen Hamilton*, for the appellant McDonnell Douglas Corp.

Edouard Baudry and *Odette Jobin-Laberge*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—

Introduction

The territorial jurisdiction of Quebec courts is primarily defined by art. 68 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*") That article contemplates that as a general rule, actions should be instituted before the court of the defendant's domicile. However, the second paragraph of art. 68 *C.C.P.* provides that a plaintiff may institute action "[b]efore the court of the place where the whole cause of action has arisen".

One of Air Canada's aircraft was destroyed by fire. To recover its loss, Air Canada and the insurers subrogated in Air Canada's rights instituted action before the Superior Court in the district of Montréal. All of the defendants named by the respondents are foreign, and have no domicile in Quebec. Two of the defendants, the present appellants, contest the action by way of motions for declinatory exception: they argue that the whole of the respondents' cause of action did not arise in Quebec and that consequently the Superior Court lacks jurisdiction to hear and decide the case. The resolution of this appeal, therefore, turns on the nature of the respondents' cause of action and the meaning of the term "the whole cause of action" in art. 68(2) *C.C.P.*

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1053, 1522 et suiv.
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68, 163.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.D.J. 232, 12 Q.A.C. 121, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 85-280. Pourvoi rejeté.

Guy Gilbert, *c.r.*, pour l'appelante The Deutsch Co.

François Rolland et *Stephen Hamilton*, pour l'appelante McDonnell Douglas Corp.

Edouard Baudry et *Odette Jobin-Laberge*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—

Introduction

La compétence territoriale des tribunaux du Québec est définie principalement à l'art. 68 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25 («*C.p.c.*») Cet article prévoit que, règle générale, les actions doivent être portées devant le tribunal du domicile du défendeur. Cependant, le deuxième alinéa de l'art. 68 *C.p.c.* porte qu'un demandeur peut intenter une action «[d]evant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance».

Un avion d'Air Canada a été détruit par un incendie. Afin de se faire indemniser de leur perte, Air Canada et les assureurs subrogés dans les droits d'Air Canada ont intenté une action devant la Cour supérieure, dans le district de Montréal. Toutes les défenderesses désignées par les intimées sont étrangères et ne sont pas domiciliées au Québec. Deux des défenderesses, les appelantes en l'espèce, ont présenté une requête pour exception déclinatoire: elles prétendent que toute la cause d'action des intimées n'a pas pris naissance au Québec et que, par conséquent, la Cour supérieure du Québec n'a pas compétence pour instruire l'action. L'issue du présent pourvoi dépend donc de la nature de la cause d'action des intimées et du sens de l'expression «toute la cause d'action» contenue à l'al. 68(2) *C.p.c.*

Facts and Proceedings

For the purposes of determining the Superior Court's jurisdiction, one is required to accept as true the allegations of fact set out in the respondents' declaration.

The respondents allege that on June 2, 1982, an explosion occurred in the auxiliary fuel tank of one of Air Canada's DC-9 aircraft, while it was being readied for the installation of a new interior at Air Canada's maintenance base in Dorval. A fire followed the explosion and extensively damaged the aircraft, resulting in its total loss. The hangar was also damaged.

The aircraft had been designed and built by the appellant McDonnell Douglas Corporation ("McDonnell Douglas"), known at the time as Douglas Aircraft Company, Inc. Air Canada acquired the aircraft from Douglas Aircraft Company, Inc. in July 1968 pursuant to a Purchase Agreement for a number of DC-9 aircraft entered into in California in 1964 between Douglas Aircraft Company, Inc. and Air Canada's predecessor Trans-Canada Airlines. The aircraft was delivered in California.

The auxiliary fuel tank, fuel transfer pump and associated wiring were designed, built and installed in the aircraft by the appellant The Deutsch Company ("Deutsch"). The respondents allege in paragraph 5 of their declaration that these components of the aircraft were defective:

5. The auxiliary fuel tank, the fuel transfer pump and the wiring and connector associated with the pump were negligently and improperly designed, fabricated and installed in that:

a) The auxiliary transfer pump motor, harness and associated wiring and connector were installed within the tank where they constituted a potential explosion hazard whereas they could and ought to have been installed outside the tank.

b) Although the pump motor and associated wiring and connector had been installed within the tank and were thus likely to be exposed to explosive fuel vapour/air atmospheres, they did not meet standard

Les faits et les procédures

Afin de déterminer si la Cour supérieure a compétence, il faut tenir pour avérées les allégations de fait contenues dans la déclaration des intimées.

Les intimées prétendent que, le 2 juin 1982, une explosion s'est produite dans le réservoir de carburant auxiliaire d'un avion DC-9 d'Air Canada alors qu'on se préparait à rénover l'intérieur de l'appareil au centre d'entretien d'Air Canada, à Dorval. L'explosion fut suivie d'un incendie qui a causé des dommages importants à l'avion, d'où la perte totale de l'appareil. Le hangar a également été endommagé.

L'avion avait été conçu et fabriqué par l'appelante McDonnell Douglas Corporation («McDonnell Douglas»), connue à l'époque sous le nom de Douglas Aircraft Company, Inc. Air Canada avait acheté l'avion à Douglas Aircraft Company, Inc. en juillet 1968, conformément à un contrat de vente d'un certain nombre d'avions DC-9, conclu en 1964 en Californie, entre Douglas Aircraft Company, Inc. et le prédécesseur d'Air Canada, les Lignes aériennes Trans-Canada. L'avion avait été livré en Californie.

Le réservoir de carburant auxiliaire, la pompe de transfert et les conducteurs électriques y associés ont été conçus, fabriqués et installés dans l'avion par l'appelante The Deutsch Company («Deutsch»). Au paragraphe 5 de leur déclaration, les intimées allèguent que ces composantes de l'avion étaient défectueuses:

[TRADUCTION] 5. Le réservoir de carburant auxiliaire, la pompe de transfert ainsi que les conducteurs et le connecteur électriques y associés ont été conçus, fabriqués et installés de manière négligente et incorrecte. En effet:

a) Le moteur d'entraînement de la pompe de transfert, le faisceau de conducteurs et le connecteur électriques y associés ont été montés à l'intérieur du réservoir, où ils risquaient de causer une explosion, alors qu'il aurait été possible et préférable de les placer à l'extérieur.

b) Bien qu'ils aient été montés à l'intérieur du réservoir et susceptibles, de ce fait, de se trouver dans une atmosphère explosive (mélange air-vapeurs de carburant), le moteur de la pompe, les conducteurs et le

electrical code requirements and usual engineering practice for equipment designed for operation in such atmospheres.

c) The fuel pump connector was not properly isolated from the fuel and vapours in the tank, allowing, under normal and foreseeable operating conditions in the field, such fuel and vapours to come in contact with the electrical connection.

d) The individual contacts in the fuel pump connector were susceptible to sparking.

The appellants, allege the respondents, became aware of the existence of the defects and the hazards they presented following delivery of the aircraft. Nevertheless, neither appellant took any step to warn Air Canada of the defects and the consequent hazards, either by service bulletin, which McDonnell Douglas routinely sent to Air Canada at its maintenance base in Dorval to advise of technical changes to the aircraft, or by any other means. As a result of the appellants' fault in failing to give warning, the respondents allege Air Canada suffered a loss of $7,786,852.

The appellants met the respondents' writ of summons and declaration with motions for declinatory exception made pursuant to art. 163 *C.C.P.*

Relevant Legislative Provisions

The legislative provisions pertinent to the disposition of this appeal are arts. 68 and 163 *C.C.P.*

68. Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

(1) Before the court of the defendant's real domicile or, in the cases contemplated by article 85 of the Civil Code, before that of his elected domicile.

If the defendant has no domicile in Québec but resides or possesses property therein, he may be sued before the court of his ordinary residence, before the court of the place where such property is situated, or before the court of the place where the action is personally served upon him;

connecteur électriques y associés ne respectaient pas les normes du code de l'électricité ni les règles de l'art concernant la conception du matériel destiné aux atmosphères dangereuses.

c) Le connecteur de la pompe de transfert n'était pas isolé correctement et n'offrait pas de ce fait une protection adéquate, dans les conditions normales et prévisibles de fonctionnement, contre l'éventualité que le carburant ou les vapeurs dégagées par celui-ci entrent en contact avec les connexions électriques.

d) Les différents contacts du connecteur de la pompe de transfert étaient susceptibles de produire des étincelles.

Les intimées allèguent que les appelantes ont pris connaissance de l'existence des défauts des composantes et du danger qu'ils présentaient, après la livraison de l'avion. Malgré cela, ni l'une ni l'autre des appelantes n'a pris de mesures pour avertir Air Canada des défectuosités et des dangers en résultant, que ce soit par voie de bulletins de service, que McDonnell Douglas envoyait régulièrement à Air Canada, à son centre d'entretien à Dorval, pour l'informer des modifications techniques apportées à l'avion, ou autrement. Les intimées allèguent qu'en raison de la faute que les appelantes ont commise en omettant de donner un avertissement, Air Canada a subi une perte de 7 786 852 $.

Les appelantes ont répondu au bref d'assignation et à la déclaration des intimées par voie de requêtes pour exception déclinatoire, conformément à l'art. 163 *C.p.c.*

Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives utiles pour statuer sur le présent pourvoi sont les art. 68 et 163 *C.p.c.*:

68. Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu.

Si le défendeur n'est pas domicilié au Québec, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;

(2) Before the court of the place where the whole cause of action has arisen; or, in an action for libel published in a newspaper, before the court of the district where the plaintiff resides if the newspaper has circulated therein;

(3) Before the court of the place where the contract which gives rise to the action was made.

A contract giving rise to an obligation to deliver, negotiated through a third party who was not the representative of the creditor of such obligation, is deemed to have been made at the place where the latter gave his consent.

163. A defendant, summoned before a court other than that before which the suit should have been instituted, may ask that the suit be referred to the competent court within the legislative authority of Québec, or that the suit be dismissed if there is no such court.

Decisions of the Courts Below

The motions for declinatory exception were decided by Turmel J. of the Superior Court on January 18, 1985: J.E. 85-280. In his view, if the Superior Court could be said to have jurisdiction by virtue of art. 68 *C.C.P.*, para. (2) of that article alone could found that jurisdiction. Article 68(1) *C.C.P.* would not serve, since neither McDonnell Douglas nor Deutsch were domiciled or had property in the province of Quebec. Article 68(3) *C.C.P.* was equally inapplicable inasmuch as the contract between McDonnell Douglas and Air Canada was concluded in California, not in Quebec. Therefore, the Superior Court would have jurisdiction only if, in the words of art. 68(2) *C.C.P.*, "the whole cause of action has arisen" in Quebec.

Turmel J. considered that the respondents' action was both contractual and delictual in nature. To establish their cause of action, the respondents were required to prove not only damage but also a fault on the part of the appellants and a causal link between the fault and the damage. The respondents' action, in the opinion of Turmel J., flowed from the appellants' inexecution of their obligations as designer, manufacturer and vendor, respectively, of a defective aircraft and from their failure to warn the user or purchaser of the defects. Turmel J. found that these faults occurred in California, where the aircraft was sold and delivered. The whole cause of action could not

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;

3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.

Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement.

163. Le défendeur assigné devant un tribunal autre que celui où la demande eût dû être portée, peut demander le renvoi devant le tribunal compétent relevant de l'autorité législative du Québec, ou, à défaut, le rejet de la demande.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Turmel de la Cour supérieure a statué sur les requêtes pour exception déclinatoire le 18 janvier 1985: J.E. 85-280. À son avis, la compétence de la Cour supérieure ne pourrait trouver son fondement qu'à l'al. (2) de l'art. 68 *C.p.c.* L'alinéa 68(1) *C.p.c.* ne serait d'aucune utilité puisque ni McDonnell Douglas ni Deutsch n'étaient domiciliées ni ne possédaient de biens dans la province de Québec. L'alinéa 68(3) *C.p.c.* était tout aussi inapplicable puisque le contrat entre McDonnell Douglas et Air Canada avait été conclu en Californie et non au Québec. Par conséquent, la Cour supérieure n'aurait compétence que si, pour reprendre les termes de l'al. 68(2) *C.p.c.*, «toute la cause d'action a pris naissance» au Québec.

Le juge Turmel a considéré que l'action des intimées était de nature tant contractuelle que délictuelle. Pour avoir gain de cause, les intimées devaient faire la preuve non seulement des dommages subis, mais encore de l'existence d'une faute de la part des appelantes et de celle d'un lien de causalité entre la faute et les dommages. D'après le juge Turmel, l'action des intimées découlait de l'inexécution, par les appelantes, de leurs obligations respectives à titre de concepteur, de fabricant et de vendeur d'un avion défectueux, et de leur omission d'avoir averti l'utilisateur ou l'acquéreur de l'existence de ces défauts. Le juge Turmel a conclu que ces fautes ont été commises en Califor-

be said to have arisen in Quebec: only the damage occurred in Quebec and damage alone does not generate liability. Turmel J. granted the motions and dismissed the respondents' action.

The Court of Appeal disagreed with Turmel J. In the opinion of Chouinard J.A., writing for the Court, this Court's decision in *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, compelled a finding that the whole of the respondents' cause of action arose in Quebec. The definition of the "whole cause of action" adopted by the Privy Council in *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254, at p. 259, to the effect that "... the phrase must signify all of the facts, causes, moyens and motifs alleged in the declaration, which if traversed, must be proven" no longer had any application.

The essence of the Court of Appeal's decision, which is reported at (1987), 12 Q.A.C. 121, is contained in the following paragraphs at pp 126-27:

[TRANSLATION] In the case at bar the source of the right is undoubtedly the contract of sale, at least as between Air Canada and McDonnell Douglas; the situation is different as regards the Deutsch company, also a defendant. However, the immediate cause of action is the failure to perform an obligation imposed by law regarding the duty to notify or to warn the user of an aircraft of a known danger, particularly when the manufacturing company, an expert in the matter, gives the user maintenance manuals for use in maintaining the aircraft, and delivers these to its head office, in this case at the Air Canada office in Montréal.

By itself, the allegation of knowledge of defects in certain components pertaining either to manufacture or use, coupled with absence of notice in proper terms to the user of the aircraft, taken together with the fire and the damage, are [*sic*] sufficient to constitute "the whole cause of action". Assuming a failure to give notice in Montréal, the place where the maintenance manuals were delivered by McDonnell Douglas, such facts, assuming they are proven, may be a basis for an order against the defendants. The quasi-delictual cause of action thus originated in the district of Montréal, regardless of any other possible contractual basis for the

nie, là où l'avion a été vendu et livré. On ne pouvait dire que toute la cause d'action avait pris naissance au Québec: seuls les dommages ont été subis au Québec et ils ne sauraient, à eux seuls, engager la responsabilité. Le juge Turmel a accueilli les requêtes et rejeté l'action des intimées.

La Cour d'appel n'a pas souscrit à l'opinion du juge Turmel. Selon le juge Chouinard qui s'est exprimé au nom de la cour, l'arrêt de la Cour suprême *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, l'obligeait à conclure que toute la cause d'action des intimées avait pris naissance au Québec. La définition de «toute la cause d'action» adoptée par le Conseil privé dans l'arrêt *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254, à la p. 259, selon laquelle [TRADUCTION] «... cette expression doit signifier tous les faits, causes, moyens et motifs allégués dans la déclaration qui, s'ils sont contestés, doivent être établis en preuve», n'est plus applicable.

L'essentiel de l'arrêt de la Cour d'appel, publié à (1987), 12 Q.A.C. 121, figure dans les paragraphes suivants, aux pp. 126 et 127:

Dans la présente espèce, la source du droit est certes le contrat de vente au moins entre Air Canada et McDonnell Douglas, ce qui est différent quant à Deutsch Company, également poursuivie. La cause immédiate de l'action est cependant l'inexécution d'une obligation qui résulte de la loi relativement au devoir d'avertir ou de prévenir d'un danger connu l'usager d'un avion surtout lorsque celui-ci est aidé quant à l'entretien particulier de l'appareil par des bulletins d'entretien de la compagnie manufacturière, experte en la matière, qui lui sont livrés à son bureau-chef, en l'occurrence au bureau d'Air Canada à Montréal.

La seule allégation de connaissance des défauts de certaines pièces rattachées ou à la fabrication ou à l'usage outre l'absence d'avis en termes appropriés à l'usager de l'avion, ajoutée à l'incendie et aux dommages, me semblent suffisants (*sic*) pour constituer «toute la cause d'action». Assumant le défaut de notification à Montréal, endroit où les bulletins d'entretien étaient livrés par McDonnell Douglas, de tels faits, en les supposant prouvés, peuvent entraîner la condamnation des défenderesses. Ainsi, la cause d'action quasi délictuelle aurait pris naissance dans le district de Montréal, indépendamment d'une autre base contractuelle possible

action. The choice was up to the appellants, including Air Canada. [Footnote references omitted.]

By judgment of July 6, 1987, the Court of Appeal overturned the decision of the Superior Court and dismissed the motions for declinatory exception. The appellants applied for leave to appeal to this Court, and leave was granted December 17, 1987, [1987] 2 S.C.R. viii.

Issue and Submissions of the Parties

All parties to this appeal are agreed that paragraphs (1) and (3) of art. 68 *C.C.P.* do not confer jurisdiction upon the Superior Court to hear and decide the respondents' action. There is thus only one issue before this Court: does the Superior Court have jurisdiction by virtue of art. 68(2) *C.C.P.*? In other words, do the facts alleged by the respondents in their declaration show that "the whole cause of action" arose in Quebec?

The appellants both concede that, following this Court's decision in *Wabasso*, *supra*, the fact that a contract exists between McDonnell Douglas and Air Canada does not prevent Air Canada from instituting an action in delict or quasi-delict. Indeed, Deutsch accepts that the respondents' action is delictual in nature: there is no contract between Air Canada and Deutsch.

McDonnell Douglas argues that the respondents' action is contractual in nature. It suggests, citing the authority of *Canadian Motor Sales Corp. v. Lemay*, [1979] C.A. 295, that because Air Canada seeks reparation for damages caused by latent defects to the thing sold to it, Air Canada's action is based upon the warranty against latent defects enunciated in arts. 1522 *et seq. C.C.L.C.* This warranty comes into existence with the contract of sale and since the contract was not concluded in Quebec, the Superior Court can have no jurisdiction.

However, even if one admits that Air Canada's action is based upon a quasi-delict, McDonnell Douglas submits that art. 68(2) *C.C.P.* would not give jurisdiction to the Superior Court. Both

de l'action. Le choix appartenait aux appelants dont Air Canada. [J'ai omis les renvois.]

Dans un arrêt du 6 juillet 1987, la Cour d'appel a écarté la décision de la Cour supérieure et rejeté les requêtes pour exception déclinatoire. Les appelantes ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, ce qui leur a été accordé le 17 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. viii.

La question en litige et les arguments des parties

Toutes les parties au présent pourvoi conviennent que les al. (1) et (3) de l'art. 68 *C.p.c.* ne confèrent aucune compétence à la Cour supérieure pour ce qui est d'instruire l'action des intimées. Cette Cour n'est donc saisie que d'une seule question: la Cour supérieure est-elle compétente en vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.*? En d'autres termes, les faits allégués par les intimées dans leur déclaration démontrent-ils que «toute la cause d'action» a pris naissance au Québec?

Les appelantes admettent toutes deux que, suivant l'arrêt *Wabasso*, précité, de cette Cour, le fait que McDonnell Douglas et Air Canada aient conclu un contrat n'empêche pas cette dernière d'intenter des poursuites de nature délictuelle ou quasi délictuelle. D'ailleurs, Deutsch reconnaît que l'action des intimées est de nature délictuelle: il n'existe aucun contrat entre Air Canada et Deutsch.

McDonnell Douglas fait valoir que l'action des intimées est de nature contractuelle. Invoquant l'arrêt *Canadian Motor Sales Corp. c. Lemay*, [1979] C.A. 295, elle laisse entendre que, comme Air Canada demande réparation pour des dommages imputables à des défauts cachés de la chose qu'on lui a vendue, la poursuite d'Air Canada est fondée sur la garantie contre les défauts cachés prévue aux art. 1522 et suiv. *C.c.B.-C.* Cette garantie entre en vigueur en même temps que le contrat de vente et puisque le contrat n'a pas été conclu au Québec, la Cour supérieure ne saurait avoir compétence.

Cependant, McDonnell Douglas prétend que, même si on admettait que l'action intentée par Air Canada est fondée sur un quasi-délit, l'al. 68(2) *C.p.c.* ne conférerait pas compétence à la Cour

McDonnell Douglas and Deutsch analyze a cause of action based on art. 1053 *C.C.L.C.* as being composed of three elements: damage, fault and the causal connection between the fault and the damage. In order for the whole of such a cause of action to arise in Quebec, each of these elements must have occurred within that province. The damage, they readily concede, occurred in Quebec. The fault, however, did not. The respondents' declaration, they argue, shows that the fault imputed to McDonnell Douglas and Deutsch is "continuous": it began with the negligent or careless design, manufacture and installation of the auxiliary fuel tank, continued through the acquisition of knowledge of the defects in the auxiliary fuel tank and ended with the failure to warn Air Canada of those defects. Each component of the fault occurred in the United States: that is where the auxiliary fuel tank was designed, manufactured and installed, that is where Deutsch and McDonnell Douglas would have become aware of the defects and the danger they presented, and that is where the appellants failed to act to advise Air Canada of the danger. Deutsch's position departs somewhat from that of McDonnell Douglas in that Deutsch's counsel did concede at the hearing of the appeal that if Deutsch had a duty to advise Air Canada, the warning should have been given to Air Canada at its maintenance base in Dorval. Nevertheless, the "continuous" fault did not occur in Quebec.

The respondents agree with the appellants that a cause of action based on a quasi-delict is composed of the three elements of fault, damage and causation. They agree that the Superior Court will not have jurisdiction by virtue of art. 68(2) *C.C.P.* unless each of these elements of the cause of action arose in Quebec. The respondents differ from the appellants in their characterization of the element of fault. The fault of the appellants and other defendants, for the purposes of establishing the "whole cause of action" within the meaning of art. 68(2) *C.C.P.*, is the failure to warn Air Canada. This omission alone is sufficient to ground an action in quasi-delict. The *situs* of an omission, in this case a failure to warn, is the place where the

supérieure. McDonnell Douglas et Deutsch font valoir toutes deux qu'une cause d'action fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* est composée de trois éléments: le dommage, la faute et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Pour que toute la cause d'action prenne naissance au Québec, chacun de ces trois éléments doit s'être produit dans cette province. Elles reconnaissent volontiers que le dommage a été subi au Québec. Toutefois, il n'en est pas ainsi de la faute. Elles prétendent que la déclaration des intimées démontre que la faute imputée à McDonnell Douglas et à Deutsch est «continue»: elle a commencé par la négligence ou l'incurie dans la conception, la fabrication et l'installation du réservoir de carburant auxiliaire, s'est poursuivie par la prise de connaissance des défectuosités du réservoir de carburant auxiliaire et s'est terminée par l'omission d'avertir Air Canada de l'existence de ces défectuosités. La faute, sous chacun de ses aspects, a été commise aux États-Unis: c'est là que le réservoir de carburant auxiliaire a été conçu, fabriqué et installé, c'est là que Deutsch et McDonnell Douglas auraient pris connaissance des défectuosités et du danger qu'elles présentaient, et c'est là que les appelantes n'ont rien fait pour informer Air Canada du danger. La position de Deutsch s'écarte quelque peu de celle de McDonnell Douglas en ce que le procureur de Deutsch a admis à l'audience que si cette dernière avait eu l'obligation d'avertir Air Canada, l'avertissement aurait dû être donné à Air Canada, à son centre d'entretien de Dorval. Néanmoins, la faute «continue» n'a pas été commise au Québec.

Les intimées conviennent avec les appelantes qu'une cause d'action fondée sur un quasi-délit est composée de trois éléments, savoir la faute, le dommage et le lien de causalité. Elles admettent que la Cour supérieure n'aura compétence, en vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.*, que si chacun des éléments de la cause d'action a pris naissance au Québec. Cependant, elles ne qualifient pas de la même manière que les appelantes l'élément de faute. La faute commise par les appelantes et d'autres défenderesses, aux fins d'établir «toute la cause d'action» au sens de l'al. 68(2) *C.p.c.*, est l'omission d'avertir Air Canada. Cette omission suffit à elle seule pour justifier une action quasi délictuelle. Le lieu d'une omission, savoir en l'es-

act omitted ought to have been performed. That place, submit the respondents, is Air Canada's maintenance base in Dorval. Since both damage and fault are located in Quebec, and more precisely in the judicial district of Montréal, Air Canada concludes that the Superior Court, district of Montréal, has jurisdiction to hear the action pursuant to the terms of art. 68(2) *C.C.P.*

Analysis

The issue before this Court is to determine whether the respondents' action was properly instituted before the Superior Court of Quebec, district of Montréal. That action will have been properly instituted if the criteria set out in the second paragraph of art. 68 of the *C.C.P.* are met. For convenience, I reproduce art. 68(2) *C.C.P.* below:

68. Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

. . .

(2) Before the court of the place where the whole cause of action has arisen; . . .

To determine whether the Superior Court has jurisdiction under art. 68(2) *C.C.P.*, two questions must be answered: (1) what is the cause of action? and (2) did the whole of that cause of action arise in the district of Montréal? I will address each in turn.

(1) *The Cause of Action*

A cause of action comprises certain facts which, if proven, establish a plaintiff's right to the remedy sought from the defendant. Paragraphs 13 and 14 of the respondents' declaration state their cause of action:

13. The explosion and fire are attributable to the fault, neglect and lack of care of the Defendants in that they failed to advise Air Canada, through the issuance of service bulletins or otherwise, of the defects affecting the auxiliary fuel tank, the fuel pump and its related wiring and connector and failed to recommend immediate action in order to eliminate the hazards caused by such defects, though having become aware of these defects and hazards prior to the 2nd June 1982.

pèce l'omission d'avertir, est l'endroit où l'acte omis aurait dû être accompli. D'après les intimées, ce lien est le centre d'entretien d'Air Canada, à Dorval. Puisque les dommages et la faute se situent au Québec, plus précisément dans le district judiciaire de Montréal, Air Canada conclut que la Cour supérieure, district de Montréal, a compétence pour entendre l'action conformément à l'al. 68(2) *C.p.c.*

L'analyse

La question dont est saisie cette Cour consiste à déterminer si les intimées ont eu raison d'intenter leur action devant la Cour supérieure du Québec, district de Montréal. Cette action aura été intentée dans le ressort approprié si les critères énoncés à l'al. (2) de l'art. 68 *C.p.c.* sont respectés. Pour des raisons de commodité, je reproduis ci-dessous le texte de l'al. 68(2) *C.p.c.*:

68. Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

. . .

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; . . .

Pour établir si la Cour supérieure a compétence en vertu de l'al. 68(2) *C.p.c.*, il nous faut répondre à deux questions: (1) quelle est la cause d'action? et (2) toute cette cause d'action a-t-elle pris naissance dans le district de Montréal? J'examinerai tour à tour chacune de ces questions.

(1) *La cause d'action*

La cause d'action comprend certains faits qui, s'ils sont prouvés, confèrent au demandeur le droit d'obtenir réparation du défendeur. La cause d'action des intimées est énoncée aux paragraphes 13 et 14 de leur déclaration:

[TRADUCTION] 13. L'explosion et l'incendie sont imputables à la faute, à la négligence et à l'imprudence dont ont fait preuve les défenderesses en négligeant d'informer Air Canada, par le biais de bulletins de service ou autrement, des défectuosités du réservoir de carburant auxiliaire, de la pompe ainsi que des conducteurs et du connecteur électriques y associés, et de recommander des mesures immédiates visant à éliminer les dangers que présentaient ces défectuosités, même si elles avaient pris connaissance de ces défectuosités et dangers avant le 2 juin 1982.

14. As a result of Defendants' fault, negligence and want of skill, Air Canada has incurred a loss of seven million five hundred thousand dollars ($7,500,000.00) with respect to the total loss of the aircraft, being the value of the aircraft on the 2nd June 1982 and has incurred a further loss of two hundred and eighty-six thousand eight hundred and fifty-two dollars ($286,852.00) as a result of the damage to and destruction of other property and equipment in the vicinity of the aircraft, including particularly the hangar.

The respondents characterize their action as quasi-delictual in nature. I agree with that characterization. An action based on art. 1053 *C.C.L.C.* is composed of three elements: fault, damage, and a causal connection between the first two elements. All three elements are alleged in the paragraphs of the respondents' declaration quoted above. There is damage: an alleged loss of $7,786,852. There is fault: a failure to warn Air Canada of the defects and hazards known to the defendants. And the respondents state in plain words that the damage is due to the fault.

The respondents' cause of action is identical to the cause of action in *Wabasso*, *supra*. This Court held in *Wabasso* and in *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393 before it, that the failure of a manufacturer and vendor of goods to warn the user of a hidden danger of which the manufacturer or vendor is aware is an omission which grounds an action in quasi-delict. In the *Wabasso* case, Wabasso Ltd. purchased machines from the National Drying Machinery Company for the processing of polyester. As a result of fibres collecting in the upper part of the machines, a fire ignited which destroyed Wabasso Ltd.'s factory in Trois-Rivières. The instruction manuals given to Wabasso Ltd. made no mention of the necessity to clean the upper part of the machines, which appeared to be permanently closed, nor did the National Drying Machinery Company's employees inform Wabasso Ltd. of the necessity when they attended at Wabasso Ltd.'s place of business to install the machines and instruct Wabasso Ltd.'s employees in their use. Chouinard J., writing for the Court, cited with approval at p. 590 the following passage

14. En raison de la faute, de la négligence et de l'incompétence des défenderesses, Air Canada a subi une perte de sept millions cinq cent mille dollars (7 500 000 $) suite à la perte totale de l'avion, savoir la valeur de l'avion au 2 juin 1982, et a subi une perte supplémentaire de deux cent quatre-vingt-six mille huit cent cinquante-deux dollars (286 852 $) imputable aux dommages causés à d'autres biens et matériel situés près de l'avion, dont le hangar, ou à leur destruction.

Les intimées estiment que leur action est de nature quasi délictuelle. Je suis d'accord avec cette qualification. Une action fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* comporte trois éléments: la faute, le dommage et le lien de causalité entre les deux premiers éléments. Ces trois éléments sont tous allégués dans les paragraphes susmentionnés de la déclaration des intimées. Il y a dommage: une perte alléguée de 7 786 852 $. Il y a faute: l'omission d'avertir Air Canada des défectuosités et dangers que les défenderesses connaissaient. Et les intimées affirment clairement que les dommages sont imputables à la faute.

La cause d'action des intimées est identique à la cause d'action relevée dans l'arrêt *Wabasso*, précité. Dans l'arrêt *Wabasso* ainsi que dans l'arrêt antérieur *Ross v. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393, cette Cour a conclu que le fait, pour un fabricant et vendeur de marchandises, de ne pas avertir l'utilisateur d'un danger caché dont il a connaissance constitue une omission qui justifie une action quasi délictuelle. Dans l'arrêt *Wabasso*, Wabasso Ltd. avait acheté à National Drying Machinery Company des machines destinées au traitement du polyester. Un incendie imputable à l'accumulation de fibres dans la partie supérieure des machines a détruit l'usine de Wabasso Ltd. située à Trois-Rivières. Dans les manuels d'instructions donnés à Wabasso Ltd., on ne mentionnait pas la nécessité de nettoyer la partie supérieure des machines qui paraissait fermée de façon permanente; les employés de National Drying Machinery Company n'en ont pas informé Wabasso Ltd. non plus lorsqu'ils se sont présentés à l'usine de Wabasso Ltd. pour y installer les machines et y enseigner leur mode d'utilisation aux employés de cette compagnie. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Chouinard a cité en l'approuvant, à la p. 590, le

from Paré J.A.'s opinion. Paré J.A. explains the nature of Wabasso Ltd.'s cause of action:

[TRANSLATION] Indeed, from the viewpoint of art. 1053 C.C., it is not so much the sale which gives rise to liability here, but rather the fact that appellant permitted respondent to use an object made by it, knowing the risks of using it, without warning respondent of those risks. This duty to warn becomes the basis of the liability, and it exists whether or not there is a contract. It is an aspect of negligence which could be cited without recourse to the contract, for anyone who places an object which he knows to be dangerous in use in the hands of another has a duty to warn him of this.

There is a superficial distinction between the facts in the case at bar and the facts in *Wabasso*. In the case at bar, the respondents allege that the hidden danger that gave rise to the appellants' obligation to warn came into existence because of the appellants' fault in the design, manufacture and installation of the auxiliary fuel tank. In contrast, the hidden danger in the machines sold to Wabasso Ltd. was due not to defective design or manufacture but simply to a peculiarity of design, such that the upper part of the heat treatment machines appeared permanently closed.

However, the obligation to warn arises out of the manufacturer's or vendor's knowledge of a hidden danger in the goods manufactured or sold by him. The manner in which that danger came to exist does not affect the obligation to warn. The dangerous condition of the goods is simply part of the underlying factual situation, and does not constitute a part of the fault upon which the cause of action is based. Thus, defective manufacture, a peculiarity of design, as in the *Wabasso* case, or simple wear and tear could produce a danger which, if known to the manufacturer or vendor, would give rise to an obligation to warn. The facts that McDonnell Douglas is party to a contract with Air Canada and that McDonnell Douglas, Deutsch and the other defendants are allegedly responsible for the existence of the danger in the auxiliary fuel tank does not make their failure to warn Air Canada of that danger any less a fault

passage suivant de l'opinion du juge Paré de la Cour d'appel. Le juge Paré explique ainsi la nature de la cause d'action de Wabasso Ltd.:

En effet, considéré sous l'article 1053 C.C., ce n'est plus tellement la vente qui engendre ici la responsabilité mais bien le fait que l'appelante a toléré que l'intimée se serve d'un objet fabriqué par elle et dont elle connaît les dangers à l'usage sans l'avertir de ce danger. Cette obligation d'avertir devient la source de la responsabilité et elle existe, peu importe qu'il y ait ou non contrat. C'est ici un élément de faute qu'on pourrait invoquer sans recours au contrat, car c'est le devoir de quiconque, plaçant entre les mains d'une autre personne un objet, dont il connaît les dangers à l'usage, de l'en avertir.

Il y a une légère différence entre les faits de l'espèce et ceux dont il était question dans l'affaire *Wabasso*. En l'espèce, les intimées allèguent que le danger caché, dont découlait l'obligation des appelantes de donner un avertissement, est imputable à la faute commise par les appelantes dans la conception, la fabrication et l'installation du réservoir de carburant auxiliaire. Par contre, le danger caché des machines vendues à Wabasso Ltd. était attribuable non pas à un défaut de conception ou de fabrication, mais simplement à une particularité conceptuelle faisant en sorte que la partie supérieure des machines de traitement à la chaleur paraissait fermée de façon permanente.

Cependant, l'obligation d'avertir résulte de la connaissance, par le fabricant ou le vendeur, d'un danger caché des marchandises qu'il fabrique ou vend. La façon dont ce danger est apparu n'a aucune incidence sur l'obligation d'avertir. La condition dangereuse des marchandises fait tout simplement partie d'une situation de fait sous-jacente et ne constitue pas un élément de la faute sur laquelle la cause d'action est fondée. Par conséquent, un défaut de fabrication, une particularité conceptuelle, comme c'était le cas dans l'affaire *Wabasso* ou la simple usure normale pourraient créer un danger qui, s'il était connu du fabricant ou du vendeur, susciterait une obligation d'avertir. Le fait que McDonnell Douglas soit partie à un contrat avec Air Canada et que McDonnell Douglas, Deutsch et les autres défenderesses soient présumément responsables de l'existence du danger que présente le réservoir de carburant auxi-

which, independent of the genesis of the danger, grounds an action in quasi-delict.

McDonnell Douglas, however, submits that the respondents' action is not quasi-delictual in nature. It suggests that the respondents' allegation of negligence in the design, manufacture and installation of the auxiliary fuel tank and the hazards that resulted from this negligence amount to an allegation of latent defects in the thing sold. Citing the authority of *Canadian Motor Sales Corp. v. Lemay*, *supra*, McDonnell Douglas concludes that the respondents' action is based on the warranty against latent defects enunciated in arts. 1522 *et seq. C.C.L.C.* and is therefore contractual.

I find McDonnell Douglas' argument unpersuasive. *Canadian Motor Sales Corp.*, bears no resemblance to the case at bar. *Canadian Motor Sales Corp.* concerned an action in warranty. The vendor of a car, Lemay, was sued by the purchaser for the loss of certain items which were in the car at the time the car was destroyed by fire. Lemay impleaded its own vendor, Canadian Motor Sales Corporation Ltd., in warranty. Both actions were successful at first instance, but Canadian Motor Sales Corporation Ltd. appealed. On appeal, Lemay attempted to argue that the purchaser's cause of action was delictual. The Court of Appeal found that the principal action was based on arts. 1522 *et seq. C.C.L.C.* and should have been instituted within a time period stipulated in art. 1530 *C.C.L.C.* The principal action was not instituted within a reasonable delay, and Canadian Motor Sales Corporation Ltd., as defendant in warranty, had the right to raise this defence against Lemay as the latter neglected to raise it against its purchaser.

I see nothing in *Canadian Motor Sales Corp.*, which would support a statement of principle to the effect that where a plaintiff alleges a hidden defect or danger in a thing sold to him the action is necessarily based on the warranty against latent

liaire ne signifie pas pour autant que leur omission d'avertir Air Canada de ce danger ne constitue pas une faute qui, indépendamment de l'origine du danger, donne ouverture à une action quasi délictuelle.

Cependant, McDonnell Douglas soutient que l'action des intimées n'est pas de nature quasi délictuelle. Elle laisse entendre que leur allégation de négligence dans la conception, la fabrication et l'installation du réservoir de carburant auxiliaire et les dangers imputables à cette négligence constituent une allégation de défauts cachés de la chose vendue. Invoquant l'arrêt *Canadian Motor Sales Corp. c. Lemay*, précité, McDonnell Douglas conclut que l'action des intimées est fondée sur la garantie contre les défauts cachés prévue aux art. 1522 et suiv. *C.c.B.-C.* et qu'elle est donc contractuelle.

Je ne suis pas convaincu par les arguments de McDonnell Douglas. L'arrêt *Canadian Motor Sales Corp.* ne ressemble aucunement à l'espèce. Cette affaire portait sur une action en garantie. Le vendeur d'une automobile, M. Lemay, était poursuivi par l'acheteur à la suite de la perte de certains objets qui se trouvaient dans la voiture au moment où celle-ci a été détruite par un incendie. M. Lemay a appelé en garantie sa propre venderesse, Canadian Motor Sales Corporation Ltd. Les deux actions ont été accueillies en première instance, mais Canadian Motor Sales Corporation Ltd. a interjeté appel. En appel, M. Lemay a tenté de faire valoir que la cause d'action de l'acheteur était de nature délictuelle. La Cour d'appel a conclu que l'action principale était fondée sur les art. 1522 et suiv. *C.c.B.-C.* et qu'elle aurait dû être intentée dans le délai imparti à l'art. 1530 *C.c.B.-C.* L'action principale n'ayant pas été intentée dans un délai raisonnable, Canadian Motor Sales Corporation Ltd., à titre de défenderesse en garantie, avait le droit de soulever ce moyen de défense contre M. Lemay puisque ce dernier avait négligé de le faire contre l'acheteur.

Je ne vois rien dans l'arrêt *Canadian Motor Sales Corp.* qui justifie l'énoncé de principe selon lequel l'action intentée par le demandeur qui allègue l'existence d'un défaut ou d'un danger caché dans la chose qu'on lui a vendue est nécessaire-

defects in arts. 1522 *et seq. C.C.L.C.* Such a principle would be contrary to this Court's decision in *Wabasso* which held that a plaintiff who is party to a contract may choose to pursue the defendant either on the basis of the contract or on the basis of a quasi-delict, provided of course that the facts constitute delictual as well as contractual fault. The facts alleged by the respondents in the case at bar may ground several causes of action. But paragraph 13 of the respondents' declaration clearly indicates that the respondents have opted to base their action on art. 1053 *C.C.L.C.* The fact that the respondents make no mention in their declaration of the contract of sale between Air Canada and McDonnell Douglas can only support the conclusion that the respondents' action is not contractual in nature.

(2) *The Locus of the Cause of Action*

The respondents' cause of action, then, is quasi-delictual. It has three elements. First, the fault: that the defendants, knowing that the auxiliary fuel tank and associated wiring were defective and presented a danger to the user of the aircraft, failed to warn Air Canada of that danger. Second, the damage: the loss of the aircraft and the damage to the hangar. Third, the causal connection: the damage was caused by the failure to warn.

The Superior Court, district of Montréal, will have jurisdiction to hear and decide the respondents' action if each of these three elements occurred in the judicial district of Montréal such that the requirement in art. 68(2) *C.C.P.* that "the whole cause of action has arisen" within that district is met. The respondents and the appellants agree that the damage was sustained by Air Canada in Montréal. It remains to be decided, however, whether the fault alleged by the respondents occurred in Montréal.

The fault alleged by the respondents is an omission. An omission standing alone has no location for it is an act that, by definition, did not occur. Nonetheless, the omission must be given a location in order to determine the Superior Court's juris-

ment fondée sur la garantie contre les défauts cachés prévue aux art. 1522 et suiv. *C.c.B.-C.* Un tel principe serait contraire à l'arrêt *Wabasso* de cette Cour portant que le demandeur qui est partie à un contrat peut choisir de poursuivre le défendeur sur la base du contrat ou d'un quasi-délit, pourvu, bien entendu, que les faits constituent une faute délictuelle autant que contractuelle. En l'espèce, les faits allégués par les intimées peuvent donner lieu à plusieurs causes d'action. Cependant, le paragraphe 13 de la déclaration des intimées indique clairement que ces dernières ont choisi de fonder leur action sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* Le fait que les intimées ne mentionnent aucunement dans leur déclaration le contrat de vente conclu entre Air Canada et McDonnell Douglas, ne peut qu'indiquer que leur action n'est pas de nature contractuelle.

(2) *Le lieu de la cause d'action*

Donc, la cause d'action des intimées est quasi délictuelle. Elle comporte trois éléments. Premièrement, la faute: les défenderesses, qui savaient que le réservoir de carburant auxiliaire et les conducteurs électriques y associés étaient défectueux et présentaient un danger pour l'utilisateur de l'avion, ont omis d'informer Air Canada de ce danger. Deuxièmement, le dommage: la perte de l'avion et les dommages causés au hangar. Troisièmement, le lien de causalité: les dommages sont imputables à l'omission de donner un avertissement.

La Cour supérieure, district de Montréal, sera compétente pour instruire l'action des intimées si chacun de ces trois éléments a pris naissance dans le district judiciaire de Montréal, de manière à satisfaire à l'exigence de l'al. 68(2) *C.p.c.* que «toute la cause d'action a[it] pris naissance» dans ce district. Les intimées et les appelantes conviennent qu'Air Canada a subi les dommages à Montréal. Il reste toutefois à déterminer si la faute alléguée par les intimées a été commise à Montréal.

La faute reprochée par les intimées prend la forme d'une omission. Une omission n'est en soi située nulle part puisque, par définition, il s'agit d'un acte qui n'a pas été accompli. Néanmoins, il faut situer l'omission afin de définir la compétence

diction pursuant to art. 68(2) *C.C.P.* The respondents submit that failure to warn of the danger the auxiliary fuel tank presented must be held to have arisen at Air Canada's maintenance base in Dorval. I agree.

Since a failure to warn is an act which did not occur, some criterion, other than the omission itself, must be used to fix the location of the omission for the purposes of establishing jurisdiction pursuant to art. 68(2) *C.C.P.* A failure to warn constitutes a fault only when there is a pre-existing duty to inform of the existence of the danger. In my opinion, therefore, the *locus* of an omission to warn must be determined by reference to the place at which the pre-existing obligation or duty ought to have been performed. An obligation to warn the user of such goods can only be performed by giving warning where the warning will be effective: the nature of a warning is such that it must be received at a place and a time that allow the user of the goods to act to avoid the danger warned of. The *locus* of a failure to warn is the place at which the warning ought to have been received, and that place may be either where the user is located or where the goods are used.

In the case at bar, the appellants and other defendants had, if the facts alleged by the respondents are true, the obligation to inform Air Canada of the hazards created by the defective auxiliary fuel tank. This obligation ought to have been performed at Air Canada's maintenance base in Dorval: that is where Air Canada could have acted to eliminate the danger. I note two facts which point to an implicit recognition, at least on the part of the appellant McDonnell Douglas, that warning of a hidden danger in the aircraft should be given to Air Canada at its Dorval base. The first is McDonnell Douglas' practice of delivering the service bulletins, which advise of technical changes to the DC-9 aircraft, to Air Canada at its maintenance base in Dorval. The second is the presence of a McDonnell Douglas representative at Air Canada's maintenance base. A part of this representative's functions is to receive "Alert Bulletins", which alert the recipient to the imminent issue of a high-priority service bulletin, from

de la Cour supérieure, conformément à l'al. 68(2) *C.p.c.* Les intimées prétendent qu'il faut conclure que l'omission d'avertir du danger que présentait le réservoir de carburant auxiliaire a eu lieu au centre d'entretien d'Air Canada, à Dorval. Je suis d'accord avec cela.

Puisque l'omission d'avertir est un acte qui n'a pas été accompli, il faut recourir à un autre critère que l'omission elle-même pour déterminer le lieu de l'omission aux fins d'établir la compétence conformément à l'al. 68(2) *C.p.c.* L'omission d'avertir ne constitue une faute que s'il y a une obligation préexistante d'informer de l'existence d'un danger. À mon avis, le lieu de l'omission d'avertir doit donc être déterminé en fonction de l'endroit où l'obligation préexistante aurait dû être remplie. L'obligation d'avertir l'utilisateur de ces biens ne peut être remplie qu'en donnant un avertissement là où il sera utile: de par sa nature même, un avertissement doit être reçu à l'endroit et au moment qui permettront à l'utilisateur des biens d'agir de façon à éviter le danger qui fait l'objet de cet avertissement. Le lieu de l'omission d'avertir est l'endroit où l'avertissement aurait dû être reçu, c'est-à-dire là où se trouve l'utilisateur, ou encore là où les biens sont utilisés.

En l'espèce, les appelantes et les autres défenderesses étaient tenues, si l'on tient pour avérés les faits allégués par les intimées, d'informer Air Canada des dangers que présentait le réservoir de carburant auxiliaire défectueux. Cette obligation aurait dû être remplie au centre d'entretien d'Air Canada, à Dorval: c'est à cet endroit qu'Air Canada aurait pu prendre des mesures pour éliminer le danger. Deux faits comportent l'indication d'une reconnaissance tacite, du moins de la part de l'appelante McDonnell Douglas, que l'avertissement de l'existence d'un danger caché dans l'avion aurait dû être donné à Air Canada, à son centre de Dorval. Tout d'abord, McDonnell Douglas avait l'habitude d'envoyer des bulletins de service, portant sur des modifications techniques à apporter à l'avion DC-9, à Air Canada, à son centre d'entretien situé à Dorval. Ensuite, un représentant de McDonnell Douglas se trouve au centre d'entretien d'Air Canada. Ce représentant est chargé notamment de recevoir les «bulletins d'alerte» qui pré-

McDonnell Douglas and to direct those bulletins to the appropriate Air Canada personnel. Consequently, the fault alleged by the respondents arose in the judicial district of Montréal.

Before concluding, I wish to comment upon the considerable argument the appellants devoted to the question of whether the definition of the words "the whole cause of action" enunciated by the Privy Council in *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, *supra*, had been overruled by this Court's decision in *Wabasso*. It must be remembered that the primary issue before this Court in *Wabasso* was whether a party who has a cause of action based upon a contract may disregard the contractual system and found his action upon delictual fault. The facts of that case were such as to relieve the Court of the necessity of a thorough examination of the *locus* of the cause of action. *Wabasso* therefore does not offer much assistance in the interpretation of art. 68(2) *C.C.P.* However, neither does *Trower and Sons, Ltd.* prove helpful in the interpretation of art. 68(2) *C.C.P.* in the case at bar. The Privy Council found that the respondent's (plaintiff's) action was based on a contract between the parties. Because the contract had been concluded in London, England, it could not be said that the whole cause arose in Montréal. Lord Wright stated at pp. 263-64:

> The action, however, was based on a contract, and, in their Lordships' opinion, it is impossible to treat the place where the original contract was made as immaterial . . . It was, in their Lordships' view, an element in the definition of the whole cause of action.

The *ratio decidendi* of that case, therefore, is that where an action is based upon a contract, the place where the contract was made is an element in the whole cause of action. This principle can be of little use where, as in the case at bar, the action is based upon a quasi-delict.

Conclusion

For the reasons indicated above, I would dismiss the appeal, with costs.

viennent le récipiendaire de l'envoi imminent d'un bulletin de service hautement prioritaire par McDonnell Douglas, et d'acheminer ces bulletins au personnel compétent d'Air Canada. Par conséquent, la faute alléguée par les intimées a été commise dans le district judiciaire de Montréal.

Avant de conclure, j'aimerais formuler certains commentaires sur l'argumentation considérable que les appelantes ont consacrée à la question de savoir si la définition de l'expression «toute la cause d'action», énoncée par le Conseil privé dans l'arrêt *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, précité, a été écartée par cette Cour dans l'arrêt *Wabasso*. Il faut se rappeler que, dans l'affaire *Wabasso*, cette Cour devait essentiellement déterminer si la partie ayant une cause d'action fondée sur un contrat peut faire abstraction du régime contractuel et fonder son action sur une faute délictuelle. Vu les faits de cette affaire, la Cour n'a pas été obligée d'étudier en profondeur la question du lieu de la cause d'action. Par conséquent, l'arrêt *Wabasso* n'est donc pas vraiment utile pour interpréter l'al. 68(2) *C.p.c.* Toutefois, l'arrêt *Trower and Sons, Ltd.* ne s'avère guère plus utile pour interpréter ce même paragraphe en l'espèce. Le Conseil privé a jugé que l'action des intimés (demandeurs) était fondée sur un contrat passé entre les parties. Comme le contrat avait été conclu à Londres, en Angleterre, on ne pouvait affirmer que toute la cause d'action avait pris naissance à Montréal. Voici ce qu'a affirmé lord Wright, aux pp. 263 et 264:

> [TRADUCTION] Cependant, l'action était fondée sur un contrat et, de l'avis de leurs Seigneuries, il est impossible de considérer comme non pertinent le lieu où le contrat a été conclu [. . .] Leurs Seigneuries estiment que c'est un élément de la définition de toute la cause d'action.

Par conséquent, la *ratio decidendi* de cet arrêt porte que lorsqu'une action est fondée sur un contrat, l'endroit où le contrat a été conclu est un élément de toute la cause d'action. Ce principe n'est guère utile lorsque, comme en l'espèce, l'action est fondée sur un quasi-délit.

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant The Deutsch Co.: Guy & Gilbert, Montréal.

Solicitors for the appellant McDonnell Douglas Corp.: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the respondents: Lavery, O'Brien, Montréal.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante The Deutsch Co.: Guy & Gilbert, Montréal.

Procureurs de l'appelante McDonnell Douglas Corp.: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs des intimées: Lavery, O'Brien, Montréal.

IN THE MATTER of an application for an order in the nature of *certiorari*;

AND IN THE MATTER of a decision issued and dated October 24, 1985, by the Labour Relations Board;

AND IN THE MATTER of the *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1 as amended;

AND IN THE MATTER of the Rules of Court of Alberta

Marilyn Moysa *Appellant*

v.

The Labour Relations Board *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Alberta and the Centre for Investigative Journalism *Interveners*

INDEXED AS: MOYSA *v.* ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD)

File No.: 20513.

1989: March 20; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Evidence — Privilege — Press — Journalist refusing to testify at a labour relations board hearing — Journalist claiming privilege against the disclosure of communications from sources — Whether journalist has a privilege at common law or under the Canadian Charter to refuse to answer questions involving her sources — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Labour relations board ordering journalist to answer questions involving her sources — Whether compelling journalist to testify violation of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

A week after the appellant, a journalist, wrote an article on the Union organizing campaign at several

DANS L'AFFAIRE d'une demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari*;

ET DANS L'AFFAIRE d'une décision de la Labour Relations Board en date du 24 octobre 1985;

ET DANS L'AFFAIRE de la *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, chap. L-1.1, et modifications;

ET DANS L'AFFAIRE des Rules of Court of Alberta

Marilyn Moysa *Appelante*

c.

The Labour Relations Board *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de l'Alberta et le Centre for Investigative Journalism *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MOYSA *c.* ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD)

N° du greffe: 20513.

1989: 20 mars; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

Preuve — Immunité — Presse — Refus d'une journaliste de témoigner à une audience d'une commission des relations du travail — Allégation d'immunité permettant à la journaliste de refuser de divulguer ses sources — La journaliste jouit-elle d'une immunité reconnue par la common law ou par la Charte canadienne lui permettant de refuser de répondre à des questions concernant ses sources? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Ordonnance d'une commission des relations du travail enjoignant à une journaliste de répondre à des questions concernant ses sources — Forcer une journaliste à témoigner viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Une semaine après la parution d'un article de la journaliste appelante sur une campagne de syndicalisa-

department stores, the Hudson Bay Co. terminated the employment of six employees. The Union alleged that the employees were fired because of their organizing activities and brought an unfair labour practices claim against the Bay. The appellant was summoned to attend the Labour Relations Board hearing. The Union proposed to ask her whether she had spoken with someone at the Bay and, if so, what the details of the conversation were. The appellant objected to being compelled to testify alleging that she has a right to protect her sources of information on the basis of a qualified privilege either at common law or under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Board held that the appellant had no privilege and ordered her to testify. The Alberta Court of Queen's Bench dismissed appellant's application for *certiorari* to quash the Board's decision and the judgment was affirmed by the Court of Appeal. This Court granted appellant's leave to appeal and, pursuant to Rule 32 of the Supreme Court Rules, the parties submitted the following constitutional questions: (1) Does requiring a journalist witness to disclose communications from a source violate s. 2(*b*) of the *Charter*? (2) Does requiring a journalist witness to disclose communications to some other person violate s. 2(*b*) of the *Charter*? and (3) If the answer to either questions (1) or (2) is in the affirmative, can compulsive disclosure be justified under s. 1 of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant has no privilege to refuse to testify before the Board. Even if a qualified form of testimonial privilege exists in Canada, appellant's claim of privilege in this case must be dismissed as she does not fall within any of the possible tests which establish the conditions necessary to justify a refusal to testify. In any event, the Union was primarily interested in the information that the appellant gave to the Bay's official concerning the organizing campaign. This information would not come within the ambit of any qualified privilege with respect to information received from sources.

Despite the importance of ascertaining the extent of the s. 2(*b*) rights, the disposition of this appeal does not require that the constitutional questions be answered. The facts of this case do not warrant an answer to these broad and important constitutional questions. To address the questions would require this Court to make

tion touchant plusieurs magasins à rayons, la Compagnie de la Baie d'Hudson licenciait six employés. Le syndicat a prétendu que les employés avaient été congédiés pour leurs activités de syndicalisation et il a porté plainte pour pratiques déloyales contre La Baie. L'appelante a été assignée à comparaître devant la Labour Relations Board («la Commission»). Le syndicat entendait l'interroger pour savoir si elle avait parlé avec quelqu'un de La Baie et, dans l'affirmative, pour connaître les détails de cette conversation. L'appelante a refusé, faisant valoir qu'elle ne pouvait être contrainte de témoigner au motif qu'elle avait un droit à la protection de ses sources d'information découlant d'une immunité relative reconnue soit par la *common law*, soit par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Commission a conclu que l'appelante ne jouissait d'aucune immunité et lui a ordonné de témoigner. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rejeté la demande de l'appelante visant à obtenir un *certiorari* pour faire annuler la décision de la Commission et la Cour d'appel a confirmé ce jugement. Cette Cour a accordé une autorisation de pourvoi à l'appelante et, conformément à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées: (1) Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements provenant d'une certaine source viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte*? (2) Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements à une autre personne viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte*? et (3) Si la réponse à la question (1) ou à la question (2) est affirmative, l'obligation de divulguer peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appelante ne jouit pas du privilège de refuser de témoigner devant la Commission. Même si une forme d'immunité testimoniale relative existe au Canada, la demande d'immunité en l'espèce doit être rejetée parce que l'appelante ne répond à aucun des critères possibles qui établissent les conditions nécessaires pour justifier le refus de témoigner. Quoi qu'il en soit, le syndicat s'intéressait avant tout aux renseignements que l'appelante avait donnés aux représentants de La Baie sur les efforts de syndicalisation. Ces renseignements ne sauraient être protégés d'aucune façon par l'immunité relative à l'égard d'informations fournies par des sources.

Bien qu'il soit important de déterminer la portée des droits garantis par l'al. 2*b*), il n'y a pas lieu de répondre aux questions constitutionnelles pour les fins du présent pourvoi. Les faits de la présente espèce ne justifient pas une réponse à ces questions constitutionnelles vastes et importantes. Pour y répondre, cette Cour devrait se

pronouncements well beyond the issues presented in the actual appeal.

Assuming that the right to gather the news is constitutionally enshrined in s. 2(*b*) of the *Charter*, the appellant has not demonstrated that compelling journalists to testify before bodies such as the Labour Relations Board would detrimentally affect journalists' ability to gather information. No evidence was placed before the Court suggesting that such a direct link exists. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, this Court cannot find that there has been a breach of s. 2(*b*) in this case.

Cases Cited

Referred to: *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*b*).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 13 [am. 1983, c. 34, s. 2(6)].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 32 [am. SOR/84-821, s. 1; SOR/87-292, s. 2].

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159, dismissing appellant's appeal from a judgment of MacCallum J. (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346, which dismissed appellant's application for *certiorari* to quash a decision of the Alberta Labour Relations Board. Appeal dismissed.

A. H. Lefever and *F. S. Kozak*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Douglas Rutherford, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

prononcer bien au-delà des points en litige dans le présent pourvoi.

Même si on présume que le droit de recueillir de l'information est constitutionnellement consacré à l'al. 2*b*), l'appelante n'a pas démontré qu'obliger les journalistes à témoigner devant des organismes comme la Commission nuirait à leur capacité de recueillir de l'information. Aucun élément de preuve soumis à la Cour ne permet de conclure à l'existence d'un lien aussi direct. Faute de preuve d'un lien entre l'atteinte au droit allégué de recueillir de l'information et l'obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, cette Cour ne peut conclure qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'al. 2*b*).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, chap. L-1.1, art. 13 [mod. 1983, chap. 34, art. 2(6)].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32 [mod. DORS/84-821, art. 1; DORS/87-292, art. 2].

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'appelante contre un jugement du juge MacCallum (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346, qui rejetait la demande de *certiorari* présentée par l'appelante pour annuler une décision de l'Alberta Labour Relations Board. Pourvoi rejeté.

A. H. Lefever et *F. S. Kozak*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Douglas Rutherford, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

William Henkel, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Richard G. Dearden, for the intervener the Centre for Investigative Journalism.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this case is the right of the appellant, a journalist, to refuse to answer relevant questions in a proceeding before the Alberta Labour Relations Board. The refusal was grounded in part on an alleged right to protect sources of information on the basis of a qualified privilege either at common law or under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant's claim arose in the following manner.

In 1985, an organizing drive by Alberta Food and Commercial Workers Union, Local 401, was ongoing at the Hudson Bay Company in St. Albert. On February 23 of that year, an article written by the appellant entitled "Union Eyes Major Stores" was published in the *Edmonton Journal*. The article referred to the union's organizing efforts at several department stores in the Edmonton and St. Albert area though it did not name the particular stores. Approximately one week later, the Hudson Bay Company terminated the employment of six employees at the St. Albert store.

As a result of these firings, allegations of unfair labour practices were directed against the Hudson Bay Company and formed the subject matter of the Labour Relations Board hearing. The Union claimed that the employees were fired due to their organizing activities. The appellant was summoned to attend pursuant to s. 13 of the *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1. The Union proposed to ask her under oath whether she had spoken with someone at the Hudson Bay Company before writing the article and, if so, what the details were of

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

William Henkel, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Richard G. Dearden, pour l'intervenant le Centre for Investigative Journalism.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le litige dans le présent pourvoi vise le droit de l'appelante, une journaliste, de refuser de répondre à des questions pertinentes dans le cadre d'une procédure tenue devant l'Alberta Labour Relations Board (la Commission). Son refus était fondé en partie sur l'existence alléguée d'un droit à la protection des sources d'information qui découlerait d'une immunité relative reconnue soit par la *common law*, soit par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voici les faits qui ont donné lieu à la revendication de ce droit.

En 1985, une campagne de syndicalisation, organisée par la section locale 401 de l'Alberta Food and Commercial Workers Union, était en cours à la Compagnie de la Baie d'Hudson, à St. Albert. Le 23 février, un article, rédigé par l'appelante et intitulé «Union Eyes Major Stores», paraissait dans le *Edmonton Journal*. Il y était question des efforts de syndicalisation que faisait le syndicat auprès des employés de plusieurs magasins à rayons de la région d'Edmonton et de St. Albert, sans mentionner toutefois le nom des magasins visés. Environ une semaine plus tard, la Compagnie de la Baie d'Hudson licenciait six employés du magasin de St. Albert.

À la suite de ces licenciements, des accusations de pratiques déloyales de travail ont été portées contre la Compagnie de la Baie d'Hudson et ont fait l'objet d'une audition devant la Commission. Le syndicat prétendait que les employés avaient été renvoyés pour avoir fait du recrutement. L'appelante a été assignée à comparaître en vertu de l'art. 13 de la *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, chap. L-1.1. Le syndicat entendait l'interroger sous serment pour savoir si elle avait parlé avec quelqu'un de la Compagnie de la Baie d'Hudson avant

that conversation. The appellant objected to being compelled to testify.

The Labour Relations Board first determined that it possessed the necessary jurisdiction and power to compel the appellant to be sworn and give oral testimony. As well, the evidence that the appellant might give was determined to be relevant. Then in its decision of October 24, 1985, the Board held that neither the common law nor the *Charter* protected the appellant from being sworn and from being compelled to answer questions at a Board hearing.

In determining that the appellant could not rely upon any common law privilege, the Board considered the appellant's argument that a qualified privilege not to testify might be recognized on the basis of four criteria outlined by Wigmore (8 *Wigmore on Evidence*, § 2285 (McNaughton rev. 1961)). These four factors were discussed by this Court in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254. They are the following (at p. 260):

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

The Board held that Wigmore's four criteria were not satisfied in this case. The Board was of the view that the element of confidence was not part of the maintenance of a continuing relationship between the appellant and her source and that the injury resulting from disclosure would not be greater than the benefit.

The Board then proceeded to consider the alleged right to a qualified privilege for reporters under s. 2(*b*) of the *Charter*. The Board examined

d'écrire son article et, dans l'affirmative, pour connaître les détails de cette conversation. L'appelante a refusé, faisant valoir qu'elle ne pouvait être contrainte à témoigner.

La Commission a d'abord décidé qu'elle possédait la compétence et le pouvoir nécessaires pour contraindre l'appelante à prêter serment et à témoigner oralement. Elle a également décidé que le témoignage de cette dernière serait pertinent. Puis, dans sa décision du 24 octobre 1985, la Commission a statué que ni la *common law*, ni la *Charte* ne soustrayaient l'appelante à l'obligation de prêter serment et de répondre à des questions lors d'une audition de la Commission.

Pour décider que l'appelante ne pouvait invoquer aucun privilège issu de la *common law*, la Commission a examiné l'argument de l'appelante selon lequel le droit de ne pas témoigner pouvait lui être reconnu en vertu d'une immunité relative fondée sur les quatre critères énoncés par Wigmore (8 *Wigmore on Evidence*, § 2285 (McNaughton rev. 1961)). Ces quatre facteurs ont été étudiés par cette Cour dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254. Les voici (à la p. 260):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.

(3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.

La Commission a conclu que l'espèce ne répondait pas aux quatre critères établis par Wigmore. Elle estimait en effet qu'aucun caractère confidentiel n'était attaché au maintien de relations continues entre l'appelante et sa source et que le préjudice résultant de la divulgation ne serait pas supérieur à l'avantage qu'on pourrait en retirer.

La Commission a ensuite abordé la question du droit allégué à l'immunité relative que l'al. 2*b*) de la *Charte* donnerait aux journalistes. Elle a exa-

the decision of the United States Supreme Court in *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), which considered whether the guarantee of the freedom of the press under the First Amendment to the American Constitution permits a reporter to refuse to answer questions before a grand jury. White J. for the majority (speaking for four members of the Court) held that the First Amendment accords a reporter no privilege against appearing before a grand jury and answering questions as to either the identity of his or her news sources or information which he or she has received in confidence. In a concurring opinion Powell J. agreed in the result but held that each claim of privilege should be judged on its particular facts by striking a balance between the freedom of the press and the obligation of all citizens to give relevant testimony.

The Labour Board was of the opinion that Powell J. had identified two criteria that need be demonstrated before the government could compel a journalist to testify. The perceived evidence must be crucial to whomever seeks it and the evidence also must be relevant. The Board felt that this was the appropriate test under s. 2(*b*) of the *Charter*. However, on the facts presented before the Board, it was held that the evidence sought from the appellant was crucial to the Union's allegation of unfair labour practices and was also relevant. Further, the Board held that if there is a third requirement that the information not be available from an alternative source it, too, had been satisfied. Therefore, the Board concluded that the appellant could be compelled to testify.

The appellant filed a notice of motion before the Alberta Court of Queen's Bench for an order in the nature of *certiorari*, seeking to quash the October 24, 1985 decision of the Labour Relations Board. On May 9, 1986, MacCallum J. dismissed the motion on the grounds that the appellant had no privilege, either under the common law or under s. 2(*b*) of the *Charter*, to refuse to testify before the Board: (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346. The appellant's appeal to the Alberta Court of

miné l'arrêt *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), dans lequel la Cour suprême des États-Unis a étudié la question de savoir si la liberté de la presse garantie par le Premier amendement de la Constitution américaine permettait à un journaliste de refuser de répondre aux questions posées devant un grand jury. Au nom d'une majorité de quatre juges, le juge White a statué que le Premier amendement ne conférait au journaliste aucune immunité à l'égard de l'obligation de comparaître devant un grand jury et de répondre à des questions concernant l'identité de ses sources ou la teneur des informations reçues confidentiellement. Tout en souscrivant au résultat, le juge Powell a conclu quant à lui que chaque demande d'immunité devait être jugée en fonction des faits particulier de l'espèce, en trouvant un équilibre entre la liberté de la presse, d'une part, et l'obligation pour tous les citoyens de témoigner, d'autre part.

Selon la Commission, le juge Powell avait établi deux critères à satisfaire avant que le gouvernement puisse contraindre un journaliste à témoigner: le caractère crucial de la preuve pour celui qui cherche à l'obtenir et sa pertinence. La Commission a estimé que ces critères étaient conformes à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Toutefois, se fondant sur les faits dont elle était saisie, elle a décidé que la preuve qu'on espérait obtenir par le témoignage de l'appelante était cruciale pour l'allégation de pratique déloyale faite par le syndicat, et qu'elle était également pertinente. La Commission a en outre conclu que s'il y avait une troisième exigence, savoir que l'information ne puisse être obtenue d'une autre source, cette condition était également remplie. La Commission a conclu que l'appelante pouvait être contrainte à témoigner.

L'appelante a déposé un avis de requête auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, en vue d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *certiorari* pour faire annuler la décision que la Commission avait rendue le 24 octobre 1985. Le 9 mai 1986, le juge MacCallum a rejeté la requête au motif que l'appelante n'avait pas le privilège, ni en vertu de la *common law*, ni en vertu de l'al. 2*b*) de la *Charte*, de refuser de témoigner devant la Commission: (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346.

Appeal was dismissed by McLung J.A. who agreed with the reasoning of MacCallum J. that there was no privilege under either the common law or under s. 2(*b*) of the *Charter*: (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159.

After leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1987, [1987] 2 S.C.R. viii, the following constitutional questions were set on March 30, 1988 pursuant to Rule 32 of the Supreme Court Rules:

1. Does requiring a journalist witness to disclose communications from a source violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Does requiring a journalist witness to disclose communications to some other person violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. If the answer to either questions 1 or 2 is in the affirmative, can compulsive disclosure be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The appellant does not suggest that there is in Canada an absolute right for journalists to claim a privilege not to testify in relation to matters discussed with journalists' sources. Rather, the appellant contends that she should not have been compelled to testify before the Labour Relations Board because she fell within the scope of a qualified testimonial privilege under either common law principles or s. 2(*b*) of the *Charter*. Even if such a qualified testimonial privilege exists in Canada this appeal must be dismissed as the appellant here does not fall within any of the possible tests which have been proposed as establishing the conditions necessary to justify a refusal to testify.

The appellant argued that the four criteria cited by Wigmore and referred to with approval by Spence J. in *Slavutych v. Baker*, *supra*, at p. 260, provide a guide for the operation of a privilege against the disclosure of communications. The Board examined this submission and held that the injury resulting from disclosure was not greater than the benefit and that the evidence was relevant, proper, and necessary to administer the *Labour Relations Act*. As well, the Board held that an element of confidence was not part of the

L'appel interjeté par l'appelante devant la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté par le juge McLung qui, comme le juge MacCallum était d'avis que ni la *common law* ni l'al. 2*b*) de la *Charte* ne conférait le privilège invoqué: (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159.

L'autorisation de pourvoi à cette Cour a été accordée le 3 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. viii. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 30 mars 1988, conformément à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême:

1. Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements provenant d'une certaine source viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements à une autre personne viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si la réponse à la question 1 ou à la question 2 est affirmative, l'obligation de divulguer peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appelante ne dit pas que les journalistes au Canada ont le droit absolu d'invoquer le privilège de ne pas témoigner sur l'objet de leurs entretiens avec leurs sources de renseignements. Elle soutient plutôt qu'elle n'aurait pas dû être contrainte à témoigner devant la Commission parce qu'elle bénéficiait d'une immunité testimoniale relative en vertu de la *common law* ou encore de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Cependant, même dans l'hypothèse où une telle immunité existerait au Canada, le présent pourvoi doit être rejeté au motif que l'appelante ne répond à aucun des critères possibles qui ont été proposés comme conditions nécessaires pour justifier le refus de témoigner.

L'appelante a allégué que les quatre critères énoncés par Wigmore et repris par le juge Spence dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité, à la p. 260, servent de guide pour l'application d'un privilège de non-divulgation des communications. Examinant la valeur de cet argument, la Commission a conclu que le préjudice résultant de la divulgation n'était pas supérieur à l'avantage à en retirer et que la preuve était pertinente, appropriée et nécessaire à l'application de la *Labour Relations Act*. La Commission a estimé en outre qu'aucun carac-

continuing relationship between the appellant and the managers at the Hudson Bay Company store in St. Albert. Accordingly, the appellant failed to satisfy several of the necessary criteria propounded by Wigmore. Therefore, even if a qualified form of privilege exists, the appellant's claim on the facts of this case must fail. The Board did not err in dismissing the claim of privilege on this ground.

It is also worth noting that the Labour Board suggests that the Union was primarily interested in the information that the appellant gave to the Company officials concerning the organizing efforts. This information would not come within the ambit of any qualified privilege with respect to information received from sources.

The appellant also argued that s. 2(*b*) of the *Charter* includes the right of the press to seek and receive as well as impart information. The appellant contends that if journalists are compelled to disclose sources then they will lose access to information as news sources "dry up". This hindrance on the ability of the press to gather information is said to violate s. 2(*b*). The discussion of this issue in the courts below resulted in the three constitutional questions being stated. Despite the importance of ascertaining the extent of the s. 2(*b*) rights I am of the opinion that the disposition of this appeal does not require that the constitutional questions be answered.

The mere existence of constitutional questions does not obligate a response on behalf of this Court. Rule 32 of the Supreme Court Rules which requires that questions be stated where the applicability or operability of provincial or federal legislation is involved is intended to insure that all potentially interested parties are afforded an opportunity to address an issue concerning the constitutionality of a particular practice or law. However, this Court in deciding the merits of an appeal is not necessarily bound by the stated questions. Beetz J., speaking for the Court in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, held at p. 71:

tère confidentiel n'était attaché au maintien de relations continues entre l'appelante et les directeurs du magasin de la Compagnie de la Baie d'Hudson à St. Albert. L'appelante n'a pu, par conséquent, satisfaire à plusieurs des critères proposés par Wigmore. Aussi, même s'il existe une forme relative d'immunité, l'appelante ne saurait, vu les faits de l'espèce, avoir gain de cause. La Commission n'a pas commis d'erreur en rejetant sa demande d'immunité pour ce motif.

Il faut également souligner que la Commission prétend que le syndicat s'intéressait avant tout aux renseignements que l'appelante avait donnés aux représentants de la Compagnie sur les efforts de syndicalisation. Or, ces renseignements ne sauraient être protégés d'aucune façon par une immunité relative à l'égard d'informations fournies par des sources.

L'appelante a également fait valoir que l'al. 2*b*) de la *Charte* visait autant le droit de la presse de chercher et de recevoir de l'information que celui de la transmettre. Elle allègue que si les journalistes sont contraints à dévoiler leurs sources, celles-ci vont se «tarir», privant ainsi la presse de l'accès à certaines informations. Cette entrave à l'obtention de renseignements par la presse violerait l'al. 2*b*). C'est en raison de l'examen de cette question par les instances inférieures que les trois questions constitutionnelles ont été formulées. Toutefois, bien qu'il soit important de déterminer la portée des droits garantis par l'al. 2*b*), je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de répondre à ces questions pour les fins du présent pourvoi.

La simple formulation de questions constitutionnelles n'oblige pas cette Cour à y répondre. En effet, l'art. 32 des Règles de la Cour suprême, qui exige que des questions soient formulées lorsque l'applicabilité ou le caractère opérant d'une loi provinciale ou fédérale est en cause, vise à s'assurer que toutes les parties susceptibles d'être intéressées ont l'occasion d'exprimer leur position à l'égard de la constitutionnalité d'une pratique ou d'une loi. Mais lorsqu'elle se prononce sur le bien-fondé d'un pourvoi, la Cour n'est pas nécessairement liée par les questions ainsi formulées. Voici ce qu'a déclaré le juge Beetz au nom de la Cour dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71:

The parties are generally left wide latitude by the Chief Justice or other judges of this Court in formulating the constitutional questions which they submit for approval. However, it does not follow that the Court is bound by these questions, and that it is required to answer them if it may dispose of the appeal without doing so or if it appears that the facts of the case do not provide a basis for such questions. The questions may not be used as a means of transforming an ordinary proceeding into a reference: *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179, at pp. 187-88.

The same opinion was expressed by Dickson J. (as he then was) in *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at p. 121.

If the facts of the case do not require that constitutional questions be answered, the Court will ordinarily not do so. This policy of the Court not to deal with abstract questions is of particular importance in constitutional matters. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 363-65.

I am of the opinion that the facts of this case do not warrant an answer to these broad and important constitutional questions. To address the questions would require that this Court make pronouncements well beyond the issues presented in the actual appeal. The adjudication of the actual dispute does not require the resolution of the abstract questions of law raised in the constitutional questions.

Section 2(*b*) of the *Charter* provides:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (*b*) Freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

In oral argument counsel for the appellant stated that he was not asserting a special constitutional privilege for members of the press beyond that which is available to everyone generally under the right to freedom of expression. However, it was argued that s. 2(*b*) was violated when the appellant was required to testify before the Labour Relations Board and was not permitted by the Board to avail herself of a claim of qualified privilege. The appellant's argument is premised on

Une grande latitude est généralement laissée aux parties par le Juge en chef ou les autres juges de cette Cour dans la formulation des questions constitutionnelles qu'elles leur demandent d'approuver. Il ne s'ensuit pas cependant que la Cour soit liée par ces questions et qu'elle soit obligée d'y répondre si elle peut disposer du pourvoi sans le faire ou s'il s'avère que les faits de la cause ne donnent pas ouverture à de telles questions. On ne saurait en effet, par le truchement de ces questions, transformer un litige ordinaire en un renvoi: *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179, aux pp. 187 et 188.

Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a exprimé la même opinion dans l'arrêt *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, à la p. 121.

La Cour s'abstiendra généralement de répondre aux questions constitutionnelles si les faits de la cause ne l'exigent pas. Cette politique de la Cour de ne pas se prononcer sur des questions abstraites revêt une importance particulière dans les affaires constitutionnelles: voir à ce sujet l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pp. 363 à 365.

Je suis d'avis que les faits de la présente espèce ne justifient pas une réponse à ces questions constitutionnelles vastes et importantes. Pour y répondre, cette Cour devrait en effet se prononcer bien au-delà des points en litige dans le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire, pour trancher le litige, de résoudre les problèmes de droit abstraits que soulèvent ces questions.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* dispose:

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
>
> *b*) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante a affirmé qu'il ne revendiquait pas, pour les membres de la presse, une immunité constitutionnelle spéciale plus grande que celle dont chacun jouit généralement en vertu du droit à la liberté d'expression. Cependant, a-t-il soutenu, il y a eu violation de l'al. 2*b*) lorsque l'appelante a été assignée à témoigner devant la Commission et qu'elle n'a pu se prévaloir d'une immunité relative. Cet argument pose en prémisse que l'al. 2*b*) accorde à la cueil-

s. 2(*b*) according the same protection to the gathering of news as it extends to the dissemination of news. The appellant contends that the ability to gather news is hindered by the failure to extend testimonial privilege to journalists in situations such as the appellant's.

lette de l'information la même protection qu'à sa diffusion. L'appelante soutient en effet que l'absence d'une immunité testimoniale protégeant les journalistes qui se trouvent dans une situation semblable à la sienne pose un obstacle à cette capacité de recueillir de l'information.

Even if I assume for the moment that the right to gather the news is constitutionally enshrined in s. 2(*b*) the appellant has not demonstrated that compelling journalists to testify before bodies such as the Labour Relations Board would detrimentally affect journalists' ability to gather information. No evidence was placed before the Court suggesting that such a direct link exists. While judicial notice may be taken of self-evident facts, I am not convinced that it is indisputable that there is a direct relationship between testimonial compulsion and a "drying-up" of news sources as alleged by the appellant. The burden of proof that there has been a violation of s. 2(*b*) rests on the appellant. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, I cannot find that there has been a breach of s. 2(*b*) in this case.

Même si je présume pour le moment que le droit de recueillir de l'information est constitutionnellement consacré à l'al. 2*b*), l'appelante n'a pas démontré qu'obliger les journalistes à témoigner devant des organismes comme la Commission nuirait à leur capacité de recueillir de l'information. Aucun élément de preuve soumis à la Cour ne permet de conclure à l'existence d'un lien aussi direct. Bien qu'un tribunal puisse prendre connaissance d'office des faits évidents, je ne suis pas convaincu qu'il existe, comme le prétend l'appelante, une relation directe indiscutable entre l'obligation de témoigner et le tarissement des sources d'information. Or, c'est à l'appelante qu'incombe le fardeau d'établir la violation de l'al. 2*b*). Faute de preuve d'un lien entre l'atteinte au droit allégué de recueillir de l'information et l'obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, je ne puis conclure qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'al. 2*b*).

In addition, the Labour Relations Board held that the relationship between the appellant and the persons she spoke with at the Hudson Bay Company was not one based on confidence. The protection of confidence was neither sought nor given. The Board also held that the evidence was crucial, relevant and was not available from alternative sources. As well, the Board concluded that the appellant would fail in her claim for qualified privilege based on the test proposed by Powell J. in *Branzburg v. Hayes*, *supra*. Therefore, in my opinion, even if this Court were to adopt Powell J.'s approach to a qualified privilege, on the facts of this case no possible violation of s. 2(*b*) has been made out.

En outre, la Commission a jugé que les relations établies entre l'appelante et les personnes avec qui elle s'est entretenue à la Compagnie de la Baie d'Hudson n'étaient pas fondées sur la confidentialité, l'assurance de cette protection n'ayant pas été demandée d'une part, ni donnée d'autre part. La Commission a également estimé que la preuve recherchée était d'une importance cruciale, qu'elle était pertinente et qu'elle ne pouvait être obtenue d'une autre source. À son avis donc, l'appelante ne pouvait non plus avoir gain de cause à la lumière des critères énoncés par le juge Powell dans l'arrêt *Branzburg v. Hayes*, précité. Il en résulte, à mon avis, que même si cette Cour devait adopter le raisonnement du juge Powell à l'égard de l'immunité relative, la preuve d'une violation possible de l'al. 2*b*), en fonction des faits de l'espèce, n'a pas été établie.

Disposition

In these circumstances I am of the opinion that the Board did not err in law in ordering the appellant to answer the questions posed. This does not mean that I necessarily agree that a journalist is entitled to a qualified privilege when asked to testify about sources of information. The record in this case simply does not justify such a conclusion. Furthermore, the factual basis does not raise for determination the constitutional questions which were posed. There are no facts to support the contention that the gathering of information by the media would be threatened in the absence of *Charter* protection.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: William Henkel, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Centre for Investigative Journalism: Gowling & Henderson, Ottawa.

Dispositif

Vu les circonstances, je suis d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en ordonnant à l'appelante de répondre aux questions posées. Cela ne signifie pas que je reconnais nécessairement à un journaliste, à qui on demande de témoigner au sujet de ses sources d'information, le droit à une immunité relative. En l'espèce, la preuve au dossier ne permet tout simplement pas d'arriver à une telle conclusion. De plus, les éléments de fait n'exigent pas qu'une réponse soit donnée aux questions constitutionnelles formulées. Aucun fait ne permet de prétendre que l'absence de protection par la *Charte* empêcherait les médias de recueillir de l'information.

En définitive, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

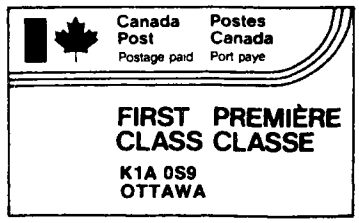
Procureurs de l'appelante: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: William Henkel, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Centre for Investigative Journalism: Gowling & Henderson, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 9, 1989 Vol. 1

and

Tables

9e cahier, 1989 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1989] 1 S.C.R. { i-lxix 1583-1808

Renvoi [1989] 1 R.C.S. { i-lxix 1583-1808

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments xix
Table of Cases Cited xxvii
Statutes and Regulations Cited li
Authors Cited lxi
Index 1785

Belcourt Construction Co. *v.* Roger Marchand Ltée 1593

Contracts — Damages — Tenders — Lowest bidder withdrawing offer after bids opened — Refusal by bidder to enter into a formal contract — Determination of damages.

Bell Canada *v.* Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission) 1722

Administrative law — CRTC jurisdiction — CRTC ordering Bell Canada to grant a one-time credit to its customers — Order to remedy imposition of interim rates approved by CRTC in 1984 and 1985 and found to be excessive in 1986 — Whether CRTC had jurisdiction to make such an order —

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xxiii
Table de la jurisprudence xxvii
Lois et règlements cités lvii
Doctrine citée lxi
Index 1797

Bell Canada *c.* Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) 1722

Droit administratif — Compétence du CRTC — Ordonnance du CRTC enjoignant à Bell Canada d'accorder un crédit forfaitaire à ses abonnés — Ordonnance visant à remédier à l'imposition de taux provisoires approuvés par le CRTC en 1984 et 1985 et jugés excessifs en 1986 — Le CRTC avait-il compétence pour rendre cette ordonnance? — L'ordonnance du CRTC imposant des taux provisoires peut-elle être révisée rétroactivement? — Le pouvoir du CRTC d'imposer des taux «justes et raisonnables» à Bell Canada comporte-t-il la réglementation de ses revenus? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3, art. 335(1), (2), (3), 340(5) — Loi sur les

Suite à la page suivante

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments 0
Table of Cases Cited 000
Statutes and Regulations Cited 000
Authors Cited 000
Index 000

Belcourt Construction Co. *v.* Roger Marchand Ltée 1593

Contracts — Damages — Tenders — Lowest bidder withdrawing offer after bids opened — Refusal by bidder to enter into a formal contract — Determination of damages.

Bell Canada *v.* Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission) 1722

Administrative law — CRTC jurisdiction — CRTC ordering Bell Canada to grant a one-time credit to its customers — Order to remedy imposition of interim rates approved by CRTC in 1984 and 1985 and found to be excessive in 1986 — Whether CRTC had jurisdiction to make such an order —

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes 000
Table des jugements 000
Table de la jurisprudence 000
Lois et règlements cités 000
Doctrine citée 000
Index 000

Bell Canada *c.* Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) 1722

Droit administratif — Compétence du CRTC — Ordonnance du CRTC enjoignant à Bell Canada d'accorder un crédit forfaitaire à ses abonnés — Ordonnance visant à remédier à l'imposition de taux provisoires approuvés par le CRTC en 1984 et 1985 et jugés excessifs en 1986 — Le CRTC avait-il compétence pour rendre cette ordonnance? — L'ordonnance du CRTC imposant des taux provisoires peut-elle être révisée rétroactivement? — Le pouvoir du CRTC d'imposer des taux «justes et raisonnables» à Bell Canada comporte-t-il la réglementation de ses revenus? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3, art. 335(1), (2), (3), 340(5) — Loi sur les

Suite à la page suivante

Whether CRTC's interim rate order may be reviewed in a retrospective manner — Whether CRTC's power to fix "just and reasonable" rates for Bell Canada involves the regulation of its revenues — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 335(1), (2), (3), 340(5) — National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 52, 60, 66, 68(1).

Dupont *v.* Watier **1588**

Courts — Charter of Rights — Legal rights — Independent court.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Independent court — Whether the issuance of a summon by a justice of the peace whose appointment may be revoked at any time by the provincial Minister of Justice violates the right of the accused person under s. 7 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 178 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15.

Pioneer Hi-Bred Ltd. *v.* Canada (Commissioner of Patents) **1623**

Patents — New soybean variety developed by artificial cross-breeding but cultivated by natural means — Description of the new variety insufficient — Patent application denied — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 36(1).

Patents — Appeal to Federal Court — Patent application denied — Powers of Federal Court of Appeal — Whether Federal Court of Appeal may consider aspects of patent application not commented upon by Commissioner of Patents — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 44 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(c).

R. *v.* Conway **1659**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five-year period between charge and commencement of third trial — Whether accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Criminal law — Abuse of process — Crown seeking to try accused for a third time on same murder charge — Five-year period between charge and commencement of third trial — Crown objecting to accused's re-election for a trial before a judge alone — Crown not consenting to accused's plea to manslaughter — Whether a third trial in these circumstances constitutes an abuse of process.

R. *v.* Gagné **1584**

Criminal law — Obstructing a peace officer — Transportation — Peace officer — Special constable — Authority to arrest without warrant.

R. *v.* Heikel **1776**

Criminal law — Wiretap authorization — Application to set aside authorization (*Wilson* application) — Whether a right of appeal exists from a *Wilson* application — Whether *Wilson v. The Queen* correctly decided — Whether Charter of Rights

Continued on next page

transports nationaux, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 52, 60, 66, 68(1).

Compagnie de construction Belcourt Ltée *c.* Roger Marchand Ltée **1593**

Contrats — Dommages — Soumissions — Retrait par le plus bas soumissionnaire de son offre après l'ouverture des soumissions — Refus du soumissionnaire de souscrire à un contrat formel — Détermination des dommages.

Dupont *c.* Watier **1588**

Tribunaux — Charte des droits — Garanties juridiques — Tribunal indépendant.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Tribunal indépendant — La délivrance d'une sommation par un juge de paix dont la nomination peut être révoquée en tout temps par le ministre provincial de la justice viole-t-elle le droit de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., chap. T-16, art. 178 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15.

Pioneer Hi-Bred Ltd. *c.* Canada (Commissaire des brevets) **1623**

Brevets — Nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel mais cultivée par voie naturelle — Description de la nouvelle variété de soya insuffisante — Demande de brevet rejetée — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 36(1).

Brevets — Appel à la Cour d'appel fédérale — Rejet d'une demande de brevets — Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale — La Cour d'appel fédérale peut-elle se prononcer sur un aspect d'une demande de brevet sur lequel le commissaire des brevets n'a émis aucun commentaire? — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 44 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52c).

R. *c.* Conway **1659**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Droit criminel — Abus de procédure — Le ministère public demande la tenue d'un troisième procès sur la même accusation de meurtre — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Opposition du ministère public à un nouveau choix de l'accusé en faveur d'un procès devant un juge seul — Refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable — Un troisième procès dans ces circonstances constitue-t-il un abus de procédure?

Suite à la page suivante

guarantees a right of appeal — Whether continued interception after targets arrested infringing right to privacy and Charter rights against self-incrimination, to retain counsel, and to trial by an independent and impartial tribunal.

R. v. Kalanj **1594**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Pre-charge delay — Whether pre-charge delay relevant to determining if an accused's right to be tried within reasonable time has been infringed — Meaning of the phrase a "person charged with an offence" in s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Appeal to the Supreme Court of Canada — Appeal where acquittal set aside — Court of Appeal vacating trial judge's order quashing an indictment preferred against the accused — Whether accused may appeal to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 618(2)(a) of the Criminal Code.

R. v. LeBlanc **1583**

Criminal law — Trial procedure — Uttering a threat — Charge to the jury — Whether the Court of Appeal erred in determining that the trial judge's charge to the jury was insufficient in law.

R. v. Leduc **1586**

Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Right to retain counsel — Impaired driving — Breath sample — Whether evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. Meltzer **1764**

Criminal law — Wiretap authorization or renewal — Application to set aside renewal (*Wilson* application) to prevent admission of wiretap evidence — Whether a right of appeal exists from a *Wilson* application — Whether *Wilson v. The Queen* correctly decided — Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

R. v. Ouellette **1781**

Criminal law — Wiretap authorizations — Application to set aside authorizations (*Wilson* application) — Whether a right of appeal exists from a *Wilson* application — Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

R. v. Pringle **1645**

Criminal law — Offence of using a firearm while committing an indictable offence — No conviction for underlying indictable offence — Facts established sufficient to prove an indictable offence but charges for that offence not laid — Whether offence requires conviction for the underlying indictable offence or whether it requires only proof of facts sufficient to ground an indictable offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1)(a).

Criminal law — *Kienapple* principle — Conviction precluding convictions for lesser and included offences from being entered

Continued on next page

R. c. Gagné **1584**

Droit criminel — Entrave à un agent de la paix — Transports — Agent de la paix — Constable spécial — Pouvoir d'arrestation sans mandat.

R. c. Heikel **1776**

Droit criminel — Autorisation d'écoute électronique — Demande d'annulation de l'autorisation (demande de type *Wilson*) — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type *Wilson*? — L'arrêt *Wilson c. la Reine* est-il bien fondé? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel? — La continuation de l'interception après l'arrestation des personnes visées viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée et les droits garantis par la Charte à la protection contre l'auto-incrimination, à l'assistance d'un avocat et à un procès devant un tribunal indépendant et impartial?

R. c. Kalanj **1594**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès tenu dans un délai raisonnable — Délai antérieur à l'accusation — Pertinence ou non du délai antérieur à l'accusation pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Sens du mot «inculpé» figurant à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit criminel — Pourvoi à la Cour suprême du Canada — Pourvoi contre un appel qui a annulé un acquittement — Ordonnance du juge du procès annulant l'acte d'accusation porté contre les accusés écartée par la Cour d'appel — Les accusés peuvent-ils se pourvoir devant la Cour suprême du Canada conformément à l'art. 618(2)a) du Code criminel?

R. c. LeBlanc **1583**

Droit criminel — Procédure au procès — Proférer des menaces — Exposé au jury — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que l'exposé du juge du procès au jury était insuffisant en droit?

R. c. Leduc **1586**

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Échantillon d'haleine — La preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. c. Meltzer **1764**

Droit criminel — Autorisation ou renouvellement d'autorisation d'écoute électronique — Demande d'annulation d'un renouvellement (demande de type *Wilson*) afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type *Wilson*? — L'arrêt *Wilson c. La Reine* est-il bien fondé? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

R. c. Ouellette **1781**

Droit criminel — Autorisations d'écoute électronique — Demande d'annulation des autorisations (demande de type

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

— Conviction overturned on appeal but convictions for lesser and included offences not entered — Whether Court of Appeal erred in not entering convictions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 84(1), 85.

Jurisdiction — Supreme Court of Canada — No appeal to Supreme Court from judgment or order made in exercise of judicial discretion — Whether Supreme Court precluded from remitting matter of entering conviction to trial judge for determination — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 44 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623.

R. *v.* Lavigne **1591**

Criminal law — Justice of the Peace — Jurisdiction — Independence and impartiality — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 455 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Justice of the Peace.

Service d'optique Élite Ltée *v.* Ordre des optométristes du Québec **1585**

Law of professions — Optometrist — Summary convictions — Denial of justice.

SOMMAIRE (Fin)

Wilson) — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type *Wilson*? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

R. *c.* Pringle **1645**

Droit criminel — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Pas de déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent — Faits établis suffisants pour prouver un acte criminel mais aucune accusation relativement à cet acte — La déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent est-elle une condition préalable de l'infraction ou la preuve de faits suffisants pour fonder un acte criminel est-elle suffisante? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1)a).

Droit criminel — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Déclaration de culpabilité empêchant l'inscription de déclarations de culpabilité relativement à des infractions moindres et comprises — Annulation de la déclaration de culpabilité en appel mais non-inscription de déclarations de culpabilité relativement aux infractions moindres et comprises — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en n'inscrivant pas de déclarations de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 84(1), 85.

Compétence — Cour suprême du Canada — Aucun appel à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire — La Cour suprême peut-elle renvoyer l'affaire relative à l'inscription de la déclaration de culpabilité au juge du procès pour décision? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 44 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623.

R. *c.* Lavigne **1591**

Droit criminel — Juge de paix — Juridiction — Indépendance et impartialité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 455 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Juge de paix.

Service d'optique Élite Ltée *c.* Ordre des optométristes du Québec **1585**

Droit des professions — Optométriste — Poursuites sommaires — Déni de justice.



1989 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.
Registrar of the Court

Deputy Registrar &
Chief Law Editor
Anne Roland, LL.L.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secretaries
Carole Loiselle
Denise Jackson

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour

Registraire adjoint &
Arrêtiste en chef
Anne Roland, LL.L.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secrétaires
Carole Loiselle
Denise Jackson

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1989

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

On the 15th day of February 1989, the Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 1st day of February 1989, the Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER, a Judge of the Quebec Court of Appeal, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 1st day of February 1989, the Honourable PETER DECARTERET CORY, a Judge of the Ontario Court of Appeal, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 30th day of March 1989, the Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 15 février 1989.

Le 1er février 1989, l'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER, juge à la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

Le 1er février 1989, l'honorable PETER DECARTERET CORY, juge à la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

Le 30 mars 1989, l'honorable BEVERLEY MCLACHLIN, juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a été nommée juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1982] 1 S.C.R. p. 48, line *i*-3 of the French version. Read "même si on a exprimé le désir" instead of "même si on a supprimé le désir".

[1986] 2 S.C.R. p. 539, line *e*-1 of the English version. Read "separate action" instead of "separation action".

[1987] 1 S.C.R. p. 349, line *h*-4 of the French version. Read "instruments internationaux que le Canada a ratifiés" instead of "instruments internationaux que le Canada a ratifié".

[1989] 1 S.C.R. p. 30, line *b*-4 of the French version. Read "la *Criminal Evidence Act 1898*" instead of "l'*Acte de la preuve en Canada, 1898*".

[1989] 1 S.C.R. pp. 377-421. The running head should read in French "C.É.P.G.M." instead of "C.É.P.S.M."

[1989] 1 S.C.R. p. 422, line *e*-4 of the English and French versions. Read "Patrick Healy" instead of "Robert Healy".

[1989] 1 S.C.R. p. 714, line *b*-5 of the French version. Read "Maurice Tancelin" instead of "Maurice Tangelin".

[1989] 1 S.C.R. p. 981, line *d*-4 of the French version. Read "(Nous soulignons.)" instead of "(Je souligne.)"

[1989] 1 S.C.R. p. 1317, line *j*-5 of the English version. Read "Re B.C. Motor Vehicle Act" instead of "Re B.C. Motor Vehicles Act".

[1989] 1 S.C.R. p. 1535, line *a*-1 of the English and French versions. Read "Employment Law in Canada" instead of "Employment in Canada".

[1982] 1 R.C.S. p. 48, ligne *i*-3 de la version française. Lire «même si on a exprimé le désir» au lieu de «même si on a supprimé le désir».

[1986] 2 R.C.S. p. 539, ligne *e*-1 de la version anglaise. Lire «separate action» au lieu de «separation action».

[1987] 1 R.C.S. p. 349, ligne *h*-4 de la version française. Lire «instruments internationaux que le Canada a ratifiés» au lieu de «instruments internationaux que le Canada a ratifié».

[1989] 1 R.C.S. p. 30, ligne *b*-4 de la version française. Lire «la *Criminal Evidence Act 1898*» au lieu de «l'*Acte de la preuve en Canada, 1898*».

[1989] 1 R.C.S. pp. 377 à 421. Titre courant français: lire «C.É.P.G.M.» au lieu de «C.É.P.S.M.»

[1989] 1 R.C.S. p. 422, ligne *e*-4 des versions anglaise et française. Lire «Patrick Healy» au lieu de «Robert Healy».

[1989] 1 R.C.S. p. 714, ligne *b*-5 de la version française. Lire «Maurice Tancelin» au lieu de «Maurice Tangelin».

[1989] 1 R.C.S. p. 981, ligne *d*-4 de la version française. Lire «(Nous soulignons.)» au lieu de «(Je souligne.)»

[1989] 1 R.C.S. p. 1317, ligne *j*-5 de la version anglaise. Lire «Re B.C. Motor Vehicle Act» au lieu de «Re B.C. Motor Vehicles Act».

[1989] 1 R.C.S. p. 1535, ligne *a*-1 des versions anglaise et française. Lire «Employment Law in Canada» au lieu de «Employment in Canada».

MOTIONS—REQUÊTES

Air Canada v. American Airlines, Inc. (F.C.A.)(Ont.), 21275, leave to appeal granted, 23.1.89, autorisation de pourvoi accordée.

Alberta Mortgage and Housing Corporation v. Royal Bank of Canada (Alta.), 21132, leave to appeal refused with costs, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Alberta Power Ltd. v. Didow (Alta.), 21199, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ali c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21356, leave to appeal refused, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée.

Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine (C.A.F.)(Qué.), 21393, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Almont Construction Ltd. v. First City Realty Ltd. (Ont.), 21227, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal (F.C.A.)(Ont.), 21366, leave to appeal granted, 22.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

American Home Assurance Co. v. Nichols (Ont.), 21438, leave to appeal granted, 22.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Andrew v. Farmstart (Sask.), 21332, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Andrews v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21034, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Arama c. Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec (Qué.), 21142, leave to appeal refused with costs, 2.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Arkell v. The Queen (Crim.)(B.C.), 21076, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Ashby v. The Queen in right of British Columbia (Crim.)(B.C.), 21318, leave to appeal refused, 17.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Ataman c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21408, leave to appeal refused, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Attorney General of Canada v. Druken (F.C.A.)(Ont.), 21192, leave to appeal refused with costs, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Attorney General of Newfoundland v. Plaza Holdings Ltd. (Nfld.), 21183, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Badger v. Attorney General of Canada (Man.), 21267, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bailey v. The Queen (N.S.), 21317, notice of discontinuance filed, 10.3.89, avis de désistement produit.

Baltic Shipping Co. v. Kruger Inc. (F.C.A.), 21465, notice of discontinuance filed, 23.6.89, avis de désistement produit.

Bank of Montreal v. Municipality of the County of Cape Breton (N.S.), 21381, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Banque Nationale du Canada c. Tardi (Qué.), 21177, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Bédard c. Ville de Québec (Qué.), 21240, leave to appeal refused with costs, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Beeco Invest K/S c. The Queen in right of Canada (C.A.F.)(Qué.), 21307, leave to appeal refused with costs, 27.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Belliard v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21456, leave to appeal refused, 12.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Bernard v. Dartmouth Housing Authority (N.S.), 21189, leave to appeal refused, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Bernstein c. La Reine (Qué.), 21411, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Bevark Holdings Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners (Ont.), 21299, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Biega c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21403, leave to appeal refused, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Birch v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21326, leave to appeal refused, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Bloomer v. Ratych (Ont.), 21152, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Board of Education of the Indian Head School Division No. 19 of Saskatchewan v. Knight (Sask.), 21040, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Boulet c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21328, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Bourdelais c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21300, leave to appeal refused, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Bourque c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21121, leave to appeal refused, 20.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Boyer v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21194, leave to appeal refused, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council (B.C.), 21280, notice of discontinuance filed, 12.1.89, avis de désistement produit.

Buchanan v. The Queen (Crim.)(N.S.), 21404, leave to appeal refused, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée.

C. C. R. Fishing v. British Reserve Insurance Co. (B.C.), 21362, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

CNCP Telecommunications v. Telecommunications Workers' Union (F.C.A.)(Ont.), 21250, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

CTV Television Network Ltd. v. Federal Liberal Agency of Canada (F.C.A.)(Ont.), 21310, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cabre Exploration Ltd. v. Arndt (Alta.), 21123, leave to appeal refused with costs, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cain v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20866, leave to appeal refused, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Caisse populaire St-Claude c. 116807 Canada Ltée (Qué.), 20921, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Caisse populaire St-Claude c. 116807 Canada Ltée (Qué.), 20921, notice of discontinuance filed, 16.5.89, avis de désistement produit.

Call-Net Telecommunications Ltd. v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (F.C.A.)(Ont.), 21261, leave to appeal refused with costs, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Campbell v. Town of Swan River (Crim.)(Man.), 21241, leave to appeal refused with costs, 17.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canada-York Developments v. 519566 Ontario Ltd. (Ont.), 21229, leave to appeal refused with costs, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corporation v. Federal Liberal Agency of Canada (F.C.A.)(Ont.), 21314, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers v. Knight (N.B.), 21354, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co. (Qué.), 21265, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Canadian Indemnity Co. v. Canadian Linen Supply Co. (Alta.), 21260, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian National Railway Co. v. Pasco (B.C.), 21420, leave to appeal granted, 22.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Canning v. Family & Children's Services of Cumberland County (N.S.), 21212, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Carriere v. The Queen in right of Manitoba (Crim.)(Man.), 21263, leave to appeal refused, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Cayer v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21141, leave to appeal refused, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Champagne c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21358, leave to appeal refused, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Chassé c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21297, leave to appeal refused, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Chaulk v. The Queen (Crim.)(Man.), 21012, leave to appeal granted, 13.3.89, autorisation de pourvoi accordée.

Chisan v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21246, leave to appeal refused, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Chubb Jr. v. Paquette (Ont.), 21195, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Church of Scientology of Toronto v. Attorney General for Ontario (Crim.)(Ont.), 21274, leave to appeal refused, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Ciment Indépendant Inc. c. Communauté Urbaine de Montréal (Qué.), 21180, leave to appeal refused with costs, 12.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Colagiacomo c. Blandino (Qué.), 21311, leave to appeal refused with costs, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Caron (C.A.F.)(Qué.), 21188, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Tétrault-Gadoury (C.A.F.)(Qué.), 21222, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Commission scolaire Jérôme-Le Royer c. Ville d'Anjou (Qué.), 21193, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Communauté urbaine de Montréal c. MacDougall (Qué.), 21170, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Compagnie Montréal Trust c. Moore (Qué.), 21221, leave to appeal refused (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente/L'Heureux-Dubé J. dissenting), 24.1.89, autorisation de pourvoi refusée.

Conseil du patronat du Québec Inc. c. Procureur général de la province de Québec (Qué.), 21097, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Construction JRL Ltée c. Berlinguette (Qué.), 21159, leave to appeal refused with costs, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cormie v. Code (Alta.), 21103, leave to appeal refused with costs, 2.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cormie v. Code (Alta.), 21348, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Corporation of the City of Toronto v. Morencie (Ont.), 21207, leave to appeal refused with costs, 17.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coulter v. The Queen (Crim.)(B.C.), 21343, leave to appeal refused, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Council of the College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan v. Misra (Crim.)(Sask.), 21140, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Cousineau c. Petipas (Qué.), 21150, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

D'Amours c. La Reine (Crim.)(Qué.), 20860, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Dantex Woolen Co. Inc. v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(Ont.), 21426, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dawson v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21194, leave to appeal refused, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

De Savoye v. Morguard Investments Ltd. (B.C.), 21116, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Director of Soldier Settlement v. King (Alta.), 21186, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Dixon v. The Queen (Crim.)(B.C.), 21402, leave to appeal refused, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Dodis v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21158, leave to appeal refused, 20.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Dorion c. Roberge (Qué.), 20943, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Drolet c. Trust Général du Canada (Qué.), 21486, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dumont v. Attorney General of Canada (Man.), 21063, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Eastern Provincial Airways Master Executive Council v. Pacific Western Airlines Master Executive Council (N.S.), 21433, leave to appeal refused with costs, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Economic Development Committee of the Regional Municipality of Hamilton-Wentworth v. Southam Inc. (Ont.), 21289, leave to appeal refused with costs, 12.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ellis v. Manufacturers Life Insurance Co. (B.C.), 21126, leave to appeal refused with costs, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Evans v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 21218, leave to appeal refused with costs, 23.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Farm Credit Corporation v. Dunwoody Ltd. (Alta.), 21018, leave to appeal refused with costs, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Farrell v. Snell (N.B.), 20873, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Favel v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21257, leave to appeal refused, 17.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Ferreira v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21259, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Forest Products Terminal Corporation Ltd. v. Province of New Brunswick (N.B.), 21225, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fraser v. Board of School Trustees of School District No. 72 (Campbell River) (B.C.), 21279, leave to appeal refused with costs, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Frenette v. Audet (N.B.), 21196, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gagnon v. The Queen (Crim.)(Man.), 21025, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Garofoli v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21099, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Gazdeczka v. Sinclair (B.C.), 21216, leave to appeal refused with costs, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

General Accident Assurance Co. of Canada v. Uzun (Ont.), 21363, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

General Accident Insurance c. Lumbermens Mutual Casualty Co. (Qué.), 21113, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

General Insurance Corporation of New Brunswick v. Dore (N.B.), 21313, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gill v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 20489, leave to appeal refused, 12.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Gochanour v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21472, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Graham c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21353, leave to appeal refused, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Granby (Ville de) c. Moriarty (Qué.), 21176, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Groupe Estrie-Richelieu c. Caisse populaire des Deux Rives (Qué.), 21205, leave to appeal granted, 6.8.89, autorisation de pourvoi accordée.

Groves v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 21000, 21002, leave to appeal refused, 27.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Gruenke v. The Queen (Crim.)(Man.), 21410, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Hamilton v. Boe (B.C.), 21269, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Harkema Express Lines Ltd. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21204, leave to appeal refused, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Haugen v. Williams (Sask.), 21361, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hickman v. MacKeigan (N.S.), 21315, leave to appeal granted, 23.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Hogan v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Ont.), 21417, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hôtel Plaza de la Chaudière c. Brière (Qué.), 21173, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hui v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21325, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Immeubles Port Louis Ltée c. Corporation municipale du village Lafontaine (Qué.), 20942, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

J. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21164, leave to appeal refused, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

J. D. v. Minister of Community Services (N.S.), 21394, leave to appeal refused, 19.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Jackson v. Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc. (Qué.), 21143, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jacob c. Régie des permis d'alcool du Québec (Qué.), 21120, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Johar v. Minister of Employment and Immigration (Ont.), 18470, notice of discontinuance filed, 17.4.89, avis de désistement produit.

Johnson v. The Queen (Crim.)(N.S.), 21330, leave to appeal refused, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Johnston (Dwayne Archie) v. The Queen (Crim.)(Man.), 21200, leave to appeal refused, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Johnston (Franklyn Robert) v. Law Society of Prince Edward Island (P.E.I.), 21340, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Joly c. Huard (Qué.), 21463, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kapoor v. Grant (Sask.), 21128, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kehler v. Myles (Alta.), 21364, leave to appeal refused with costs, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Khoury v. Delmas (N.B.), 21292, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Kibale v. Transports Canada (F.C.A.)(Ont), 21290, leave to appeal refused with costs, 27.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kindler c. Crosbie (C.A.F.)(Qué.), 21321, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Knox Contracting Ltd. v. The Queen (Crim.)(N.B.), 21271, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Kutilin v. Auerbach (B.C.), 21359, leave to appeal refused with costs, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lachance v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21197, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lacroix v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21272, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Lambert c. Ville de Longueuil (Qué.), 21151, leave to appeal granted, 15.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Langevin c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21460, leave to appeal refused, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Lapointe c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, loge 2309 (C.A.F.)(Qué.), 21231, leave to appeal refused, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

LaSalle (ville de) c. Thomas-Abraham (Qué.), 21226, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Laval (ville de) c. Lapointe (Qué.), 21036, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Laval (ville de) c. Lapointe (Qué.), 21036, notice of discontinuance filed, 11.4.89, avis de désistement produit.

Lavallée c. Bérubé (Qué.), 21453, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Laverdure c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21355, leave to appeal refused, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Lavigne (Claude Gilles) c. La Reine (Crim.)(Qué.), 20983, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lavigne (Francis Edmund Mervyn) v. Ontario Public Service Employees Union (Ont.), 21378, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lawson (D. Malcolm) v. General Motors Acceptance Corporation of Canada Ltd. (N.B.), 21156, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lawson (Ray) c. Laferrière (Qué.), 21334, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lecorbu Holdings Ltd. v. Lapointe (Qué.), 21031, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lee (Eric Foulds) v. Burdeny (B.C.), 21296, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lefebvre c. Gauthier (Qué.), 21481, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Legree v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21234, leave to appeal refused, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Lukovich v. Clarkson (Ont.), 21174, leave to appeal refused, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Orion Insurance Co. (Qué.), 21111, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Luxton v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21252, leave to appeal granted, 20.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Lyster Management Ltd. c. Vasire Capital Inc. (Qué.), 21367, leave to appeal refused with costs, 6.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

MacLean v. Attorney General of British Columbia (Crim.)(B.C.), 21286, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

MacMillan v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Ont.), 21412, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Maksymetz v. Plamondon (Man.), 21155, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Marshall v. MacKeigan (N.S.), 21351, leave to appeal granted, 23.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Marshall v. The Queen in right of Nova Scotia (N.S.), 21198, leave to appeal granted, 23.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Martin c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21213, leave to appeal refused, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Matusek c. Laveau (Qué.), 21387, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

McPherson v. Institute of Chartered Accountants of British Columbia (B.C.), 21276, leave to appeal refused with costs, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Métivier c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21446, 21447, leave to appeal refused, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Metropolitan Board of Commissioners of Police v. Ontario Municipal Employees Retirement Board (Ont.), 21388, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc. (B.C.), 21425, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Ministre des transports de la province du Nouveau-Brunswick c. Martineau (N.-B.), 21374, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mittal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 20467, leave to appeal refused, 20.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

Moffat v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21248, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Mohammad v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 21349, leave to appeal refused, 27.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Monsanto Canada Inc. v. Minister of Agriculture (F.C.A.)(Ont.), 21333, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Moore-Stewart v. Law Society of British Columbia (B.C.), 21247, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morand c. Marx (Qué.), 21100, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morin c. Barreau du Québec (Qué.), 21236, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morrissette v. The Queen (Crim.)(Man.), 21035, leave to appeal granted, 13.3.89, autorisation de pourvoi accordée.

Morrissey v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 21287, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morrow v. Kennedy (Crim.)(B.C.), 21083, leave to appeal refused, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée.

Multiform Manufacturing Co. v. La Reine (Crim.)(Qué.), 21056, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Murphy (Russell) c. 110392 Canada Ltée (Qué.), 21181, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Murphy (Thomas P.) v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 21312, leave to appeal refused, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée.

Mustafic v. Smith (Man.), 21219, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nabisco Brands Ltd. v. Regional Assessment Commissioner Region No. 15 (Ont.), 20914, leave to appeal refused with costs, 2.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nadeau c. Nadeau (Qué.), 21178, leave to appeal refused with costs, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

National Dental Examining Board of Canada v. Ontario Human Rights Commission (Ont.), 21185, leave to appeal granted, 15.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

National Trust Co. v. Mead (Sask.), 21157, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Nault c. La Reine (Qué.), 21285, notice of discontinuance filed, 24.2.89, avis de désistement produit.

Nelson v. The Queen (Crim.)(N.S.), 21187, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Neveu c. Héritiers de feu Gaston Côté (Qué.), 21414, leave to appeal refused with costs (le juge Lamer est dissident/Lamer J. dissenting), 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Newfoundland Teachers' Association v. The Queen in right of Newfoundland (Nfld.), 21206, leave to appeal refused with costs, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nipawin and District Satellite T.V. Inc. v. The Queen (Sask.), 20948, leave to appeal granted (on the main issue only/sur la question principale seulement), 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Norton v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21346, leave to appeal refused, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Olenski c. McGill University (Qué.), 21278, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co. (Ont.), 21397, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Orion Insurance Co. c. Lumbermens Mutual Casualty Co. (Qué.), 21112, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Otsuka Pharmaceutical Co. v. Torcan Chemical Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 21075, leave to appeal refused with costs, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Panzera c. Simcoe & Érié Compagnie d'assurance (Qué.), 21341, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Parravano v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20879, leave to appeal refused, 23.1.89, autorisation de pourvoi refusée.

Paul v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21255, leave to appeal refused, 13.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Peltier v. United States of America (F.C.A.)(Crim.)(B.C.), 21409, leave to appeal refused, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Pilon v. Pilon (Ont.), 21235, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Preferred Contract Properties Inc. v. Tessler (B.C.), 21244, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pressey v. United States of America (Ont.), 21077, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Prevost v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21039, leave to appeal refused, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée.

Procureur général du Canada c. Zito (Crim.)(Qué.), 21078, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Procureur général du Québec c. Publications Photo-Police Incorporé (Crim.)(Qué.), 21046, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Professional Institute of the Public Service of Canada v. Commissioner of the Northwest Territories (N.W.T.), 21230, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Protective Plastics Ltd. c. Donohue St-Felicien Inc. (Qué.), 21253, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Public Service Commission v. Barnhart (F.C.A.)(Ont.), 21203, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Public Service Commission v. Millar (F.C.A.)(Ont.), 21201, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Public Service Commission v. Osborne (F.C.A.)(Ont.), 21202, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Punzo v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21223, leave to appeal refused, 23.1.89, autorisation de pourvoi refusée.

Quintal v. Datta (Sask.), 21224, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Quo Facta Legal Services v. Law Society of Upper Canada (Ont.), 21214, leave to appeal refused with costs, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Chatten (Crim.)(Ont.), 21023, leave to appeal refused, 20.2.89, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Ilczyszyn (Crim.)(Ont.), 21305, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Iron (Sask.), 20290, notice of discontinuance filed, 25.5.89, avis de désistement produit.

R. v. Keegstra (Crim.)(Alta.), 21118, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. c. Landry (Crim.)(Qué.), 21217, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Martineau (Crim.)(Alta.), 21122, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Nova, an Alberta Corporation (F.C.A.)(B.C.), 21184, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Rodney (Crim.)(B.C.), 21284, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Stensrud (Crim.)(Sask.), 21131, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Ward (N.B.), 21327, leave to appeal refused, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

R. in right of British Columbia v. Pasco (B.C.), 21452, leave to appeal granted, 22.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Ratti v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21146, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Rheaume c. Beaulieu (Qué.), 21251, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rimmer v. The Queen (Man.), 21125, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ringrose v. Noxzema Incorporated (Alta.), 21399, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Robichaud v. Savoy (N.B.), 21215, leave to appeal refused with costs, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Robinson v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21301, leave to appeal refused (Lamer and Sopinka JJ. dissenting/les juges Lamer et Sopinka sont dissidents), 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Rogers v. The Queen (Crim.)(B.C.), 21220, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Romeo v. The Queen (Crim.)(N.B.), 21380, leave to appeal granted, 15.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Roper v. Sovereign General Insurance Co. (Alta.), 21139, leave to appeal refused with costs, 17.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rothbart v. Chitel (Ont.), 21165, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Royal College of Dental Surgeons of Ontario v. Rocket (Ont.), 21019, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Rudner c. Weber (Qué.), 21422, leave to appeal refused with costs, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ruf v. Walter (Man.), 21432, leave to appeal refused with costs, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Saint-Jacques c. La Reine (N.-B.), 21462, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Saint-Laurent (ville de) c. Conseil scolaire de l'Île de Montréal (Qué.), 21298, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sanderson v. Betts (B.C.), 21209, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sandwell Co. c. Protective Plastics Ltd. (Qué.), 21254, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sanguinet Express Inc. c. Gerling Global (Qué.), 21424, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Saskatchewan Human Rights Commission v. Engineering Students' Society, University of Saskatchewan (Sask.), 21389, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Saskatchewan Power Corporation v. Doe (Sask.), 21148, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Scarff v. Wilson (B.C.), 21329, leave to appeal granted, 13.4.89, autorisation de pourvoi accordée.

Schmautz v. The Queen (Crim.)(B.C.), 20904, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Scott v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21400, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Sears Canada Inc. v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 21357, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sebo v. The Queen (Crim.)(Alta.), 21124, leave to appeal refused, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée.

Service de limousine Murray Hill Ltée c. G. T. V. Limousine Inc. (Qué.), 21108, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd. (Alta.), 21431, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shinkaruk v. Canadian Imperial Bank of Commerce (Sask.), 21071, leave to appeal refused with costs, 19.1.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shinkaruk v. New Community Savings & Credit Union Ltd. (Sask.), 21379, leave to appeal refused with costs, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ship "Lake Winnipeg" c. Sunrise Co. (C.A.F.)(Qué.), 21288, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Shupe v. The Queen (Crim.)(Alta.), 20920, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Simard c. Donohue Inc. (Qué.), 21163, leave to appeal refused with costs, 16.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sit v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21369, leave to appeal granted, 29.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Smith (Melvin Kenneth) v. Minister of Community Services of Nova Scotia (N.S.), 21442, leave to appeal refused, 22.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Société canadienne du cancer c. Impérial Tobacco Ltée (Qué.), 21377, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Société canadienne du cancer c. RJR-MacDonald Inc. (Qué.), 21376, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sparwood (District of) v. Craig's Construction (Pincher Creek) Ltd. (B.C.), 21208, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Speid v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21135, leave to appeal refused, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

St. Lawrence Starch Co. v. Canadian Import Tribunal (F.C.A.)(Ont.), 21368, leave to appeal granted, 22.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

St. Margaret's Bayshore Inn Ltd. v. The Queen (N.S.), 21322, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Stewart v. The Queen (N.B.), 20573, notice of discontinuance filed, 17.4.89, avis de désistement produit.

Su v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21390, leave to appeal refused, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Sullivan v. Regina (Crim.)(B.C.), 21080, leave to appeal granted, 23.1.89, autorisation de pourvoi accordée.

Sunrise Co. c. Ship 'Lake Winnipeg' (C.A.F.)(Qué.), 21264, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Szabo c. Kin Sang (Qué.), 21211, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Szabo c. La Reine (Crim.)(Qué.), 20949, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Szabo c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21210, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Tadman v. Seaboard Life Insurance Co. (Alta.), 21405, leave to appeal refused, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Taganyi c. Entreprises Tisserand Inc. (Qué.), 21421, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tardi v. Banque nationale du Canada (Qué.), 21190, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Taylor v. The Queen (Crim.)(Ont.), 21232, leave to appeal refused, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée.

Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 21352, leave to appeal refused, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Thibaudeau c. Comtois (Qué.), 21473, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Thibodeau c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (Qué.), 21268, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Thompson v. Pre-Bilt Structures Ltd. (P.E.I.), 21339, leave to appeal refused, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Tordion c. Compagnie d'assurance du Home Canadien (Qué.), 21308, leave to appeal refused with costs (le juge L'Heureux-Dubé dissidente/L'Heureux-Dubé J. dissenting), 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Toth v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 21270, leave to appeal refused, 27.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Tremblay c. Procureur général de la province de Québec (Qué.), 21283, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Trojan v. Canadian Imperial Bank of Commerce (Man.), 21179, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Trudeau c. La Reine (Crim.)(Qué.), 21273, leave to appeal refused, 15.6.89, autorisation de pourvoi refusée.

Tsai v. Canadian Human Rights Commission (F.C.A.)(Ont.), 21347, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Turigan v. The Queen in right of Alberta (Crim.)(Alta.), 21243, leave to appeal refused with costs, 1.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry in the United States and Canada, Local 740 v. W. W. Lester (1978) Ltd. (Nfld.), 21239, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 213 v. Clark (N.B.), 21162, leave to appeal refused with costs, 9.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

United States of America v. McVey II (Crim.)(B.C.), 21331, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co. (B.C.), 21360, leave to appeal refused with costs, 4.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vins Geloso Inc. c. Établissements Skalli (Qué.), 21440, leave to appeal refused with costs, 12.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

W. W. Construction (Lethbridge) Ltd. v. Red Deer College (Alta.), 21419, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wasagamack Band v. Bouteiller (Man.), 21282, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wascana Hospital v. Saskatchewan Government Employees Union (Sask.), 21037, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Weenies Inc. v. 364558 Ontario Ltd. (Ont.), 21291, leave to appeal refused with costs, 2.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wells v. McBrine (B.C.), 21309, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

West Island Teachers Association c. Nantel (Qué.), 21154, leave to appeal refused with costs, 23.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Westbury, Compagnie d'assurance-vie c. Ferland (Qué.), 21485, leave to appeal refused with costs, 29.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Westeel-Rosco Ltd./Westeel-Rosco Ltée v. Kerrybrooke Development Ltd./La Société Immobilière Kerrybrooke Ltée (Sask.), 21228, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

Western Allenbee Oil & Gas Co. c. Turenne (Qué.), 21086, leave to appeal refused with costs, 2.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Whitbread v. Walley (B.C.), 21094, leave to appeal granted, 2.2.89, autorisation de pourvoi accordée.

Wiggins v. The Queen (Crim.)(B.C.), 20993, leave to appeal granted, 8.6.89, autorisation de pourvoi accordée.

William Clare Plumbing & Heating Ltd. v. Timbro Developments Ltd. (Ont.), 21074, leave to appeal refused with costs, 2.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Willis v. The Queen (Crim.)(N.S.), 21133, leave to appeal refused, 16.3.89, autorisation de pourvoi refusée.

Wilson v. Doane Raymond Ltd. (Alta.), 21093, leave to appeal refused with costs, 8.6.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Winkler v. Winkler (Man.), 21191, leave to appeal refused with costs, 9.3.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Winterhaven Stables Ltd. v. Attorney General of Canada (Alta.), 21262, leave to appeal refused with costs, 13.4.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Workers' Compensation Commission of Newfoundland & Labrador v. Erco, a division of Texaco Canada Inc. (Nfld.), 21384, leave to appeal refused with costs, 18.5.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Zaharia v. Attorney General for Ontario (Crim.)(Ont.), 21303, leave to appeal refused, 20.4.89, autorisation de pourvoi refusée.

Zebroski v. Jehovah's Witnesses (Alta.), 21175, leave to appeal refused with costs, 23.2.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

Adams, R. v. ... 1391
Air Canada v. British Columbia ... 1161
Air Canada v. McDonnell Douglas Corp. ... 1554
Alberta (Labour Relations Board), Moysa v. ... 1572
Alberta Securities Commission, Brosseau v. ... 301
American Airlines Inc. v. Canada (Competition Tribunal) ... 236
Amway Corp., R. v. ... 21
Andrews v. Law Society of British Columbia ... 143
Arthur D. Little Inc. v. Coopers & Lybrand ... 293
Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

B. (B.) v. Child and Family Services ... 291
Bayard, R. v. ... 425
Beauport (City), Laurentide Motels Ltd. v. ... 705
Belcourt Construction Co. v. Roger Marchand Ltée ... 1593
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) ... 1722
Belmoral Mines Ltée, Quebec (Attorney General) v. ... 422
Black v. Law Society of Alberta ... 591
Borowski v. Canada (Attorney General) ... 342
British Columbia, Air Canada v. ... 1161
British Columbia, Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. ... 1133
Brooks v. Canada Safeway Ltd. ... 1219
Brosseau v. Alberta Securities Commission ... 301
Brown, YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. ... 1532

C

Canada (Attorney General), Borowski v. ... 342
Canada (Canada Employment and Immigration Commission), Granger v. ... 141
Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), Bell Canada v. ... 1722
Canada (Commissioner of Patents), Pioneer Hi-Bred Ltd. v. ... 1623
Canada (Competition Tribunal), American Airlines Inc. v. ... 236
Canada, Dick v. ... 322
Canada (Minister of Employment and Immigration), Prassad v. ... 560
Canada, Roberts v. ... 322
Canada Safeway Ltd., Brooks v. ... 1219
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia ... 1133
Chaulk, R. v. (Application) ... 369
Child and Family Services, B. (B.) v. ... 291
City National Leasing, General Motors of Canada Ltd. v. ... 641
Cohnstaedt v. University of Regina ... 1011
Commission see also "Canada" or the name of province
Conway, R. v. ... 1659
Coopers & Lybrand, Arthur D. Little Inc. v. ... 293
Cotroni, United States of America v. ... 1469

D

Davidson, Slaight Communications Inc. v. ... 1038
Dick v. Canada ... 322
Duguay, R. v. ... 93
Dupont v. Watier ... 1588

E

El Zein, United States of America v. ... 1469
Elias, R. v. ... 423
Elsom v. Elsom ... 1367

PAGE

G

Gagné, R. v. ... 1584
Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole) ... 859
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing ... 641
Genest, R. v. ... 59
Gill, R. v. ... 295
Granger v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission) ... 141
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General) ... 377

H

Hayes, R. v. ... 44
Hébert, R. v. ... 233
Heikel, R. v. ... 1776
Howard, R. v. ... 1337
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. 426

I

Insurance Corporation of British Columbia, Vorvis v. ... 1085
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) ... 927

J

Janzen v. Platy Enterprises Ltd. ... 1252

K

Kalanj, R. v. ... 1594

L

Lamb, R. v. ... 1036
Lambretta, R. v. ... 1391
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) ... 705
Lavigne, R. v. ... 1591
Law Society of Alberta, Black v. ... 591

PAGE

Law Society of British Columbia, Andrews v. ... 143
Lebel v. Winzen Land Corp. ... 918
LeBlanc, R. v. ... 1583
Leclair, R. v. ... 3
Leduc, R. v. ... 1586

M

Maurice v. Priel ... 1023
McDonnell Douglas Corp., Air Canada v. ... 1554
McGinn R. v. ... 1035
Meltzer, R. v. ... 1764
Minister see also "Canada" or the name of province
Mohl, R. v. ... 1389
Morrissette (Application), R. v. ... 369
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board) ... 1572

O

Office see also "Canada" or the name of province
Olson, R. v. ... 296
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd. ... 206
Ordre des optométristes du Québec, Service d'optique élite Ltée v. ... 1585
Ouellette, R. v. ... 1781

P

Pembina Exploration Canada Ltd., Ontario (Attorney General) v. ... 206
Pion, R. v. ... 1594
Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) ... 1623
Platy Enterprises Ltd., Janzen v. ... 1252
Potvin, R. v. ... 525
Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ... 560
Priel, Maurice v. ... 1023
Pringle, R. v. ... 1645
Protestant School Board of Greater Montreal v. Quebec (Attorney General) ... 377

PAGE

Q

Quebec (Attorney General) v. Belmoral Mines Ltée ... 422
Quebec (Attorney General), Greater Montreal Protestant School Board v. ... 377
Quebec (Attorney General), Irwin Toy Ltd. v. ... 927
Quebec (Attorney General), Protestant School Board of Greater Montreal v. ... 377
Quebec (Commission de protection du territoire agricole), Gauthier v. ... 859
Quebec (Commission de protection du territoire agricole), Veilleux v. ... 839
Quebec (Commission de protection du territoire agricole), Venne v. ... 880
Québec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc. ... 695
Queen see also "R."

R

R. v. Adams ... 1391
R. v. Amway Corp. ... 21
R. v. Bayard ... 425
R. v. Chaulk (Application) ... 369
R. v. Conway ... 1659
R. v. Duguay ... 93
R. v. Elias ... 423
R. v. Gagné ... 1584
R. v. Genest ... 59
R. v. Gill ... 295
R. v. Hayes ... 44
R. v. Hébert ... 233
R. v. Heikel ... 1776
R. v. Howard ... 1337
R. v. Kalanj ... 1594
R. v. Lamb ... 1036
R. v. Lambretta ... 1391
R. v. Lavigne ... 1591
R. v. LeBlanc ... 1583
R. v. Leclair ... 3
R. v. Leduc ... 1586
R. v. McGinn ... 1035
R. v. Meltzer ... 1764
R. v. Mohl ... 1389
R. v. Morrissette (Application) ... 369
R. v. Olson ... 296
R. v. Ouellette ... 1781
R. v. Pion ... 1594
R. v. Potvin ... 525
R. v. Pringle ... 1645
R. v. Roman ... 230
R. v. Ross ... 3
R. v. Streu ... 1521
R. v. Turpin ... 1296
R. v. Tutton ... 1392
R. v. Waite ... 1436
R. v. Zeolkowski ... 1378
Reference Re *Workers' Compensation Act, 1983* (Nfld.) ... 922
Roberts v. Canada ... 322
Rocois Construction Inc., Québec Ready Mix Inc. v. ... 695
Roger Marchand Ltée, Belcourt Construction Co. v. ... 1593
Roman, R. v. ... 230
Ross, R. v. ... 3

S

Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co. ... 1445
Service d'optique élite Ltée v. Ordre des optométristes du Québec ... 1585
Slaight Communications Inc. v. Davidson ... 1038
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.) ... 238
Streu, R. v. ... 1521
Syncrude Canada Ltd., Hunter Engineering Co. v. ... 426

T

The Queen see also "R."
Turpin, R. v. ... 1296
Tutton, R. v. ... 1392

U

Union see also under abbreviated name
United States of America v. Cotroni ... 1469
United States of America v. El Zein ... 1469
University of Regina, Cohnstaedt v. ... 1011

PAGE

V

Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole) 839
Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole) 880
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia 1085

W

Waite, R. v. 1436
Watier, Dupont v. 1588
Wawanesa Mutual Insurance Co., Scott v. 1445
Winzen Land Corp., Lebel v. 918

Y

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown 1532
Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.), Sobeys Stores Ltd. v. 238

Z

Zeolkowski, R. v. 1378

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

Adams, R. c. ... 1391
Air Canada c. Colombie-Britannique ... 1161
Air Canada c. McDonnell Douglas Corp. ... 1554
Alberta (Labour Relations Board), Moysa c. ... 1572
Alberta Securities Commission, Brosseau c. ... 301
American Airlines Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence) ... 236
Amway Corp., R. c. ... 21
Andrews c. Law Society of British Columbia ... 143
Arthur D. Little Inc. c. Coopers & Lybrand ... 293

B

B. (B.) c. Services à l'enfant et à la famille ... 291
Bayard, R. c. ... 425
Beauport (Ville), Laurentide Motels Ltd. c. ... 705
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) ... 1722
Belmoral Mines Ltée, Québec (Procureur général) c. ... 422
Black c. Law Society of Alberta ... 591
Borowski c. Canada (Procureur général) ... 342
Brooks c. Canada Safeway Ltd. ... 1219
Brosseau c. Alberta Securities Commission ... 301
Brown, YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. ... 1532

C

Canada (Commissaire des brevets), Pioneer Hi-Bred Ltd. c. ... 1623
Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada), Granger c. ... 141
Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), Bell Canada c. ... 1722
Canada, Dick c. ... 322

PAGE

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Prassad c. ... 560
Canada (Procureur général), Borowski c. ... 342
Canada, Roberts c. ... 322
Canada Safeway Ltd., Brooks c. ... 1219
Canada (Tribunal de la concurrence), American Airlines Inc. c. ... 236
Chaulk, R. c. (Requête) ... 369
City National Leasing, General Motors of Canada Ltd. c. ... 641
Cohnstaedt c. Université de Regina ... 1011
Colombie-Britannique, Air Canada c. ... 1161
Colombie-Britannique, Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. ... 1133
Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. Québec (Procureur général) ... 377
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Compagnie de construction Belcourt Ltée c. Roger Marchand Ltée ... 1593
Conway, R. c. ... 1659
Coopers & Lybrand, Arthur D. Little Inc. c. ... 293
Cotroni, États-Unis d'Amérique c. ... 1469

D

Davidson, Slaight Communications Inc. c. ... 1038
Dick c. Canada ... 322
Duguay R. c. ... 93
Dupont c. Watier ... 1588

E

El Zein, États-Unis d'Amérique c. ... 1469
Elias, R. c. ... 423
Elsom c. Elsom ... 1367
États-Unis d'Amérique c. Cotroni ... 1469
États-Unis d'Amérique c. El Zein ... 1469

PAGE

G

Gagné, R. c. ... 1584
Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole) ... 859
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing ... 641
Genest, R. c. ... 59
Gill, R. c. ... 295
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général) ... 377
Granger c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) ... 141

H

Hayes, R. c. ... 44
Hébert, R. c. ... 233
Heikel, R. c. ... 1776
Howard, R. c. ... 1337
Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée 426

I

Insurance Corporation of British Columbia, Vorvis c. ... 1085
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) ... 927

J

Janzen c. Platy Enterprises Ltd. ... 1252

K

Kalanj R. c. ... 1594

L

La Reine voir aussi «R.»
Lamb, R. c. ... 1036
Lambretta, R. c. ... 1391
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville) ... 705
Lavigne, R. c. ... 1591

PAGE

Law Society of Alberta, Black c. ... 591
Law Society of British Columbia, Andrews c. ... 143
Lebel c. Winzen Land Corp. ... 918
LeBlanc R. c. ... 1583
Leclair, R. c. ... 3
Leduc, R. c. ... 1586
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique ... 1133

M

Maurice c. Priel ... 1023
McDonnell Douglas Corp., Air Canada c. ... 1554
McGinn, R. c. ... 1035
Meltzer, R. c. ... 1764
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province
Mohl, R. c. ... 1389
Morrissette (Requête), R. c. ... 369
Moysa c. Alberta (Labour Relations Board) ... 1572

O

Office voir aussi «Canada» ou nom de la province
Olson, R. c. ... 296
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd. ... 206
Ordre des optométristes du Québec, Service d'optique élite Ltée c. ... 1585
Ouellette, R. c. ... 1781

P

Pembina Exploration Canada Ltd., Ontario (Procureur général) c. ... 206
Pion, R. c. ... 1594
Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets) ... 1623
Platy Enterprises Ltd., Janzen c. ... 1252
Potvin, R. c. ... 525
Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) ... 560
Priel, Maurice c. ... 1023
Pringle, R. c. ... 1645
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province

PAGE

Q

Québec (Commission de protection du territoire agricole), Gauthier c. 859
Québec (Commission de protection du territoire agricole), Veilleux c. 839
Québec (Commission de protection du territoire agricole), Venne c. 880
Québec (Procureur général) c. Belmoral Mines Ltée 422
Québec (Procureur général), Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. 377
Québec (Procureur général), Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. 377
Québec (Procureur général), Irwin Toy Ltd. c. 927
Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc. 695

R

Reine voir aussi «R.»
R. c. Adams 1391
R. c. Amway Corp. 21
R. c. Bayard 425
R. c. Chaulk (Requête) 369
R. c. Conway 1659
R. c. Duguay 93
R. c. Elias 423
R. c. Gagné 1584
R. c. Genest 59
R. c. Gill 295
R. c. Hayes 44
R. c. Hébert 233
R. c. Heikel 1776
R. c. Howard 1337
R. c. Kalanj 1594
R. c. Lamb 1036
R. c. Lambretta 1391
R. c. Lavigne 1591
R. c. LeBlanc 1583
R. c. Leclair 3
R. c. Leduc 1586
R. c. McGinn 1035
R. c. Meltzer 1764
R. c. Mohl 1389
R. c. Morrissette (Requête) 369
R. c. Olson 296
R. c. Ouellette 1781
R. c. Pion 1594
R. c. Potvin 525
R. c. Pringle 1645
R. c. Roman 230
R. c. Ross 3
R. c. Streu 1521
R. c. Turpin 1296
R. c. Tutton 1392
R. c. Waite 1436
R. c. Zeolkowski 1378
Reference Re *Workers' Compensation Act*, 1983 (T.-N.) 922
Renvoi relatif à la *Workers' Compensation Act, 1983* (T.-N.) 922
Roberts c. Canada 322
Rocois Construction Inc., Québec Ready Mix Inc. c. 695
Roger Marchand Ltée, Compagnie de construction Belcourt Ltée c. 1593
Roman, R. c. 230
Ross, R. c. 3

S

Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co. 1445
Service d'optique élite Ltée c. Ordre des optométristes du Québec 1585
Services à l'enfant et à la famille, B. (B.)c. 291
Slaight Communications Inc. c. Davidson 1038
Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.) 238
Streu, R. c. 1521
Syncrude Canada Ltée, Hunter Engineering Co. c. 426
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

Turpin, R. c. 1296
Tutton, R. c. 1392

U

Université de Regina, Cohnstaedt c. 1011

PAGE

V

Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole) 839
Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole) 880
Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia 1085

W

Waite, R. c. 1436
Watier, Dupont c. 1588
Wawanesa Mutual Insurance Co., Scott c. 1445
Winzen Land Corp., Lebel c. 918

Y

YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown 1532
Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.), Sobeys Stores Ltd. c. 238

Z

Zeolkowski, R. c. 1378

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A Solicitor's Clerk, Re	[1957] 3 All E.R. 617	316
A. J. Seversen Inc. v. Village of Qualicum Beach	(1982), 135 D.L.R. 122	1209
Abouna v. Foothills Provincial General Hospital Board (No. 2)	(1978), 83 D.L.R. (3d) 333	1103
Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith	[1933] S.C.R. 47	914
Adams v. United States ex rel. McCann	317 U.S. 269 (1942)	1313
Addis v. Gramophone Co.	[1909] A.C. 488	1098, 1113
Adricon Ltée c. Ville d'East Angus	[1978] 1 R.C.S. 1107	724, 777
Adricon Ltée v. Town of East Angus	[1978] 1 S.C.R. 1107	724, 777
Affaire Deweer	Cour eur. D. H., arrêt du 27 février 1980, série A n° 35	1618
Affaire Eckle	Cour eur. D. H., arrêt du 15 juillet 1982, série A n° 51	1618
Affaire Foti et autres	Cour eur. D. H., arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56	1618
Affaire Handyside	Cour eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24	969
Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique	(1968), 11 Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme 833	177
Affaire Wemhoff	Cour eur. D. H., arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 7	1708
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424	968
Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.	[1983] 1 All E.R. 101	518
Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1986] 2 R.C.S. 539	1174
Air Canada v. British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1161	1158
Air Canada v. British Columbia (Attorney General)	[1986] 2 S.C.R. 539	1173
Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College	[1982] 1 R.C.S. 923	1744
Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College	[1982] 1 S.C.R. 923	1744
Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec	[1985] C.A. 376	946
Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1977] 2 R.C.S. 576	1178, 1212

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576	1178, 1212
Aménagement H.B.M.C. Inc.	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 002743, October 20, 1979	877
American Cyanamid Co. (Dann's) Patent	[1971] R.P.C. 425	1643
Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)	[1921] 2 A.C. 399	340
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	810
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	924, 1233, 1317
Angus v. Sun Alliance Insurance Co.	[1988] 2 S.C.R. 256	317
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	717, 730
Anti-Inflation Act, Re	[1976] 2 S.C.R. 373	689
Antonaros v. SNC Inc.	(1984), 6 C.C.E.L. 264	1117
Application of Abitibi Co., Re	(1982), 62 C.P.R. (2d) 81	1628
Ares v. Venner	[1970] S.C.R. 608	1529
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	376, 1608
Armand Rémillard Ltée	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 001743, September 13, 1979	877
Arrigo and The Queen, Re	(1986), 29 C.C.C. (3d) 77	41
Arthurs v. The Queen	[1974] S.C.R. 287	1408
Ashford v. Laing Construction and Equipment Ltd.	Unreported/Inédit, B.C.S.C., Gould J., Vancouver Registry No. C770710, December 14, 1978	1095
Asselin v. Industries Abex Ltée	[1985] C.A. 72, 22 D.L.R. (4th) 212	254, 287
Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon	[1941] S.C.R. 670	1187
Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon	[1943] A.C. 550	1152
Attorney-General v. Radloff	(1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366	31
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Case)	[1939] A.C. 117	354, 1154
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada (Natural Products Marketing Reference)	[1937] A.C. 377	658
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.	[1927] A.C. 934	1174
Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.	[1934] A.C. 45	1174
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)	[1916] 1 A.C. 588	657
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 355	1189
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada	[1929] A.C. 260	955
Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association	[1971] S.C.R. 689	610
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General of Canada (Canada Standards Trade Mark)	[1937] A.C. 405	657
Attorney General of British Columbia v. McKenzie	[1965] S.C.R. 490	263
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	651
Attorney General of Canada v. Lavell	[1974] S.C.R. 1349	170
Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.	[1985] 2 F.C. 40	664
Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal	[1986] 1 S.C.R. 732	906
Attorney General of Quebec v. Farrah	[1978] 2 S.C.R. 638	245

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board	[1984] 2 S.C.R. 575	399
Attorney General of Quebec v. Grondin	[1983] 2 S.C.R. 364	258
Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada	[1978] 2 S.C.R. 211	945
Attorney General of Quebec v. Labrecque	[1980] 2 S.C.R. 1057	785
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 S.C.R. 66	1061
Authier v. Corporation de la Ville de l'Assomption	(1903), 9 R. de J. 374	732

B

B.C. Family Relations Act, Re	[1982] 1 S.C.R. 62	253
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486	540, 1002, 1317, 1480
B. G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1975] 2 S.C.R. 678	457
Balfour Guthrie (Canada) Ltd. v. Far Eastern Steamship Co.	(1977), 82 D.L.R. (3d) 414	210
Ball v. Crompton Corset Co.	(1886), 13 S.C.R. 469	1636
Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec	[1979] 1 S.C.R. 565	788
Bank of Toronto v. Lambe	(1887), 12 A.C. 575	1186
Banque de Montréal c. Procureur général du Québec	[1979] 1 R.C.S. 565	788
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce	[1984] 1 R.C.S. 269	1050, 1060, 1073
Barker v. Wingo	407 U.S. 514 (1972)	1711
Barnes v. Costle	561 F.2d 983 (1977)	1283
Barraclough v. Royal Insurance Co. of Canada	[1986] I.L.R. ¶ 1-2016	1451
Barratt v. Corporation of the District of North Vancouver	[1980] 2 S.C.R. 418	742
Basile v. Attorney-General of Nova Scotia	(1984), 11 D.L.R. (4th) 219	616
Batary v. Attorney General for Saskatchewan	[1965] S.C.R. 465	29
BBM Bureau of Measurement c. Directeur des enquêtes et recherches	[1985] 1 C.F. 173	664
BBM Bureau of Measurement v. Director of Investigation and Research	[1985] 1 F.C. 173	664
Beaudoin-Daigneault v. Richard	[1984] 1 S.C.R. 2	794
Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.	[1980] 2 S.C.R. 718	455, 506
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531	1401
Beavers v. Haubert	198 U.S. 77 (1905)	1673
Beckham v. Drake	(1849), 2 H.L.C. 579, 9 E.R. 1213	272
Beeston v. Minister of Employment and Immigration	(1982), 41 N.R. 260	590
Beldessi v. Island Equipment Ltd.	(1973), 41 D.L.R. (3d) 147	452, 502
Belgian Linguistic Case (No. 2)	(1968), 1 E.H.R.R. 252	177
Bell v. Ladas	(1980), 1 C.H.R.R. D/155	1266
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	955, 1551
Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada	[1979] 2 F.C. 575	328
Berkovitz by Berkovitz v. United States	108 S. Ct. 1954 (1988)	748
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1985] 2 R.C.S. 561	176
Bhinder v. Canadian National Railway Co.	[1985] 2 S.C.R. 561	176
Bilbie v. Lumley	(1802), 2 East 469, 102 E.R. 448	1199, 1213
Bilsland v. Bilsland	[1922] 1 W.W.R. 718	218
Binus v. The Queen	[1967] S.C.R. 594	1405

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	357, 1579
Black v. Hardwell	[1935] 2 W.W.R. 172	1529
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 476	1049, 1076
Bleta v. The Queen	[1964] S.C.R. 561	1356
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	167, 1229
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183	167, 1229
Bliss v. South East Thames Regional Health Authority	[1987] I.C.R. 700	1119
Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.	[1942] 2 K.B. 253	34
Board v. Board	[1919] A.C. 956	221
Bohemier v. Storwal International Inc.	(1982), 142 D.L.R. (3d) 8	1102, 1118
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	1580
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	1580
Braniff Airways, Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment	347 U.S. 590 (1954)	1189
Branzburg v. Hayes	408 U.S. 665 (1972)	1577
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 914	678
Brickman v. Federal Republic of Germany	App. 1, No. 6242/73, C.D. 46	1481
British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia	[1960] S.C.R. 837	1747
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	1289
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279	1244
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 R.C.S. 279	1244
Brousseau v. Cité de Québec	(1912), 42 C.S. 91	732
Brown v. Corporation de Montréal	(1871), 4 R.L. 7	775
Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police	(1983), 43 O.R. (2d) 113	1114
Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police	(1982), 37 O.R. (2d) 277	1102, 1127
Buck v. Bell	274 U.S. 200 (1927)	194
Bundy v. Jackson	641 F.2d 934 (1981)	1283
Burley, Re	(1865), 60 B.F.S.P. 1241	1490
Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 555	1638

C

Cadeddu and The Queen, Re	(1983), 41 O.R. (2d) 481	355
Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.	(1976), 12 O.R. (2d) 532	454
Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1960] S.C.R. 619	1152
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	340
Caloil Inc. c. Procureur général du Canada	[1971] R.C.S. 543	659
Caloil Inc. v. Attorney General of Canada	[1971] S.C.R. 543	659
Campbell v. Clough	(1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249	87
Campbell v. Hudyma	(1985), 42 Alta. L.R. (2d) 59	115
Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.	[1954] S.C.R. 207	1191
Canada Safeway Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832	[1981] 2 S.C.R. 180	1249
Canada Safeway Ltd. v. Steel	[1985] 1 W.W.R. 479	1249
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	1482, 1508, 1520
Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618	253

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec (The Margarine Reference)	[1951] A.C. 179	658
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1978] 2 R.C.S. 545	1195
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1978] 2 S.C.R. 545	1195
Canadian Motor Sales Corp. v. Lemay	[1979] C.A. 295	1562
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	173, 1245, 1279
Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission	(1987), 79 N.R. 13	1744
Canadian Pacific Ltd. v. Paul	[1988] 2 S.C.R. 654	335
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	1076, 1744
Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports	(1987), 79 N.R. 13	1744
Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)	(1974), 54 D.L.R. (3d) 517	499
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	957
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	957
Cardinal Construction Ltd. v. The Queen in right of Ontario	(1981), 32 O.R. (2d) 575	1125
Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board	[1968] S.C.R. 238	951
Carter v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 981	1605, 1612
Case of Foti and others	Eur. Court H. R., judgment of 10 December 1982, Series A No. 56	1618
Cedarvale Tree Services Ltd. and Labourers' International Union of North America, Local 183, Re	(1971), 22 D.L.R. (3d) 40	569
Centennial Centre of Science and Technology v. VS Services Ltd.	(1982), 40 O.R. (2d) 253	1125
Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division	[1984] 4 W.W.R. 182	280
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147	1128
Century Oils (Canada) Inc. v. Davies	(1988), 22 B.C.L.R. (2d) 358	1248
C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, Re	[1973] 3 O.R. 819	957
Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.	(1982), 138 D.L.R. (3d) 417	450, 497
Chartier c. Procureur général du Québec	[1979] 2 R.C.S. 474	794
Chartier v. Attorney General of Quebec	[1979] 2 S.C.R. 474	794
Chateau-Gai Wines Ltd. v. Institut National des Appellations d'Origine des Vins et Eaux-de-Vie	[1975] 1 S.C.R. 190	901
Chevalier v. Corporation de la Cité de Trois-Rivières	(1913), 20 R. de J. 100	730
Cité de Pont-Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.	[1979] C.A. 77	730
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	655, 776
City of Calgary v. Madison Natural Gas Co.	(1959), 19 D.L.R. (2d) 655	1752
City of Kamloops v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	718, 730
City of Montreal v. Mulcair	(1898), 28 S.C.R. 458	732
City of Ottawa and Ottawa Professional Firefighters' Association, Local 162, Re	(1987), 58 O.R. (2d) 685	1744
City of Verdun v. Sun Oil Co.	[1952] 1 S.C.R. 222	730
City of Winnipeg v. Barrett	[1892] A.C. 445	414
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1988] 2 R.C.S. 680	671

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Clark v. Canadian National Railway Co.	[1988] 2 S.C.R. 680	671
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383	11, 378, 553, 1316, 1686, 1714
Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews	[1944] S.C.R. 385	354
Coleman v. Inland Gas Corp.	21 S.W.2d 1030 (1929)	1204
Colomba v. Madill	[1979] C.S. 17	821
Commander Nickel Copper Mines Ltd. v. Zulapa Mining Corp.	[1975] C.A. 390	909
Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Meunier	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003428-79, September 18, 1979	870
Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Lefebvre	J.E. 84-720	867
Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume	[1984] C.A. 542	851, 867
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	950
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	173, 1239
Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger & Co.	[1956] A.C. 527	1194
Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.	[1948] S.C.R. 46	1642
Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell	[1982] A.C. 341	1407
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board (the Crowe case)	[1978] 1 S.C.R. 369	316
Commodore Business Machines Ltd. v. Ontario Minister of Labour	(1984), 6 C.H.R.R. D/2833	1278
Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau	[1982] 2 R.C.S. 866	834
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	173, 1245, 1279
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 504	1636
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	1454
Cook v. Swinfen	[1967] 1 W.L.R. 457	1123
Cork v. Greavette Boats Ltd.	[1940] O.R. 352	497
Cormier v. Hostess Food Products Ltd.	(1984), 52 N.B.R. (2d) 288	1118
Corporation of Montreal v. Doolan	(1871), 18 L.C.J. 124	730
Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co., Re	(1981), 126 D.L.R. (3d) 705	1750
Cour de Magistrat de Québec, Re	[1965] S.C.R. 772	253
Coutroubis v. Sklavos Printing	(1981), 2 C.H.R.R. D/457	1278
Cox v. Jagbritte Inc.	(1981), 3 C.H.R.R. D/609	1278
Cox v. Philips Industries Ltd.	[1976] 3 All E.R. 161	1097, 1116
Creusot, Re	(1987), 62 Sask. R. 112	1384
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	277
Cringle v. Northern Union Insurance Co.	(1981), 124 D.L.R. (3d) 22	1097
Cull v. Rose	(1982), 29 C.P.C. 246	216
Cunningham v. Homma	[1903] A.C. 151	610
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	130
Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.	[1987] 2 All E.R. 13	746
Cushing v. Dupuy	(1980), 5 App. Cas. 409	674

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
D		
Dakota Ojibway Tribal Council and Bewza, Re	(1985), 24 D.L.R. (4th) 374	1272
Dale Perusse Ltd. v. Kason	(1985), 6 C.P.C. (2d) 129	1125
Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.	(1977), 79 D.L.R. (3d) 481	513
Deglman v. Guaranty Trust Co.	[1954] S.C.R. 725	519
Dehler v. Ottawa Civic Hospital	(1980), 29 O.R. (2d) 677	51
Deisting v. Dollar Pizza (1978) Ltd.	(1982), 3 C.H.R.R. D/898	1278
Déland	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 000920, July 20, 1979	877
Delarosbil v. Prévoyance, Cie d'assurance	[1978] C.S. 363	826
Delmotte v. John Labatt Ltd.	(1978), 22 O.R. (2d) 90	1125
Delta Air Lines Inc. v. Department of Revenue	455 So.2d 317 (1984 Fla.)	1191
Dennis v. United States	339 U.S. 162 (1950)	164
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285	330
Devine c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 790	948
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790	948
Deweer case	Eur. Court H. R., judgment of 27 February 1980, Series A No. 35	1618
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	39
Dickenson and Law Society of Alberta, Re	(1978), 84 D.L.R. (3d) 189	156
Director of Public Prosecutions v. Doot	[1973] A.C. 807	1486
Doherty v. Lodger's International Ltd.	(1981), 3 C.H.R.R. D/628	1278
Dominion Stores Ltd. v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 844	657
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	794
Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245	1744
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	31
Duguay v. Houle	Unreported/Inédit, Que. Sup. Ct., September 24, 1985	1384
Dulac v. Nadeau	[1953] 1 S.C.R. 164	901
Dupont v. Inglis	[1958] S.C.R. 535	257
Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.	(1987), 76 N.S.R. (2d) 398	336
E		
East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent	[1941] A.C. 74	717, 729
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739	74, 114, 1385
Eckle case	Eur. Court H. R., judgment of 15 July 1982, Series A No. 51	1618
Edelman v. Boeing Air Transport, Inc.	289 U.S. 249 (1933)	1191
Edwards v. Lawson Paper Converters Ltd.	(1984), 5 C.C.E.L. 99	1126
Emmens v. Elderton	(1853), 13 C.B. 495, 138 E.R. 1292	271
Entreprises Village Canadien Inc.	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 000714, March 26, 1979	877
Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission, Re	(1978), 87 D.L.R. (3d) 727	1761
Evans v. Employment Standards Bd.	(1983), 46 B.C.L.R. 198	262

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Exchange Bank of Canada v. The Queen	(1886), 11 App. Cas. 157	788
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888	1454

F

F.H. Hayhurst Co. v. Langlois	[1984] C.A. 74	942
Federal Republic of Germany and Rauca, Re	(1983), 4 C.C.C. (3d) 385	1482, 1507
Findlay v. Howard	(1919), 58 S.C.R. 516	827
Fogg v. McKnight	[1968] N.Z.L.R. 330	1105
Foisy v. Bell Canada	(1984), 6 C.H.R.R. D/2817	1278
Fontiero v. Richardson	411 U.S. 677 (1973)	197
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	948, 1006, 1317
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	948, 1006, 1317
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	362
Fort Massey Realties and Rent Review Commission, Re	(1982), 132 D.L.R. (3d) 516	266
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique	[1980] 1 R.C.S. 1031	1549
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031	1549
Fournier v. Cité de Lachine	(1926), 66 C.S. 109	733
Frazier v. Heebe	96 L.Ed. 2d 557 (1987)	629

G

Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield	[1983] 4 W.W.R. 135	451
Garton and Whelan, Re	(1984), 14 C.C.C. (3d) 449	1610
Gauthier v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 S.C.R. 859	884
Geduldig v. Aiello	417 U.S. 484 (1974)	1230
General Electric Co. v. Gilbert	429 U.S. 125 (1976)	1230
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	698
General Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.	[1983] C.A. 536	224
George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.	[1983] 2 All E.R. 737	453
Gerrard Wire Tying Machines Co. v. Cary Manufacturing Co.	[1926] Ex. C.R. 170	1637
Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.	[1973] 6 W.W.R. 551	1095
Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.	[1973] Q.B. 400	515
Giouvanoudis v. Golden Fleece Restaurant	(1984), 5 C.H.R.R. D/1967	1263
Girard v. Lavoie	[1975] C.A. 904	835
Glidurray Holdings Ltd. v. Qualicum Beach	(1981), 32 B.C.L.R. 82	1196
Golden Eagle Canada Ltd. v. Ray Gas Bar Inc.	[1973] C.A. 680	828
Goodbaum and The Queen, Re	(1977), 38 C.C.C. (2d) 473	72
Gordon v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co.	(1983), 47 N.B.R. (2d) 150	1117
Graham v. Richardson	403 U.S. 365 (1971)	183
Gray and The Queen Re	(1982), 70 C.C.C. (2d) 62	1604
Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission	[1961] S.C.R. 584	314
Grevas v. R.	(1956), 18 W.W.R. 412	34

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Greyhound Lines of Canada Ltd. c. Commission canadienne des droits de la personne	(1987), 78 N.R. 192	1744
Greyhound Lines of Canada Ltd. v. Canadian Human Rights Commission	(1987), 78 N.R. 192	1744
Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.	[1966] S.C.R. 133	1466
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	335
Guildford v. Anglo-French Steamship Co.	(1883), 9 S.C.R. 303	1124
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 1 S.C.R. 271	318, 906

H

H. L. Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus	[1976] 1 S.C.R. 776	1106, 1128
Hadley v. Baxendale	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145	1118
Hall v. Beals	396 U.S. 45 (1969)	356
Hamel v. Brunelle	[1977] 1 S.C.R. 147	810
Handyside case	Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24	969
Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.	[1970] 1 Q.B. 447	457, 503
Harper v. Cité de Montréal	(1908), 16 R. de J. 229	786
Harper v. Harper	[1980] 1 S.C.R. 2	1375
Harris v. Marter	(1874), 15 N.B.R. 165	733
Harry v. Kreutziger	(1978), 95 D.L.R. (3d) 231	513
Hartley v. Harman	(1840), 11 Ad. & E. 798, 113 E.R. 617	272
Harvey Foods Ltd. v. Reed	(1971), 18 D.L.R. (3d) 90	1098
Hayes and anor v. Dodds	[1988] N.L.J. 259	1120
Hayward v. Mellick	(1984), 2 O.A.C. 161	506
Heath v. Kane	(1975), 10 O.R. (2d) 716	210
Hedtcke v. Sentry Insurance Co.	326 N.W.2d 727 (1982)	1452
Hellens v. Densmore	[1957] S.C.R. 768	219
Henson v. Dundee	682 F.2d 897 (1982)	1283
Henuset Bros. Ltd. v. Syncrude Canada Ltd.	(1980), 114 D.L.R. (3d) 300	664
Heywood v. Wellers	[1976] 1 All E.R. 300	1102, 1123
Higgins v. Orion Insurance Co.	[1985] I.L.R. ¶ 1-1886	1450
Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal	[1928] A.C. 200	399
Hodgson and Tait v. Turner	(1937), 51 B.C.R. 308	35
Hoffmann-LaRoche & Co. v. Commissioner of Patents	[1955] S.C.R. 414	1637
Holtham v. Commissioner of Police for the Metropolis	Unreported/Inédit, Engl. C.A. (Civ. Div.), November 25, 1987	112
Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron	[1979] C.A. 567	810
Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent	[1978] 1 S.C.R. 605	815
Horne v. Krezan, Shamlock and Young	(1955), 14 W.W.R. 625	216
Howard, Re	[1976] 1 N.S.W.L.R. 641	201
Hufnagel v. Osama Enterprises Ltd.	(1982), 3 C.H.R.R. D/92	1263
Hughes v. Dollar Snack Bar	(1981), 3 C.H.R.R. D/1014	1278
Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada	Unreported/Inédit, Vancouver Registry C780211, December 28, 1978	484
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	175, 1333, 1480, 1710
Hussien v. Chong Fook Kam	[1970] A.C. 942	111

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro	[1982] 1 S.C.R. 347	1182, 1214

I

In re Griffiths	413 U.S. 717 (1973)	203
In re the Board of Commerce Act, 1919, and the Combines and Fair Prices Act, 1919	[1922] 1 A.C. 191	657
Industrial Teletype Electronics Corp. c. Ville de Montréal	[1977] 1 R.C.S. 629	810
Industrial Teletype Electronics Corp. v. City of Montreal	[1977] 1 S.C.R. 629	810
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	1245
International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange	[1967] S.C.R. 628	355
ITO— International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics	[1986] 1 S.C.R. 752	212, 330

J

J. E. Verreault & Fils Ltée c. Procureur général du Québec	[1977] 1 R.C.S. 41	788
J. E. Verreault & Fils Ltée v. Attorney General of Quebec	[1977] 1 S.C.R. 41	788
Jackson v. Jackson	[1973] S.C.R. 205	673
Jamieson and The Queen, Re	(1982), 70 C.C.C. (2d) 430	126
Jarvis v. Swans Tours Ltd.	[1973] Q.B. 233	1097, 1114
Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration	[1983] 1 F.C. 163	589
John Deere Plow Co. v. Wharton	[1915] A.C. 330	657
Johnstone v. Zarankin	(1985), 6 C.H.R.R. D/2651	1278
Jones v. Edmonton Catholic School District No. 7	[1977] 2 S.C.R. 872	263
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol	[1978] 1 S.C.R. 491	794
Joseph Investment Corp. v. Cité d'Outremont	[1973] S.C.R. 708	733

K

Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique	[1980] 1 R.C.S. 1105	1018
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105	1018
Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis	[1956] 1 W.L.R. 936	456, 503
Kask v. Shimizu	[1986] 4 W.W.R. 154	197
Keefe v. Fort	(1978), 89 D.L.R. (3d) 275	502
Kern v. City of Long Beach	179 P.2d 799 (1947)	1095
Kerr v. Superintendent of Income Tax	[1942] S.C.R. 435	621
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	1648
Kiriri Cotton Co. v. Dewoni	[1960] A.C. 192	1209
Kitchen v. Robbins	29 Ga. 713 (1860)	1529
Klein v. Bell	[1955] S.C.R. 309	39
Korponay c. Procureur général du Canada	[1982] 1 R.C.S. 41	1315, 1714
Korponay v. Attorney General of Canada	[1982] 1 S.C.R. 41	1315, 1714
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. of Canada	(1983), 149 D.L.R. (3d) 77	1450
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.	[1987] 1 S.C.R. 2	1467
Kott and The Queen, Re	(1983), 7 C.C.C. (3d) 317	1604
Kotyk v. Canadian Employment and Immigration Commission	(1983), 4 C.H.R.R. D/1416	1278

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Koufos v. C. Czarnikow Ltd.	[1969] 1 A.C. 350	1122

L

La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada	[1980] 2 R.C.S. 303	1144
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914	678
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.	[1949] A.C. 134	245, 285
Lambert v. The Queen	(1974), 28 C.R.N.S. 238	544
Laneau v. Rivard	[1978] 2 F.C. 319	572, 582
Langelier v. Giroux	(1932), 52 K.B. 113	774
Lanouette-Perreault v. Corporation municipale de St-Théodore de Chertsey	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Joliette, No. 705-05-000840-75, January 30, 1979	733
Larivière v. Cité de Montréal	(1941), 47 R.L. 505	730
Law Society of Upper Canada and Robinette, Re	[1954] 2 D.L.R. 692	1031
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	355, 614, 636
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] S.C.R. 357	609
Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec	[1970] S.C.R. 713	361
Lebel v. Winzen Land Corp.	[1989] 1 S.C.R. 918	884
LeBlanc v. LeBlanc	[1988] 1 S.C.R. 217	1376
Leblanc v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 339	1409
Lefebvre v. Commission de protection du territoire agricole du Québec	J.E. 82-1153	912
Lefebvre v. Town of Grand-Mère	(1917), 55 S.C.R. 121	732
Lensen v. Lensen	[1987] 2 S.C.R. 672	794
Levinson v. Cité de Montréal	(1911), 39 C.S. 259	786
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178	1486
Lightburn v. Mid Island Consumer Services Co-operative	(1984), 4 C.C.E.L. 263	1118
Lodge v. Minister of Employment and Immigration	[1979] 1 F.C. 775	572
Loi de 1979 sur la location résidentielle, Re	[1981] 1 R.C.S. 714	249, 288
London Export Corp. v. Jubilee Coffee Roasting Co.	[1958] 2 All E.R. 411	1097
Louhisdon v. Employment and Immigration Canada	[1978] 2 F.C. 589	572, 582
Lovitt v. The King	(1910), 43 S.C.R. 106	1198
Lynden Transport Inc. v. R. in Right of British Columbia	(1985), 62 B.C.L.R. 314	1210

M

M.H. and The Queen (No. 2), Re	(1985), 21 C.C.C. (3d) 384	126
MacDonald v. Vapor Canada Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 134	651
MacKay v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 370	177
Magasin Continental (Québec) Ltée v. Rhéaume	Unreported/Inédit, C.A. Québec, No. 8797, August 30, 1973	730
Mahe v. Alta. (Gov't)	(1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212	168
Mainwaring v. Nanaimo	[1951] 4 D.L.R. 519	742
Makarchuk v. Midtransportation Services Ltd.	(1985), 6 C.C.E.L. 169	1126

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec	(1982), 142 D.L.R. (3d) 512	615
Malcolm v. Race	(1894), 16 O.P.R. 330	35
Maltby and Attorney-General of Saskatchewan, Re	(1984), 10 D.L.R. (4th) 745	355
Mann v. The Queen	[1966] S.C.R. 238	965, 1405
Marcoux v. Ville de Plessisville	[1973] R.P. 385	733
Marcoux and Solomon v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763	13
Marine Petrobulk Ltd. v. R. in right of B.C.	(1985), 64 B.C.L.R. 17	1179
Marshall v. The Queen	[1986] 1 F.C. 437	328
Martel v. City of Montreal	[1943] C.S. 290	742
Maryland Casualty Co. v. Roland Roy Fourrures Inc.	[1974] S.C.R. 52	794
Maskell v. Horner	[1915] 3 K.B. 106	1210
Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan	[1981] 2 S.C.R. 413	251
McArdle v. Egan	(1933), 150 L.T. 412	111
McConnell and Beer v. The Queen	[1968] S.C.R. 802	558
McCrea v. City of White Rock	(1974), 56 D.L.R. (3d) 525	742
McElroy v. Cowper-Smith and Woodman	[1967] S.C.R. 425	1105, 1128
McGuigan v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 284	1651
McLeave v. City of Moncton	(1902), 32 S.C.R. 106	786
McMinn v. Town of Oakville	(1978), 19 O.R. (2d) 366	1103
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654	210, 328
McPherson v. Mary's Donuts	(1982), 3 C.H.R.R. D/961	1278
Mehta and MacKinnon, Re	(1985), 19 D.L.R. (4th) 198	1278
Mercury Machine Importing Corp. v. City of New York	144 N.E.2d 400 (1957)	1204
Meritor Savings Bank v. Vinson	106 S. Ct. 2399 (1986)	1283
Métivier v. Cadorette	[1977] 1 S.C.R. 371	794
Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council	[1897] 2 Q.B. 111	34
Meyer v. Gordon	(1981), 17 C.C.L.T. 1	1109
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	545
Mia and Medical Services Commission of British Columbia, Re	(1985), 17 D.L.R. (4th) 385	618
Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver	(1966), 59 D.L.R. (2d) 640	742
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	1310, 1601, 1612, 1621, 1675, 1692, 1710, 1773
Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.	[1947] Ex. C.R. 306	1638
Minister of Employment and Immigration v. Hae Soo Han	[1984] 1 F.C. 976	572
Minister of Employment and Immigration v. Widmont	[1984] 2 F.C. 274	565, 584
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	349
Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal	[1978] 1 S.C.R. 470	361
Minister of Manpower and Immigration v. Tsakiris	[1977] 2 F.C. 236	571
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont	[1984] 2 C.F. 274	565, 584
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	349
Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal	[1978] 1 R.C.S. 470	361
Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsakiris	[1977] 2 C.F. 236	571
Mitchell and Employment Standards Division, Department of Labour, Re	(1977), 82 D.L.R. (3d) 339	280
Mitchell v. Mitchell and Croome	[1936] 1 W.W.R. 553	218
Mitchell v. Traveller Inn (Sudbury) Ltd.	(1981), 2 C.H.R.R. D/590	1278
Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon	(1891), 19 S.C.R. 363	354

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Monsanto Co. c. Commissaire des brevets	[1979] 2 R.C.S. 1108	1638
Monsanto Co. v. Commissioner of Patents	[1979] 2 S.C.R. 1108	1638
Montreal Light, Heat and Power Co. v. Cité de Montréal	(1917), 26 K.B. 368	755
Moraweitz v. Moraweitz	(1986), 18 C.C.L.I. 108	1461
Morgan v. Greater New York Taxpayers Mut. Ins. Ass'n.	112 N.E.2d 273 (1953)	1455
Morgentaler v. The Queen (No. 1)	[1976] 1 S.C.R. 616	351
Morin v. Blais	[1977] 1 S.C.R. 570	807
Morris v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 190	552
Morrison v. Coast Finance Ltd.	(1965), 55 D.L.R. (2d) 710	513
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	212, 651, 670
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie	[1982] 2 R.C.S. 9	651
Murdock v. Commercial Union Assurance Co.	(1980), 30 Nfld. & P.E.I.R. 311	1451
Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.	[1958] S.C.R. 626	609, 659, 1153
Murray v. Minister of Employment and Immigration	[1979] 1 F.C. 518	572, 584

N

Nance v. British Columbia Electric Railway Co.	[1951] A.C. 601	810
Nantel v. Parisien	(1981), 18 C.C.L.T. 79	1125
Napper v. Cité de Sherbrooke	[1968] S.C.R. 716	732
Nashville Gas Co. v. Satty	434 U.S. 136 (1977)	1230
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union	[1984] 1 S.C.R. 269	1050, 1060, 1073
Nesha v. Minister of Employment and Immigration	[1982] 1 F.C. 42	572, 582
New Brunswick Electric Power Commission v. IBEW, Local 1733	(1978), 22 N.B.R. (2d) 364	1126
Newell v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.	(1976), 14 O.R. (2d) 752	1123
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	1018
Noor Mohamed v. The King	[1949] A.C. 182	532, 552
Noranda Mines Ltd. v. Seaboard Surety Co.	(1985), 7 C.C.E.L. 227	1125
Northern Electric Co. v. Brown's Theatres Ltd.	[1941] S.C.R. 224	1637
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)	[1980] 1 S.C.R. 115	671, 1149
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)	[1980] 1 R.C.S. 115	671, 1149
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton	[1929] S.C.R. 186	1748
Norton v. Shelby County	118 U.S. 425 (1886)	1195
Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co.	[1981] 2 S.C.R. 437	318
Nova v. Amoco Canada Petroleum Co.	[1981] 2 S.C.R. 437	1759
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265	366
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1978] 2 S.C.R. 662	965
Nykorak v. Attorney General of Canada	[1962] S.C.R. 331	673

O

O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	1404
O'Reilly v. Mackman	[1982] 3 W.L.R. 604	784
Ohio v. Roberts	448 U.S. 56 (1980)	541
Olarte v. DeFilippis	(1983), 4 C.H.R.R. D/1705	1263

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Oloko v. Canada Employment and Immigration	[1978] 2 F.C. 593	572, 583
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	173, 1239
Ontario Public Service Employees Union and Forer, Re	(1985), 52 O.R. (2d) 705	1744
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	1511
Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution, Re	[1982] 2 S.C.R. 793	361
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	669
Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp	[1985] 1 C.M.L.R. 99 (E.C.J. 1984)	623
Ouellet v. Procureur général du Québec	Sup. Ct. Québec, No. 200-05-000747-803, July 11, 1980	909

P

P. Samuel & Co. v. Dumas	[1924] A.C. 431	1449, 1464
Palko v. Connecticut	302 U.S. 319 (1937)	969, 1007
Papp v. Papp	[1970] 1 O.R. 331	670
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	1402, 1433
Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.	(1972), 24 D.L.R. (3d) 156	1105, 1130
Patton v. United States	281 U.S. 276 (1930)	1318
Peacock v. Bell and Kendal	(1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84	221
Peda v. The Queen	[1969] S.C.R. 905	1405
Pelletier v. Shykofsky	[1957] S.C.R. 635	794
Peltier v. Corporation of the Village of Gatineau Pointe	(1937), 76 C.S. 180	732
Pepita and Doukas, Re	(1979), 101 D.L.R. (3d) 577	266
Perkins v. Brandon University and Potter	(1985), 35 Man. R. (2d) 177	1102
Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.	392 U.S. 134 (1967)	687
Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper	[1966] S.C.R. 673	1098, 1113
Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.	(1975), 10 N.B.R. (2d) 703	501
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	469, 519
Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues	(1936), 61 K.B. 83	730
Phillips v. Hermiz	(1984), 5 C.H.R.R. D/2450	1278
Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.	[1980] A.C. 827	455, 499
Pickerel River Improvement Co. v. Moore	(1896), 17 O.P.R. 287	35
Pierre v. Minister of Manpower and Immigration	[1978] 2 F.C. 849	569
Pilato v. Hamilton Place Convention Centre Inc.	(1984), 45 O.R. (2d) 652	1102, 1118
Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry	(1967), 59 W.W.R. 622	216
Pilon v. Peugeot Canada Ltd.	(1980), 29 O.R. (2d) 711	1097, 1117
Plessy v. Ferguson	163 U.S. 537 (1896)	166
Police Pension and Relief Bd. of City and County of Denver v. Bills	366 P.2d 581 (1961)	1096
Porcelli v. Strathclyde Regional Council	[1985] I.C.R. 177	1291
PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada, Re	(1983), 3 C.C.C. (3d) 97	41
Pratt v. Beaman	[1930] S.C.R. 284	828
Proctor v. Dyck	[1953] 1 S.C.R. 244	810
Procureur général du Canada c. Lavell	[1974] R.C.S. 1349	170
Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.	[1985] 2 C.F. 40	664
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	651

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Procureur général du Québec c. Farrah	[1978] 2 R.C.S. 638	245
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board	[1984] 2 R.C.S. 575	399
Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada	[1978] 2 R.C.S. 211	945
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057	785
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	1062
Procureur général du Québec v. Dugal	J.E. 82-1169	828
Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation	[1986] 1 R.C.S. 732	906
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	655
Prytula v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 442	328
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	968
Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission	(1983), 45 A.L.R. 609	32

Q

Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec	[1985] C.S. 872	410
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.	[1977] 2 S.C.R.1054	210, 328
Quesnel v. Emard	(1912), 8 D.L.R. 537	732
R. and Attorney General of Canada v. Newson	(1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375	87
R. du chef du Manitoba c. Air Canada	[1980] 2 R.C.S. 303	1187
R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.	(1970), 15 D.L.R. (3d) 15	499
R. in right of Manitoba v. Air Canada	[1980] 2 S.C.R. 303	1187
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	1357, 1386
R. v. Anderson	(1981), 59 C.C.C. (2d) 439	1383
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97	1610, 1712
R. v. Askov	(1987), 37 C.C.C. (3d) 289	1712
R. v. Bailey	(1985), 17 C.R.R. 1	1334
R. v. Bannerman	(1966), 48 C.R. 110	547
R. v. Bazinet	(1986), 25 C.C.C. (3d) 273	134
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	127, 1498
R. v. Belcourt	(1982), 69 C.C.C. (2d) 286	1604
R. v. Belton	(1982), 3 C.C.C. (3d) 427	1604
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	1410
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	165, 607, 972, 1313, 1480, 1504, 1710
R. v. Biron	[1976] 2 S.C.R. 56	114
R. v. Boron	(1983), 8 C.C.C. (3d) 25	1603
R. v. Brown	(1986), 19 A. Crim. R. 136	1315
R. v. Brown	(1987), 33 C.C.C. (3d) 54	116
R. v. Bryant	(1984), 16 C.C.C. (3d) 408	1311
R. v. Burnshine	[1975] 1 S.C.R. 693	1326
R. v. Cardinal	(1980), 52 C.C.C. (2d) 269	1383
R. v. Cass	(1985), 71 A.R. 248	1768
R. v. Chabot	[1980] 2 S.C.R. 985	1602
R. v. Cole	(1980), 53 C.C.C. (2d) 269	547

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	15, 19, 108, 364, 552, 1036, 1314, 1385
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	531, 549
R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	735
R. v. Crate	(1983), 7 C.C.C. (3d) 127	1322
R. v. Davidson	(1982), 40 N.B.R. (2d) 702	87
R. v. Davidson	(1988), 42 C.C.C. (3d) 289	543
R. v. Davis	(1988), 86 N.S.R. (2d) 284	1604
R. v. Dedman	(1981), 59 C.C.C. (2d) 97	137
R. v. Devji	(1985), 19 C.C.C. (3d) 310	1604
R. v. Devlin	(1976), 32 C.C.C. (2d) 334	544
R. v. Dhillon	(1981), 64 C.C.C. (2d) 483	1384
R. v. Drybones	[1970] S.C.R. 282	167, 1329
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	154, 178, 627, 984, 1051, 1489, 1515
R. v. Elliott	(1984), 15 C.C.C. (3d) 195	1527
R. v. Emile	(1988), 42 C.C.C. (3d) 408	1334
R. v. Ertel	(1987), 20 O.A.C. 257	1306
R. v. Ertel	(1987), 35 C.C.C. (3d) 398	166
R. v. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	130
R. v. Fox	(1899), 18 O.P.R. 343	35
R. v. Frohman	(1987), 35 C.C.C. (3d) 163	1334
R. v. Gardiner	[1982] 2 S.C.R. 368	375
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	108
R. v. Gladstone	(1985), 22 C.C.C. (3d) 151	137
R. v. Gonzales	(1962), 132 C.C.C. 237	166
R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Budlong	[1980] 1 All E.R. 701	1482
R. v. Hall	[1973] 1 All E.R. 1	541
R. v. Hamill	[1987] 1 S.C.R. 301	108
R. v. Hamilton	(1898), 2 C.C.C. 390	540
R. v. Hamilton	(1986), 30 C.C.C. (3d) 257	1334
R. v. Hardiman	(1987), 35 C.C.C. (3d) 226	1334
R. v. Heaslip	(1983), 9 C.C.C. (3d) 480	1604
R. v. Heikel	[1989] 1 S.C.R. 1776	1783
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	1417
R. v. Hoffman-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)	(1981), 33 O.R. (2d) 694	663
R. v. Horvat	(1977), 34 C.C.C. (2d) 73	54
R. v. Howard and Trudel	(1983), 3 C.C.C. (3d) 399	1365
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	120
R. v. J. J. Beamish Construction Co.	[1967] 1 C.C.C. 301	29
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	108
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	1601, 1667
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	1489
R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.	(1970), 3 C.C.C. (2d) 204	31
R. v. Kaddoura	(1987), 56 Atla. L.R. 126	547
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	1668

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Krieger	Unreported/Inédit, Sask. Prov. Ct., February 2, 1984	1384
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	86
R. v. Lawrence	[1982] A.C. 510	1407
R. v. Linder	(1980), 5 W.C.B. 86	1384
R. v. Lundrigan	(1985), 19 C.C.C. (3d) 499	75
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	1498
R. v. Mackintosh	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 1	1606
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	10, 108, 552
R. v. Martin	(1985), 27 C.R.R. 193	1311
R. v. McDonald	(1980), 70 Cr. App. R. 288	1525
R. v. McGregor	(1983), 3 C.C.C. (3d) 200	127
R. v. McWhirter	(1982), 51 N.S.R. (2d) 181	1382
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	1777, 1783
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	355, 1195
R. v. Miracle Mart Inc.	(1982), 68 C.C.C. (2d) 242	664
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471	1364
R. v. Moore	(1973), 17 C.C.C. (2d) 348	549
R. v. Morgentaler (No. 2)	[1988] 1 S.C.R. 30	348
R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 679	31
R. v. Nielsen and Stolar	(1984), 16 C.C.C. (3d) 39	1358
R. v. O'Neill	(1976), 13 C.R. (3d) 193	1526
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	27, 153, 178, 547, 603, 638, 703, 947, 1050, 1081, 1477, 1505
R. v. Oda	(1980), 54 C.C.C. (2d) 466	547
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	558, 1404
R. v. Pentiluk	(1974), 28 C.R.N.S. 324	1669
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	108
R. v. Porter	[1976] Crim. L.R. 58	1526
R. v. Punch	(1985), 22 C.C.C. (3d) 289	1334
R. v. Quin	[1988] 2 S.C.R. 825	1420
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	1608, 1621, 1671, 1692, 1706
R. v. Rao	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97	75
R. v. Robertson	[1987] 1 S.C.R. 918	1402
R. v. Robins	(1844), 1 Cox C.C. 114	1610
R. v. Rogers	(1987), 35 C.C.C. (3d) 50	542
R. v. Romanick	(1959), 2 Crim. L.Q. 471	549
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3	1679, 1718
R. v. Rydzanicz	(1979), 13 C.R. (3d) 190	1526
R. v. S.	(1988), 42 C.C.C. (3d) 41	1334
R. v. Sang	[1980] A.C. 402	532
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	1401
R. v. Schmidt	[1948] S.C.R. 333	1528
R. v. Schwartz	[1988] 2 S.C.R. 443	1495
R. v. Sharp	(1984), 12 C.C.C. (3d) 428	1413
R. v. Sieben	[1987] 1 S.C.R. 295	108
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	19, 108

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Smith	(1986), 25 C.C.C. (3d) 361	133
R. v. Smith (Edward Dewey)	[1987] 1 S.C.R. 1045	1501, 1519
R. v. Sophonow No. 2	(1987), 25 C.C.C. (3d) 415	547
R. v. Speid	(1988), 42 C.C.C. (3d) 12	542
R. v. Stevens	[1988] 1 S.C.R. 1153	1420
R. v. Storgoff	[1945] S.C.R. 526	1768
R. v. Strachan	(1986), 49 C.R. (3d) 289	108
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	15
R. v. Terlecki	[1985] 2 S.C.R. 483	1658
R. v. Thatcher	[1987] 1 S.C.R. 652	1362
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	84, 549
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 695	225, 671
R. v. Thomsen	[1988] 1 S.C.R. 640	981
R. v. Tremblay	(1985), 20 C.C.C. (3d) 454	1334
R. v. Tremblay	[1987] 2 S.C.R. 435	108, 311
R. v. Tretter	(1974), 18 C.C.C. (2d) 82	531, 547
R. v. Turner	[1975] Q.B. 834	1346
R. v. Turpin	(1987), 36 C.C.C. (3d) 289	1668, 1702
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	1693
R. v. Tutton	[1989] 1 S.C.R. 1392	1438, 1444
R. v. Tutton and Tutton	(1985), 18 C.C.C. (3d) 328	1444
R. v. Upston	[1988] 1 S.C.R. 1083	108
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	547, 1435
R. v. Vasil	[1981] 1 S.C.R. 469	1417
R. v. Vine	(1875), 10 L.R. Q.B. 195	319
R. v. Vogelle and Reid	(1969), 9 C.R.N.S. 101	1524
R. v. Waite	(1986), 28 C.C.C. (3d) 326	1429
R. v. Waucash	(1966), 1 C.R.N.S. 262	549
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3	547, 1485
R. v. Williams	[1942] A.C. 541	1198
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	378, 531, 537
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	1349, 1365
R. v. Young	(1984), 13 C.C.C. (3d) 1	1604
R. v. Young	(1984), 40 C.R. (3d) 289	1667
R. v. Zelensky	[1978] 2 S.C.R. 940	670
R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.	[1963] 1 O.R. 201	497
Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration	[1978] 2 S.C.R. 375	568, 580
Rankin v. North Waterloo Farmers Mutual Insurance Co.	(1979), 100 D.L.R. (3d) 564	1449, 1464
Rasins v. Foodcorp Ltd.	[1980] 1 F.C. 729	43
Reference on Divorce Jurisdiction	(1951-52), 29 M.P.R. 120	219
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	1062
Reference re an Act to Amend the Education Act	(1986), 53 O.R. (2d) 513	171
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148	384, 399
Reference Re Compulsory Arbitration	(1984), 57 A.R. 268	603
Reference Re Family Benefits Act	(1986), 75 N.S.R. (2d) 338	165
Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings	[1987] 5 W.W.R. 577	1334
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	1195

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements	(1978), 89 D.L.R. (3d) 460	266
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	169, 968, 1054
Reference re the Employment and Social Insurance Act	[1936] S.C.R. 427	1189
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	1191
Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan	(1987), 44 D.L.R. (4th) 16	165
Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act	[1978] 2 S.C.R. 1198	659
Regina v. Board of Commissioners of Public Utilities	(1966), 60 D.L.R. (2d) 703	1759
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie	[1982] 2 S.C.R. 9	651
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	169, 968, 1054
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	1191
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148	384, 399
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	1195
Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles	[1978] 2 R.C.S. 1198	659
Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution	[1982] 2 R.C.S. 793	361
Renvoi: Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	689
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	1002, 1317, 1480
Residential Tenancies Act, 1979, Re	[1981] 1 S.C.R. 714	249, 288
Reyners v. The Belgian State	[1974] 2 Common Market Law R. 305	204
Rhine v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 442	328
Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.	[1978] A.C. 547	34
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)	[1987] 2 R.C.S. 84	1245, 1265
Robichaud v. Canada (Treasury Board)	[1987] 2 S.C.R. 84	1245, 1265
Robinson v. Hindman	(1800), 3 Esp. 235, 170 E.R. 599	271
Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.	(1981), 124 D.L.R. (3d) 228	1106
Rocois Construction Inc. v. Quebec Ready Mix Inc.	[1980] 1 F.C. 184	664
Rookes v. Barnard	[1964] A.C. 1129	1104, 1128
Rose v. Croden	(1902), 3 O.L.R. 383	35
Rose v. The King	(1946), 88 C.C.C. 114	544
Ross v. Dunstall	(1921), 62 S.C.R. 393	1565
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	102, 1667
Roy v. Cité de Montréal	(1892), 2 C.S. 305	732
Royal Insurance Co. v. Rourke	[1973] C.A. 1046	821
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	970, 1007
RWDSU v. Saskatchewan	[1987] 1 S.C.R. 460	968

S

Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	1402, 1431
Sarco Co. v. Sarco Canada Ltd.	[1969] 2 Ex. C.R. 190	1635
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	975
Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.	(1983), 43 A.R. 262	501
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 78	794
Schuldt v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 592	231

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Scott v. Scott	(1891), 4 B.C.R. 316	218
Scovell v. Bevan	(1887), 19 Q.B.D. 428	214
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	284
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	970, 1007
SDGMR c. Saskatchewan	[1987] 1 R.C.S. 460	968, 1007
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	669
Seguin v. Town of Hawkesbury	[1955] O.R. 956	742
Seiko Time Canada Ltd. v. Consumers Distributing Co.	(1981), 34 O.R. (2d) 481	664
Séminaire de Chicoutimi v. Cité de Chicoutimi	[1973] S.C.R. 681	253
Sénécal	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 002464, September 13, 1979	877
Shapinker and Law Society of Upper Canada, Re	(1983), 145 D.L.R. (3d) 502	616
Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets	[1982] 2 R.C.S. 536	1637
Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents	[1982] 2 S.C.R. 536	1637
Shipman v. Phinn	(1914), 19 D.L.R. 305	216
Sibron v. New York	392 U.S. 40 (1968)	356
Singer v. United States	380 U.S. 24 (1965)	1312
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	1506
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	1506
Siountres v. United States Fire Insurance & Reliance Insurance Co.	[1982] I.L.R. ¶ 1-1484	1452
Skoke–Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106	1580
Slavutych v. Baker	[1976] 1 S.C.R. 254	1576
Sloan v. Union Oil Co. of Canada	(1955), 16 W.W.R. 225	1095
Smith v. Fecampois	[1929] 2 D.L.R. 925	216
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1987] 2 F.C. 359	166
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776	965
Smith v. Thompson	(1849), 8 C.B. 44, 137 E.R. 424	272
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680	1497
Snyder v. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 494	810
Sorochan v. Sorochan	[1986] 2 S.C.R. 38	519
Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission	219 U.S. 433 (1911)	359
Speck v. Greater Niagara General Hospital	(1983), 43 O.R. (2d) 611	1102, 1118
Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.	(1982), 135 D.L.R. (3d) 197	451
St-Pierre v. Tanguay	[1959] S.C.R. 21	794
Stalony v. Minister of Employment and Immigration	(1980), 36 N.R. 609	573
State v. Smallwood	548 P.2d 1346 (1976)	1347
Stevens-Willson v. City of Chatham	[1934] S.C.R. 353	729
Stowe v. Grand Trunk Pacific Railway Co.	[1918] 1 W.W.R. 546	1529
Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale	[1967] 1 A.C. 361	452, 499
Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis	[1944] A.C. 111	354
Sunday Times v. United Kingdom	(1979), 2 E.H.R.R. 245	994
Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 844	657
Supreme Court of New Hampshire v. Piper	470 U.S. 274 (1985)	622
Supreme Court of Virginia v. Friedman	56 U.S.L.W. 4669 (1988)	623
Sutherland Shire Council v. Heyman	(1985), 60 A.L.R. 1	747
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	968, 969, 1007

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	1076, 1744

T

Tam v. Minister of Employment and Immigration	[1983] 2 F.C. 31	570
Taylor v. Armstrong	(1979), 99 D.L.R. (3d) 547	513
Telegram Publishing Co. and Zwelling, Re	(1973), 41 D.L.R. (3d) 176	262
Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets	[1974] R.C.S. 111	1642
Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents	[1974] S.C.R. 111	1642
The Adoption Reference	[1938] S.C.R. 398	251
The King v. Eastern Terminal Elevator Co.	[1925] S.C.R. 434	658
The King v. National Trust Co.	[1933] S.C.R. 670	1198
The King ex rel. Tolfree v. Clark	[1944] S.C.R. 69	354
The Queen v. Canadian Vickers Ltd.	[1978] 2 F.C. 675	213
The Queen v. Klassen	(1959), 20 D.L.R. (2d) 406	659
The Queen v. Southend County Court (Judge of)	(1884), 13 Q.B.D. 142	214
The Queen v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 695	334
The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada	[1980] 2 S.C.R. 303	1144
Thom v. Goodhost Foods Ltd.	(1987), 17 C.C.E.L. 89	1126
Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.	[1971] 1 All E.R. 686	1459
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	366
Tippett v. International Typographical Union Local 226	(1976), 71 D.L.R. (3d) 146	1097, 1117
Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)	[1977] 1 S.C.R. 112	251
Toomer v. Witsell	334 U.S. 385 (1948)	613
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	658
Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.	(1982), 3 C.H.R.R. D/858	1263
Traders Finance Corp. v. Halverson	(1968), 2 D.L.R. (3d) 666	503
Trans Alaska Pipeline Rate Cases	436 U.S. 631 (1978)	1757
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau	[1982] 2 S.C.R. 866	834
Tremblay	Unreported/Inédit, C.P.T.A.Q., No. 010611, April 24, 1980	877
Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.	[1983] 1 S.C.R. 283	220
Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass 1934, Ltd.	[1939] 2 K.B. 395	38
Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.	[1979] 2 S.C.R. 157	213
Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein	[1944] A.C. 254	1561
Turangan and Chui and The Queen, Re	(1976), 32 C.C.C. (2d) 249	1768
Tytler v. Jamieson	[1935] 3 W.W.R. 510	218

U

Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board	(1960), 24 D.L.R. (2d) 673	212
Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden	[1899] A.C. 580	195, 610
United Air Lines, Inc. v. Mahin	410 U.S. 623 (1973)	1191
United States v. Butler	297 U.S. 1 (1936)	1205
United States v. Carolene Products Co.	304 U.S. 144 (1938)	152, 183
United States v. Fulton	475 U.S. 657 (1986)	1757

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
United States v. Leon	468 U.S. 897 (1984)	129
United States v. Loud Hawk	474 U.S. 302 (1986)	1671, 1707
United States v. MacDonald	456 U.S. 1 (1982)	1672
United States v. Tateo	377 U.S. 463 (1964)	1688
United States v. W. T. Grant Co.	345 U.S. 629 (1953)	356
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	545
United States of America v. Swystun	(1987), 50 Man. R. (2d) 129	1497, 1514, 1518
Unterreiner v. The Queen	(1980), 51 C.C.C. (2d) 373	1384
Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.	(1966), 117 C.L.R. 118	1105

V

Vadeboncœur v. Landry	[1977] 2 S.C.R. 179	357
Vallières v. Cité de Montréal	(1908), 33 C.S. 250	786
Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.	[1937] 3 W.W.R. 121	1196
Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 S.C.R. 839	870, 884
Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 S.C.R. 880	919
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	49, 56, 538
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	1439
Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal	[1959] S.C.R. 58	355
Victoria Laundry (Windsor Ld.) v. Newman Industries Ld.	[1949] 2 K.B.528	1122
Ville de Kamloops c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	718, 730
Volkert v. Diamond Truck Co.	[1940] S.C.R. 455	807

W

W. D. Latimer Co. and Attorney-General for Ontario, Re	(1973), 2 O.R. (2d) 391	309
Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.	[1981] 1 S.C.R. 578	1561
Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes	[1911] A.C. 394	497
Walsh v. Canadian General Insurance Co.	(1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 89	1451
Warner v. Arsenault	(1982), 53 N.S.R. (2d) 146	1108
Waters v. Donnelly	(1884), 9 O.R. 391	512
Watt v. Smith	[1968] S.C.R. 177	810
Webster v. Solloway, Mills & Co.	[1931] 1 D.L.R. 831	38
Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957	733
Wemhoff case	Eur. Court H. R., judgment of June 27, 1968, Series A No.7	1708
Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.	[1987] 6 W.W.R. 629	664
Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.	[1905] A.C. 426	730
Wiens v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada	[1981] I.L.R. ¶ 1-1423	1450, 1464
Wilkinson v. Gaston	(1846), 9 Q.B. 137, 115 E.R. 1227	272
Wilshire v. Corporation du village de St-Louis du Mile-End	(1899), 8 Q.B. 479	732
Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia	(1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350	619
Wilson v. Rudolph Werlitzer Co.	194 N.E. 441 (1934)	1095

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	1765, 1778, 1782
Wing v. Moncton	[1940] 2 D.L.R. 740	729
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.	[1951] S.C.R. 887	610
Winzen Land Corp. v. Commission de protection du territoire agricole du Québec	[1981] C.A. 383	892
Woelk v. Halvorson	[1980] 2 S.C.R. 430	810
Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America	[1973] S.C.R. 756	361

Y

Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong	[1988] A.C. 175	745

Z

Zacks v. Zacks	[1973] S.C.R. 891	673

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act for more effectually securing the Liberty of Subject, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45
s. 1 ... 296

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21
s. 1 ... 927
s. 7 ... 927

Act to again amend the Education Act, S.Q. 1979, c. 80
s. 3 ... 377

Act to preserve agricultural land, R.S.Q., c. P-41.1
s. 1(1) ... 859
s. 101 ... 859

Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10
s. 1(1) ... 839, 880
s. 1(3) ... 880
s. 30 ... 880
s. 101 ... 839, 880
s. 102 ... 839

B

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26
s. 42 ... 143

Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11
s. 3(c) ... 927

C

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10
s. 4(1) ... 21
s. 4(5) ... 525
s. 5 ... 21

PAGE

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1
s. 61.5(9) ... 1038
s. 61.5(9)(c) ... 1038

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ... 21, 143, 342, 591, 927, 1038, 1161, 1469
s. 2(a) ... 591
s. 2(b) ... 927, 1038, 1572
s. 2(d) ... 591
s. 6(1) ... 1469
s. 6(2)(b) ... 591
s. 6(3)(a) ... 591
s. 7 ... 342, 525, 927, 1161, 1588, 1591
s. 8 ... 59, 1764
s. 9 ... 93
s. 10(b) ... 3, 1586
s. 11 ... 1594
s. 11(b) ... 1594, 1659
s. 11(c) ... 21
s. 11(d) ... 525
s. 11(f) ... 1296
s. 15 ... 342, 859, 1296
s. 15(1) ... 143, 922
s. 24 ... 1591
s. 24(1) ... 342, 1588
s. 24(2) ... 3, 59, 93, 1586
s. 33 ... 927

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 3 ... 927
s. 6 ... 839
s. 9.1 ... 927

Child and Family Services Act, C.C.S.M., c. C80
s. 17(b)(i) ... 291
s. 38 ... 291

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19
s. 412 ... 705
s. 423 ... 705

Civil Code of Lower Canada
art. 356 ... 705
art. 406 ... 839
art. 1053 ... 695, 705, 1554

PAGE

art. 1056c ... 705
art. 1079 ... 880
art. 1085 ... 880
art. 1089 ... 880
art. 1522 ... 1554

Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C. 1978, c. 413
s. 15(1) ... 230
s. 15(2) ... 230

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25
art. 68 ... 1554
art. 68(2) ... 1554
art. 1003(b) ... 918

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23
s. 31.1 ... 641
s. 31.1(1)(a) ... 695
s. 31.1(3) ... 695

Competition Tribunal Act, S.C. 1986, c. 26
s. 9(3) ... 236

Constitution Act, 1867
s. 91(2) ... 641, 1161
s. 91(2A) ... 1532
s. 91(14) ... 322
s. 91(27) ... 927, 1764
s. 91(29) ... 927, 1532
s. 92(2) ... 695, 1133, 1161
s. 92(10) ... 927, 1532
s. 92(10(a) ... 1161
s. 92(13) ... 641, 927
s. 92(14) ... 206, 1764
s. 92(15) ... 927
s. 92(16) ... 927
s. 93 ... 377
s. 96 ... 206, 238
s. 100 ... 206
s. 101 ... 206, 322

Constitution Act, 1982
s. 52(1) ... 342, 591

Construction Industry Wages Act, R.S.M. 1970, c. C190
s. 2(1)(c) ... 1532
s. 2(1)(e) ... 1532

Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1
s. 215 ... 927
s. 248 ... 927
s. 249 ... 927
s. 278 ... 927
s. 282 ... 927

PAGE

s. 364 ... 927

Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, c. 7 ... 1781
s. 6 ... 1764

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34
s. 2 ... 1591
s. 17 ... 233
s. 83(1)(a) ... 1645
s. 84(1) ... 1645
s. 85 ... 1645
s. 98(4) ... 1378
s. 98(6) ... 1378
s. 178.13(3) ... 1764
s. 178.14(1)(a)(ii) ... 1764, 1781
s. 178.16(2) ... 1776
s. 185(1) ... 1781
s. 186(1)(a) ... 1781
s. 186(1)(d) ... 1781
s. 197(1) ... 1392
s. 197(2) ... 1392
s. 202(1) ... 1392, 1436
s. 203 ... 1436
s. 205(1) ... 1392
s. 205(2) ... 1392
s. 205(3) ... 1392
s. 205(4) ... 1392
s. 205(5) ... 1392
s. 219 ... 1392
s. 251(4) ... 342
s. 251(5) ... 342
s. 251(6) ... 342
s. 312(1) ... 1521
s. 427 ... 1296
s. 428 ... 1296
s. 429 ... 1296
s. 430 ... 1296
s. 450 ... 93
s. 455 ... 1591
s. 482 ... 1764
s. 602 ... 1764
s. 603 ... 1764
s. 605 ... 1764
s. 605(1)(a) ... 230
s. 609(2) ... 44
s. 613 ... 1645
s. 613(1)(a)(iii) ... 44
s. 613(1)(b)(iii) ... 296
s. 613(1)(b)(iv) ... 296
s. 613(2) ... 1645
s. 613(8) ... 1645
s. 618 ... 369, 1764

PAGE

s. 618(2)(a) 1594
s. 620 369
s. 621 369
s. 623(1) 1645
s. 643(1) 525
s. 719 1764
s. 748 1764

Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40
s. 102 21
s. 180 21
s. 192 21
s. 252 21

E

Education Act, R.S.Q., c. I–14
s. 16(7) 377

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21
s. 3 1469

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121
s. 51 1367

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10
s. 17(1) 322
s. 17(3)(c) 322
s. 22(1) 206
s. 22(2)(e) 206
s. 22(3)(c) 206
s. 52(c) 1623

Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, c. 5
s. 20 1161

G

Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162
s. 25(1) 1161
s. 25(2) 1161
s. 25(3) 1161
s. 25(4) 1161
s. 25(5) 1161

PAGE

H

Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65
s. 6(1) 1219, 1252

I

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52
s. 27 560
s. 27(3) 560
s. 37(1) 560
s. 113 560

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172
s. 35(1) 560

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6
s. 18(1) 322

Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23
s. 2 927

J

Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1
s. 36 1023

L

Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1
s. 13 1572

Labour Standards Code, S.N.S. 1972, c. 10
s. 67A(1) 238
s. 67A(2) 238
s. 67A(3) 238

Legal Profession Act, R.S.A. 1980, c. L–9
s. 93 591
s. 96 591

Legal Profession Act, R.S.S. 1978, c. L-10
s. 3 1023
s. 7 1023
s. 56 1023
s. 57 1023

PAGE

M

Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, c. 32
s. 7 ... 1161

N

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1
s. 10(1) ... 59
s. 10(2) ... 59

National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20
s. 49 ... 1722
s. 52 ... 1722
s. 60(2) ... 1722
s. 61 ... 1722
s. 66 ... 1722
s. 68(1) ... 1722

O

Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings — Part I, SI/85-152
r. 9 ... 296
r. 11 ... 296

P

Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4
s. 2 ... 1623
s. 36 ... 1623

Payment of Wages Act, S.M. 1975, c. 21
s. 1(c) ... 1532
s. 1(d) ... 1532

R

Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3
ss. 334 to 340 ... 1722

PAGE

Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1
ss. 87 to 91 ... 927

Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 O.G. II 1223 ... 377

Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 O.G. II 1213 ... 377

Rules of the Law Society of Alberta
s. 75B ... 591
s. 154 ... 591

Rules of the Law Society of Saskatchewan
s. 84 ... 1023

S

Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421
s. 15(1) ... 426
s. 15(4) ... 426
s. 53 ... 426

Securities Act, S.A. 1981, c. S-6.1
s. 28 ... 301
s. 165 ... 301
s. 166 ... 301

Small Claims Courts Act, R.S.O. 1980, c. 476
s. 55 ... 206

Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388
s. 1 ... 1133
s. 2(1) ... 1133
s. 2(4) ... 1133
s. 5 ... 1133

Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15 ... 1588

Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19
s. 41 ... 369
s. 44(1) ... 1645
s. 45 ... 369

U

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48
s. 38 ... 1532

PAGE

W

Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48
s. 32 922
s. 34 922

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Acte pour mieux assurer la liberté du sujet, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45
art. 1 ... 296

C

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26
art. 42 ... 143

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ... 21, 143, 342, 591, 927, 1038, 1161, 1469
art. 2a) ... 591
art. 2b) ... 927, 1038, 1572
art. 2d) ... 591
art. 6(1) ... 1469
art. 6(2)b) ... 591
art. 6(3)a) ... 591
art. 7 ... 342, 525, 927, 1161, 1588, 1591
art. 8 ... 59, 1764
art. 9 ... 93
art. 10b) ... 3, 1586
art. 11 ... 1594
art. 11b) ... 1594, 1659
art. 11c) ... 21
art. 11d) ... 525
art. 11f) ... 1296
art. 15 ... 342, 859, 1296
art. 15(1) ... 143, 922
art. 24 ... 1591
art. 24(1) ... 342, 1588
art. 24(2) ... 3, 59, 93, 1586
art. 33 ... 927

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12
art. 3 ... 927
art. 6 ... 839
art. 9.1 ... 927

PAGE

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1
art. 61.5(9) ... 1038
art. 61.5(9)c) ... 1038

Code civil du Bas-Canada
art. 356 ... 705
art. 406 ... 839
art. 1053 ... 695, 705, 1554
art. 1056c ... 705
art. 1079 ... 880
art. 1085 ... 880
art. 1089 ... 880
art. 1522 ... 1554

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34
art. 2 ... 1591
art. 17 ... 233
art. 83(1)a) ... 1645
art. 84(1) ... 1645
art. 85 ... 1645
art. 98(4) ... 1378
art. 98(6) ... 1378
art. 178.13(3) ... 1764
art. 178.14(1)a)(ii) ... 1764, 1781
art. 178.16(2) ... 1776
art. 185(1) ... 1781
art. 186(1)a) ... 1781
art. 186(1)d) ... 1781
art. 197(1) ... 1392
art. 197(2) ... 1392
art. 202(1) ... 1392, 1436
art. 203 ... 1436
art. 205(1) ... 1392
art. 205(2) ... 1392
art. 205(3) ... 1392
art. 205(4) ... 1392
art. 205(5) ... 1392
art. 219 ... 1392
art. 251(4) ... 342
art. 251(5) ... 342
art. 251(6) ... 342
art. 312(1) ... 1521
art. 427 ... 1296
art. 428 ... 1296

PAGE

art. 429 ... 1296
art. 430 ... 1296
art. 450 ... 93
art. 455 ... 1591
art. 482 ... 1764
art. 602 ... 1764
art. 603 ... 1764
art. 605 ... 1764
art. 605(1)a) ... 230
art. 609(2) ... 44
art. 613 ... 1645
art. 613(1)a)(iii) ... 44
art. 613(1)b)(iii) ... 296
art. 613(1)b)(iv) ... 296
art. 613(2) ... 1645
art. 613(8) ... 1645
art. 618 ... 369, 1764
art. 618(2)a) ... 1594
art. 620 ... 369
art. 621 ... 369
art. 623(1) ... 1645
art. 643(1) ... 525
art. 719 ... 1764
art. 748 ... 1764

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25
art. 68 ... 1554
art. 68(2) ... 1554
art. 1003b) ... 918

Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, chap. 7 1781
art. 6 ... 1764

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121
art. 51 ... 1367

Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, chap. 5
art. 20 ... 1161

G

Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162
art. 25(1) ... 1161
art. 25(2) ... 1161
art. 25(3) ... 1161
art. 25(4) ... 1161

PAGE

art. 25(5) ... 1161

L

Labour Relations Act, R.S.A. 1980, chap. L-1.1
art. 13 ... 1572

Labour Standards Code, S.N.S. 1972, chap. 10
art. 67A(1) ... 238
art. 67A(2) ... 238
art. 67A(3) ... 238

Legal Profession Act, R.S.A. 1980, chap. L–9
art. 93 ... 591
art. 96 ... 591

Legal Profession Act, R.S.S. 1978, chap. L-10
art. 3 ... 1023
art. 7 ... 1023
art. 56 ... 1023
art. 57 ... 1023

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21
art. 1 ... 927
art. 7 ... 927

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(2) ... 641, 1161
art. 91(2A) ... 1532
art. 91(24) ... 322
art. 91(27) ... 927, 1764
art. 91(29) ... 927, 1532
art. 92(2) ... 695, 1133, 1161
art. 92(10) ... 927, 1532
art. 92(10)a) ... 1161
art. 92(13) ... 641, 927
art. 92(14) ... 206, 1764
art. 92(15) ... 927
art. 92(16) ... 927
art. 93 ... 377
art. 96 ... 206, 238
art. 100 ... 206
art. 101 ... 206, 322

Loi constitutionnelle de 1982
art. 52(1) ... 342, 591

Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23
art. 2 ... 927

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48
art. 38 ... 1532

PAGE

Loi modifiant de nouveau la Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1979, chap. 80
art. 3 ... 377

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23
art. 31.1 ... 641
art. 31.1(1)a) ... 695
art. 31.1(3) ... 695

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21
art. 3 ... 1469

Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14
art. 16(7) ... 377

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52
art. 27 ... 560
art. 27(3) ... 560
art. 37(1) ... 560
art. 113 ... 560

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10
art. 17(1) ... 322
art. 17(3)c) ... 322
art. 22(1) ... 206
art. 22(2)e) ... 206
art. 22(3)c) ... 206
art. 52c) ... 1623

Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19
art. 41 ... 369
art. 44(1) ... 1645
art. 45 ... 369

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10
art. 4(1) ... 21
art. 4(5) ... 525
art. 5 ... 21

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1
art. 215 ... 927
art. 248 ... 927
art. 249 ... 927
art. 278 ... 927
art. 282 ... 927
art. 364 ... 927

Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q. chap. P-41.1
art. 1.1° ... 859
art. 101 ... 859

PAGE

Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10
art. 1.1° ... 839, 880
art. 1.3° ... 880
art. 30 ... 880
art. 101 ... 839, 880
art. 102 ... 839

Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B–11
art. 3c) ... 927

Loi sur le paiement des salaires, L.M. 1975, chap. 21
art. 1c) ... 1532
art. 1d) ... 1532

Loi sur le Tribunal de la concurrence, S.C. 1986, chap. 26
art. 9(3) ... 236

Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4
art. 2 ... 1623
art. 36 ... 1623

Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3
art. 334 à 340 ... 1722

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., chap. C-19
art. 412 ... 705
art. 423 ... 705

Loi sur les cours des petites créances, L.R.O. 1980, chap. 476
art. 55 ... 206

Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40
art. 102 ... 21
art. 180 ... 21
art. 192 ... 21
art. 252 ... 21

Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65
art. 6(1) ... 1219, 1252

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6
art. 18(1) ... 322

Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1
art. 36 ... 1023

Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15 ... 1588

Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction, L.R.M. 1970, chap. C190
art. 2(1)c) ... 1532
art. 2(1)e) ... 1532

PAGE

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M., chap. C80
art. 17b)(i) ... 291
art. 38 ... 291

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1
art. 10(1) ... 59
art. 10(2) ... 59

Loi sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), c. N-20
art. 49 ... 1722
art. 52 ... 1722
art. 60(2) ... 1722
art. 61 ... 1722
art. 66 ... 1722
art. 68(1) ... 1722

M

Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, chap. 32
art. 7 ... 1161

R

Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et de l'éducation préscolaire, (1981) 115 G.O. II 1733 ... 377

Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 G.O. II 1743 ... 377

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, chap. P-40.1, r. 1
art. 87 à 91 ... 927

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172
art. 35(1) ... 560

PAGE

Règlement sur la protection des pêcheries côtières, C.R.C. 1978, chap. 413
art. 15(1) ... 230
art. 15(2) ... 230

Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario — Partie I, TR/85-152
r. 9 ... 296
r. 11 ... 296

Rules of the Law Society of Alberta
art. 75B ... 591
art. 154 ... 591

Rules of the Law Society of Saskatchewan
art. 84 ... 1023

S

Sales of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421
art. 15(1) ... 426
art. 15(4) ... 426
art. 53 ... 426

Securities Act, S.A. 1981, chap. S-6.1
art. 28 ... 301
art. 165 ... 301
art. 166 ... 301

Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388
art. 1 ... 1133
art. 2(1) ... 1133
art. 2(4) ... 1133
art. 5 ... 1133

W

Worker's Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48
art. 32 ... 922
art. 34 ... 922

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Abella, Rosalie S. *Rapport d'une Commission d'enquête sur l'Égalité en matière d'emploi.* Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984 1279

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 1279

Aggarwal, Arjun P. *Sexual Harassment in the Workplace.* Toronto: Butterworths, 1987 1280

American Law Institute. *Restatement on the Law of Contracts 2d.* St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1986 1106

Anisman, Philip and Peter W. Hogg. "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation", in Philip Anisman et al., *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979 686

Archambault, Jean-Denis. «La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies» (1981), 41 *R. du B.* 3 ..... 716, 728

Archambault, Jean-Denis. «La responsabilité municipale dans le combat des incendies — *Malette* c. *Portage du Fort*» (1984), 15 *R.G.D.* 107 729

Archambault, Jean-Denis. «Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale» (1985), 16 *R.G.D.* 101 729

Association canadienne des radiodiffuseurs. *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984 963

Association du Barreau canadien. Comité sur la Constitution. *Vers un Canada nouveau.* Montréal: Fondation du Barreau canadien, 1978 612

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 6th ed. London: Pitman, 1980 452

Audet, Jean-Marc. «Considérations sur la Loi sur la protection du territoire agricole», [1987] R.D.I. 165 869

Backhouse, Constance and Leah Cohen. *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women.* Toronto: Macmillan of Canada, 1978 1280

Baudouin, Jean–Louis. *La responsabilité civile délictuelle.* Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985 807

Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law.* Toronto: Butterworths, 1980 1054

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution.* Oxford: Clarendon Press, 1985 1206

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "waiver" 1324

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 8th ed., 1778 1309

Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries.* New York: International Advertising Association Inc., 1984 987

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Benefits Conferred Under a Mistake of Law.* Victoria: Province of British Columbia, Ministry of the Attorney General, 1981 1208

Bull Alan T., Geoffrey Holt and Malcolm D. Lilly. *Biotechnology: International Trends and Perspectives.* Paris: O.E.C.D., 1982 1632

Bull Alan T., Geoffrey Holt et Malcolm D. Lilly. *Biotechnologie: tendances et perspectives internationales.* Paris: O.C.D.E., 1982 1632

Burchell, Charles. "Canadian Admiralty Jurisdiction and Shipping Laws" (1929), 45 *L.Q.R.* 370 214

Canada. Bureau des brevets. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets.* Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1979 1627

Canada. Bureau du Premier ministre. [P. E. Trudeau.] *Le temps d'agir: Jalons du renouvellement de la fédération canadienne.* Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1978 612

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury* (Rapport 16). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1982 1310

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury en droit pénal* (Document de travail 27). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980 1310

Canada. Conseil des sciences du Canada. *Germes d'avenir: les biotechnologies et le secteur primaire canadien*, Rapport 38. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1985 1642

Canada. Economic Council of Canada. *Interim Report on Competition Policy.* Ottawa: Queen's Printer, 1969 687

Canada. Groupe de travail sur l'unité canadienne, *Se retrouver: observations et recommandations.* Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1970 612

Canada. Law Reform Commission. *The Jury* (Report 16). Ottawa: Law Reform Commission, 1982 1310

Canada. Law Reform Commission. *The Jury in Criminal Trials* (Working Paper 27). Ottawa: Law Reform Commission, 1980 1310

Canada. Office of the Prime Minister. [P. E. Trudeau.] *A Time for Action — Toward the Renewal of the Canadian Federation.* Ottawa: Minister of Supply and Services, 1978 612

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada.* Première session de la trente-deuxième législature, 1980-81. Fascicule nº 46. Ottawa: 1981 1479

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes and Proceedings of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada.* First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Issue No. 46. Ottawa: 1981 1479

Canada. Patent Office. *Manual of Patent Office Practice.* Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979 1627

Canada. Science Council of Canada. *Seeds of Renewal: Biotechnology and Canada's Resource Industries*, Report 38. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1985 1642

Canada. Task Force on Canadian Unity. *A Future Together — Observations and Recommendations.* Ottawa: Minister of Supply and Services, 1970 612

Canada/Québec. Comité fédéral–provincial sur la publicité destinée aux enfants. *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux enfants*, septembre 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986 985

Canadas/Quebec. Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children. *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*, September 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986 985

Canadian Association of Broadcasters. *Broadcast Code for Advertising to Children*, revised 1984 963

Canadian Bar Association. Committee on the Constitution. *Towards a New Canada.* Montreal: Canadian Bar Foundation, 1978 612

Canadian Broadcasting Corporation. *Commercial Acceptance Policy Guideline* 987

PAGE

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Broadcast Advertising Handbook: Acts, Regulations, and Guidelines on Broadcast Advertising.* Hull: Supply and Services Canada, 1978 962

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences.* Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082 987

Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375 401

Castel, J. G. and Sharon A. Williams. "The Extradition of Canadian Citizens and Sections 1 and 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", in *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, published under the auspices of The Canadian Branch, International Law Association. Vancouver: University of British Columbia Press, 1987 1496

Chevrette, François et Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal.* Québec: Ministère de l'Éducation, 1972 410

Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983 1097

Chrétien, Jean. *Pouvoirs touchant l'économie: fondements constitutionnels de l'union économique canadienne.* Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1980 612

Chrétien, Jean. *Powers Over the Economy: Securing the Canadian Economic Union in the Constitution.* Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980 612

Christie, Innis. *Employment Law in Canada.* Toronto: Butterworths, 1980 ..... 269, 1543

Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports. Quebec: George E. Desbarats, 1865 ..... 719, 772

Code Civil du Bas Canada: Premier, Second et Troisième Rapports. Québec: George E. Desbarats, 1865 ..... 719, 772

Codère, Danielle. «La Loi sur la protection du territoire agricole et le droit privé». Dans Michel Poirier éd., *Droit québécois de l'aménagement du territoire.* Sherbrooke: Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1983 847

Colvin, Eric. "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345 ..... 1410, 1434

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law.* Toronto: Carswells, 1986 1407

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada.* Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082 987

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Guide de la publicité radiodiffusée: Lois, règlements et directives relatifs à la publicité radiodiffusée.* Hull: Approvisionnements et Services, 1978 . 962

Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 14 177

Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, vol. 4. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1951 1451

Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, vol 3. St. Paul: West Publishing, 1960 1199

Cormier, Louis A. and Louis-V. Sylvestre. *Loi sur la protection du territoire agricole: commentaires, décisions, jugements.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1984 ..... 853, 874

Cormier, Louis A. et Louis-V. Sylvestre. *Loi annotée sur la protection du territoire agricole.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1980 850

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois.* Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982 318

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada.* Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Quebec: Yvon Blais Inc., 1984 ..... 318, 755, 1077

Council of Europe. *Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* Strasbourg: 1971 1481

Cox, Archibald. *Freedom of Expression.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981 974

Creighton, D. *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations.* In *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, Appendix 2. Ottawa: King's Printer, 1939 609

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985 ..... 30, 1386

Delisle, R. J. Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195 543

Dougherty, Francis M. "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378 541

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 ..... 318, 1387

Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264 320

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1986 832

Dussault, René. *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 2. Québec: Presses de l'Université Laval, 1974 787

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980 152

Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877 970

England, G. "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9 283

Ethica Nichomacea, trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925) 166

Éthique de Nicomaque, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, art. 6. Garnier Flammarion, 1965 166

European Convention on Human Rights, 23 U.N.T.S. 222, art. 14 177

Evans, J. M. "Federal Jurisdiction — A Lamentable Situation" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124 333

Extradition Treaty between Canada and the United States, *Canada Treaty Series*, 1976 ..... 1476, 1503

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983 746

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law.* Boston: Little, Brown, 1978 1415

Fletcher, George P. "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis," 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971) 1415

Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984 86

Fox, Harold G. *Canadian Patent Law and Practice*, 4th ed. Toronto: Carswells, 1969 1636

Freedland, Mark Robert. *The Contract of Employment.* Oxford: Clarendon Press, 1976 271

Fridman, G. H. L. *Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986 ..... 499, 1116

Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979 ..... 441, 487

Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986 497

Gagnon, Robert P., Louis LeBel and Pierre Verge. *Droit du travail.* Québec: Presses de l'Université Laval, 1987 285

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2e éd. Montréal: Yvon Blais, 1985 787

Garant, Patrice. «Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique» (1986), 46 *R. du B.* 260 729

Ghestin, Jacques. «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété», D.1981.Chron.I 903

Glenn, Jane Matthews. «La protection du territoire agricole au Québec» (1980), 11 *R.D.G.* 209 869

Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet and Maxwell, 1986 1199

Grosman, Brian A. and Stephen H. Marcus. "New Developments in Wrongful Dismissal Litigation" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 656 1116

Hart, H. L. A. "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility," in *Oxford Essays in Jurisprudence.* Edited by A. G. Guest. London: Oxford University Press, 1961 1415

PAGE

Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988 1383

Head, Ivan L. "The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada", [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107 195

Hébert, Gérard and Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987 285

Hickling, M. A. "Employer's Liability for Sexual Harassment" (1988), 17 *Man. L.J.* 124 1284

Hogg, Peter W. *Canada Act 1982 Annotated*. Toronto: Carswells, 1982 624

Hogg, Peter W. "Constitutional Law — Limits of Federal Court Jurisdiction — Is There a Federal Common Law?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550 333

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985 ..... 178, 245, 401, 657, 670, 1078, 1216, 1246, 1322, 1548

Hogg, Peter W. "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9 217

Hogg, Peter W. and Warren Grover. "The Constitutionality of the Competition Bill" (1976), 1 *Can. Bus. L.J.* 197 678

Holdsworth, W. A. *The Law of Master and Servant*. London: George Routledge and Sons, 1876 271

Jessop, N. M. *Biosphere: A Study of Life*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1970 1632

Jessop, N. M. *Biosphère: écologie — mécanismes de l'adaptation*. Traduit par Ghislaine Van Berkom et autres. Ottawa: Éditions Recherche et Marketing, 1973 1632

Jones, P. F. M. Comment (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 744 215

Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "waiver" 1323

Kahn-Freund, Sir Otto. *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983 1051

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385 356

Kennedy, W. P. M. and D. C. Wells. *The Law of the Taxing Power in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1931 1187

Krauss, Michel. «Réflexions sur la rétroactivité des lois» (1983), 14 R.G.D. 287 317

L'Heureux, Jacques. «La responsabilité extra-contractuelle des municipalités: un point de vue différent sur l'arrêt Ville de Beauport c. Laurentide Motels» (1987), 47 *R. du B.* 160 729

L'Heureux, Jacques. «Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec» (1985), 16 *R.G.D.* 131 729

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981 1532

Labour Law: Cases, Materials and Commentary, 4th ed. Compiled by the Labour Law Casebook Group. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queens University, 1986 276

Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1906 776

Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986 217

Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969 217

Laskin, John B. and Robert J. Sharpe. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction" (1980), 30 *U. of T.L.J.* 283 333

Le nouveau Bescherelle 3: La grammaire pour tous. Paris: Hurtubise H.M.S., 1980 755

Lee, Tanya and Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U. of T. L.J.* 268 624

Lenoir, Robert L. "Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario" (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527 ... 199

Lepofsky, David and Hart Schwartz. "Constitutional Law — Charter of Rights and Freedoms — Section 15 — An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee: *R.* v. *Ertel*" (1988), 67 *Can. Bar. Rev.* 155 ... 1328

Lepofsky, M. David and Hart Schwartz. "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115 ... 166

Lepofsky, M. David et Hart Schwartz. «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115 ... 166

MacFarlane, Bruce A. *Drug Offences in Canada.* Toronto: Canada Law Book 1979 ... 72

MacGillivray on Insurance Law, vol. 1, 5th ed. By Denis Browne. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1961 ... 1466

MacKinnon, Catharine. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination.* London: Yale University Press, 1979 ... 1279

Macklem, Patrick and Eric Gertner. "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369 ... 362

MacPherson, James. "Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade" (1980), 1 C.H.R.R. c/7 ... 1247

Martin, Peter S. "Business Practices — Title II of the Quebec Consumer Protection Act". In Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec.* Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980 ... 981

Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 1969 ... 1071

Mazeaud, Henri et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, 7e éd. Paris: Montchrestien, 1985 ... 902

McCamus, John D. "Restitutionary Recovery of Moneys Paid to Public Authority Under a Mistake of Law: *Ignorantia Juris* in the Supreme Court of Canada" (1983), 17 *U.B.C. Law Rev.* 233 ... 1206

McDonald, Bruce C. "Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 161 ... 658

McNicoll, Micheline. «La réparation: une question de contrôle judiciaire» (1986), 32 *McGill L.J.* 187 ... 729

McNicoll, Micheline. «La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies» (1983), 24 *C. de D.* 379 ... 729

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984 ... 1530

Mewett, Alan W. *An Introduction to the Criminal Process in Canada.* Toronto: Carswells, 1988 ... 1603

Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: C. Théoret, 1896 ... 775

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government.* Edited by R. B. McCallum. Oxford: B. Blackwell, 1946 ... 152

Morin, Michel. «La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de faits,» [1985] R.D.J. 121 ... 794

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980 ... 987

Ninth Decennial Digest Part 2: American Digest System 1981-1986, vol. 26. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1988 ... 1452

O'Hearn, P. J. T. "Criminal Negligence: An Analysis in Depth" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27 ... 1407

Ogilvie, M. H. "The Reception of *Photo Production Ltd.* v. *Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*" (1982), 27 *McGill L.J.* 424 ... 507

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires.* Paris: OCDE, 1982. Société Radio-Canada. *Critères de la politique du code publicitaire* ... 987

Organization for Economic Cooperation and Development. *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising.* Paris: OECD, 1982 ... 987

PAGE

Oxford English Dictionary, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1969, "engage" 1542

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987 40

Palmer, George E. *The Law of Restitution*, 1986 Supplement. Boston: Little, Brown, 1986 1202

Palmer, George E. *The Law of Restitution*, vol. III. Boston: Little, Brown, 1978 1203

Pannam, Clifford L. "The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States" (1964), 42 *Texas L. Rev.* 779 1203

Pannick, David. *Sex Discrimination Law*. Oxford: Clarendon Press, 1985 1247

Parti Libéral du Québec. Comité constitutionnel. *Une nouvelle fédération canadienne*. Montréal: Comité constitutionnel du parti libéral du Québec, 1980 612

Pépin, Gilles. "The Problem of Section 96 of the Constitution Act 1867," in Clare F. Beckton and A. Wayne Mackay, eds. *The Courts and the Charter*. Toronto: University of Toronto Press, 1985 245

Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75 ..... 1416, 1434

Pigeon, Louis–Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswells, 1988 738

Pigeon, Louis–Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Éditeur officiel du Québec, © 1965, 1978 738

Pitt-Lewis, George. *A Complete Practice of the County Courts*, vol. 1. Assisted by H. A. De Colyar. London: Stevens, 1880 214

Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 898

Polyviou, Polyvios G. *Search and Seizure: Constitutional and Common Law*. London: Duckworth, 1982 62

Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing certain Rights and Freedoms other than Those Already Included in the Convention and in the First Protocol Thereto, European Convention on Human Rights, Article 3, paragraph 1, *European Treaty Series*, No. 46 1481

Protocole nº 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 3, paragraphe 1, *European Treaty Series*, No. 46. Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, *R.T. can.* 1976 1481

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi nº 72 — *Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978 984

Quebec Liberal Party. Constitutional Committee. *A New Canadian Federation*. Montreal: Constitutional Committee of the Quebec Liberal Party, 1980 612

Québec. Office de la protection du consommateur. *The Consumer Protection Act: Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)*, 1980 958

Rendall, James A. Annotation (1984), 8 C.C.L.I. 216 1452

Rendall, James A. Annotation (1986), 25 C.C.L.I. 217 1458

Safarian, A. E. *Canadian Federalism and Economic Integration*. Ottawa: Privy Council Office, 1974 ..... 612, 679

Scanlon, Thomas. "A Theory of Freedom of Expression". In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977 975

Scarff, Elizabeth. *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation: Final Report*. Ottawa: Solicitor General Canada, Programs Branch, Research Division, 1983 1383

Schaar, John H. "Equality of Opportunity and Beyond," in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds., *Nomos IX: Equality*. New York: Atherton Press, 1967 164

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982 968

Scott, F. R. Comment (1934), 12 *Can. Bar Rev.* 303 ... 1153

Sharpe, Robert J. "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide." In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987 ... 360

Speyer, Christopher. "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267 ... 549

Stalker, Anne. "Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal Negligence" (1982), 7 *Queens L.J.* 274 ... 1415

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan, 1883 ... 1310

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987 ... 1434

Summers, Clyde W. "Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute" (1976), 62 *Va. L. Rev.* 481 ... 284

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and the Law*, 2nd ed. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985 ... 173

Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975 102

Thayer, James B. "Presumptions and the Law of Evidence," 3 *Harv. L. Rev.* 141 (1889) ... 1386

"The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373 ... 356

Todd, Stephen. "The Negligence Liability of Public Authorities: Divergence in the Common Law" (1986), 102 *L.Q.R.* 370 ... 748

Trebilcock, Michael J., et al., eds. *Federalism and the Canadian Economic Union*. Toronto: University of Toronto Press for the Ontario Economic Council, 1983 ... 612

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988 ... 356

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985 ... 971

Tussman, Joseph T. and Jacobus tenBroek. "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341 ... 166

United Kingdom. Law Reform Committee. Sixteenth Report. *Privilege in Civil Proceedings*. London: H.M.S.O., 1967 ... 34

United States. Equal Employment Opportunity Commission. *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C.F.R. 1604.11(a) (1985) ... 1281

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981 ... 988

Van Dijk, P. and G. J. H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984 ... 1481

Waddams, S. M. "Note" (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189 ... 506

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984 ... 461

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1983 ... 1099, 1125

Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Modern Law Review* 369 ... 512

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977 ... 1076

Walton, Frederick Parker. *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduit par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980 ... 788

Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980 ... 788

Waters, D. W. M. *The Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984 ... 471

West's General Digest, Seventh Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986 ... 1452

PAGE

Whitebread, Charles and Christopher Slobogin. *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1986 1312

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974 541

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961 1576

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983 1386

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1972 1529

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974 1360

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961 1411

Wydrzynski, Christopher James. *Canadian Immigration Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1983 570

Ziegel, Jacob S. "Comment" (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 105 512

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ronald LeBlanc *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LEBLANC

File No.: 21144.

1989: June 13.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Trial procedure — Uttering a threat — Charge to the jury — Whether the Court of Appeal erred in determining that the trial judge's charge to the jury was insufficient in law.

APPEAL as of right from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1988), 90 N.B.R. (2d) 63, 44 C.C.C. (3d) 18, 66 C.R. (3d) 134, allowing an appeal from a conviction of uttering threats. Appeal allowed.

Graham J. Sleeth, for the appellant.

Steven M. Hutchinson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We find no error in the trial judge's charge to the jury and accordingly allow the appeal, set aside the acquittal, and restore the conviction by the jury.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitors for the respondent: Delaney & Hutchinson, Campbellton.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Ronald LeBlanc *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LEBLANC

N° du greffe: 21144.

1989: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Procédure au procès — Proférer des menaces — Exposé au jury — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que l'exposé du juge du procès au jury était insuffisant en droit?

POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1988), 90 R.N.-B. (2e) 63, 44 C.C.C. (3d) 18, 66 C.R. (3d) 134, qui a accueilli un appel d'une déclaration de culpabilité d'avoir proféré des menaces. Pourvoi accueilli.

Graham J. Sleeth, pour l'appelante.

Steven M. Hutchinson, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous concluons qu'il n'y a pas d'erreur dans l'exposé du juge du procès au jury et nous accueillons donc le pourvoi, infirmons l'acquittement et rétablissons le verdict de culpabilité rendu par le jury.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Bureau du procureur général, Fredericton.

Procureurs de l'intimé: Delaney & Hutchinson, Campbellton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sylvie Gagné *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GAGNÉ

File No.: 20442.

1989: June 15.

Present: Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Obstructing a peace officer — Transportation — Peace officer — Special constable — Authority to arrest without warrant.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1008, dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court acquitting respondent of obstructing a peace officer in the execution of his duties. Appeal dismissed.

Jean-Pierre Bessette and *Germain Tremblay*, for the appellant.

François Boileau, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Boileau, as we are ready to render judgment.

In view of the unusual situation the C.T.C.U.M. special constables were in, since the applicable legislation does not give them the authority to make an arrest without a warrant in the circumstances of this case, we all essentially agree with the Court of Appeal, and the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Germain Tremblay and Jean-Pierre Bessette, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bastien, Spagnoli, Denault, Corte, Bourassa, Gobeil & Associates, Montréal.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Sylvie Gagné *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GAGNÉ

N° du greffe: 20442.

1989: 15 juin.

Présents: Les juges Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Entrave à un agent de la paix — Transports — Agent de la paix — Constable spécial — Pouvoir d'arrestation sans mandat.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1008, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait acquitté l'intimée de l'accusation d'avoir entravé un agent de la paix dans l'exercice de ses fonctions. Pourvoi rejeté.

Jean-Pierre Bessette et *Germain Tremblay*, pour l'appelante.

François Boileau, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER — Il n'est pas nécessaire de vous entendre Me Boileau, nous sommes prêts à rendre jugement.

Eu égard à la situation particulière dans laquelle étaient placés les agents spéciaux de la C.T.C.U.M., à cause de l'encadrement législatif qui ne leur confère pas le pouvoir d'arrestation sans mandat dans les circonstances propres à l'espèce, nous sommes tous, pour l'essentiel, d'accord avec la Cour d'appel, et le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Germain Tremblay et Jean-Pierre Bessette, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Bastien, Spagnoli, Denault, Corte, Bourassa, Gobeil & Associés, Montréal.

Service d'optique Élite Ltée *Appellant*

v.

Ordre des optométristes du Québec *Respondent*

INDEXED AS: SERVICE D'OPTIQUE ÉLITE LTÉE *v.* ORDRE DES OPTOMÉTRISTES DU QUÉBEC

File No.: 20493.

1989: June 16.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Law of professions — Optometrist — Summary convictions — Denial of justice.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 87-724, dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court convicting appellant under s. 25 of the *Summary Convictions Act*. Appeal allowed.

Louis Masson, André Desgagné, Q.C., and *Robert Décary, Q.C.*, for the appellant.

Daniel Lavoie and *Pierre Marseille, Q.C.*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—We are all of the view that this appeal should be allowed in view of the flagrant denial of justice that is apparent from a mere reading of the transcripts. We allow the appeal and order a stay of proceedings. No costs will be awarded.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Joli-Cœur, Lacasse, Simard et Associés, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Stein, Monast, Pratte et Marseille, Montréal.

Service d'optique Élite Ltée *Appelante*

c.

Ordre des optométristes du Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SERVICE D'OPTIQUE ÉLITE LTÉE *c.* ORDRE DES OPTOMÉTRISTES DU QUÉBEC

N° du greffe: 20493.

1989: 16 juin.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit des professions — Optométriste — Poursuites sommaires — Déni de justice.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 87-724, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait déclaré l'appelante coupable d'une contravention à l'art. 25 de la *Loi sur les poursuites sommaires*. Pourvoi accueilli.

Louis Masson, André Desgagné, c.r., et *Robert Décary, c.r.*, pour l'appelante.

Daniel Lavoie et *Pierre Marseille, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli eu égard au déni de justice flagrant que révèle la seule lecture du procès-verbal. Accueillant le pourvoi, nous ordonnons un arrêt de procédure. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Joli-Cœur, Lacasse, Simard et Associés, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimé: Stein, Monast, Pratte et Marseille, Montréal.

Daniel Leduc *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LEDUC

File No.: 20359.

1989: June 16.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charter of Rights — Legal rights — Right to retain counsel — Impaired driving — Breath sample — Whether evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 816, 7 Q.A.C. 143, 56 C.R. (3d) 270, dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court setting aside the acquittals of the appellant on the charges of impaired driving and refusal to provide breath sample. Appeal allowed.

Norman Bonnin and *Francine Larouche*, for the appellant.

Serge Racine and *Denis Racicot*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—We are all of the view that this appeal should be allowed. Recent decisions of this Court show clearly that the rights of the accused under s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed. They also show clearly that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

The appeal is allowed, the convictions are set aside and the acquittals of the trial judge are restored.

Daniel Leduc *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LEDUC

N° du greffe: 20359.

1989: 16 juin.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Charte des droits — Garanties juridiques — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Échantillon d'haleine — La preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 816, 7 Q.A.C. 143, 56 C.R. (3d) 270, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait infirmé les acquittements de l'appelant relativement à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies et de refus de fournir un échantillon d'haleine. Pourvoi accueilli.

Norman Bonnin et *Francine Larouche*, pour l'appelant.

Serge Racine et *Denis Racicot*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis d'accueillir ce pourvoi. Les décisions récentes de cette Cour sont concluantes en regard de l'existence d'une violation des droits de l'accusé prévus à l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elles le sont tout autant en ce qui a trait à l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le pourvoi est accueilli, les verdicts de culpabilité sont cassés et les acquittements du premier juge sont rétablis.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Joëlle St-Germain, Shawinigan; Francine Larouche, Rouyn-Noranda.

Solicitor for the respondent: Denis Racicot, Rouyn-Noranda.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Joëlle St-Germain, Shawinigan; Francine Larouche, Rouyn-Noranda.

Procureur de l'intimée: Denis Racicot, Rouyn-Noranda.

Régent Watier *Appellant*

v.

Jean-Pierre Dupont *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en cause and Intervener*

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

INDEXED AS: DUPONT *v.* WATIER

File No.: 20538.

1989: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Courts — Charter of Rights — Legal rights — Independent court.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Independent court — Whether the issuance of a summon by a justice of the peace whose appointment may be revoked at any time by the provincial Minister of Justice violates the right of the accused person under s. 7 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 178 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15.

APPEAL from a judgment of Beauregard J.A., rendered on May 22, 1987, on appeal from a judgment rendered by the Superior Court on a stated case[1]. Appeal dismissed.

Harvey W. Yarosky and *Pierre de Grandpré*, *Q.C.*, for the appellant.

Jacques Breton and *Jean Lorrain*, for the respondent.

Paul Monty and *Marise Visocchi*, for the mis en cause and intervener the Attorney General of Quebec.

[1] Sup. Ct. Mtl., No. 500-36-000032-873, May 7, 1987.

Régent Watier *Appelant*

c.

Jean-Pierre Dupont *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause et intervenant*

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

RÉPERTORIÉ: DUPONT *c.* WATIER

N° du greffe: 20538.

1989: 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Tribunaux — Charte des droits — Garanties juridiques — Tribunal indépendant.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Tribunal indépendant — La délivrance d'une sommation par un juge de paix dont la nomination peut être révoquée en tout temps par le ministre provincial de la justice viole-t-elle le droit de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., chap. T-16, art. 178 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15.

POURVOI contre un jugement du juge Beauregard de la Cour d'appel, rendu le 22 mai 1987, en appel d'un jugement rendu par la Cour supérieure sur exposé de cause[1]. Pourvoi rejeté.

Harvey W. Yarosky et *Pierre de Grandpré*, *c.r.*, pour l'appelant.

Jacques Breton et *Jean Lorrain*, pour l'intimé.

Paul Monty et *Marise Visocchi*, pour le mis en cause et intervenant le procureur général du Québec.

[1] C.S. Mtl., n° 500-36-000032-873, le 7 mai 1987.

Bernard Laprade and *Myriam Bordeleau*, for the intervener the Attorney General of Canada.

W. J. Blacklock, for the intervener the Attorney General for Ontario.

R. H. Davie, Q.C., and *Stanley Rutwind*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear you, Mr. Breton, as we are all of the opinion that this appeal must be dismissed. Justice Lamer will deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—Assuming, without deciding, that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applied to this case throughout, we are nevertheless all of the view that this appeal must fail. None of the sections of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, applicable to justices of the peace, including s. 178, have been the object in this case of a challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The appellant's sole attack is therefore under s. 24(1) of the *Charter*. There is, in this case, no evidence that Justice of the Peace Lise Collin in the exercise of her duties under the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, violated any of the appellant's rights under s. 7 of the *Charter*.

The appeal is accordingly dismissed. There shall be no order as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; de Grandpré, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montréal.

Solicitors for the respondent: Dupont, Breton, Proulx & Associates, Montréal.

Solicitors for the mis en cause and intervener the Attorney General of Quebec: Paul Monty and Marise Visocchi, Ste-Foy.

Bernard Laprade et *Myriam Bordeleau*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

W. J. Blacklock, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. H. Davie, c.r., et *Stanley Rutwind* pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Breton puisque nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être rejeté. Le juge Lamer va exposer les motifs de jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—Même à supposer, sans toutefois le décider, que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'est appliquée en tout temps à la présente affaire, nous sommes néanmoins tous d'avis que ce pourvoi doit échouer. Aucune des dispositions de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., chap. T-16, applicables aux juges de paix, y compris l'art. 178, n'ont fait l'objet, en l'espèce, d'une attaque fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La seule attaque de l'appelant est donc fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Il n'y a en l'espèce aucune preuve que, dans l'exercice de ses fonctions en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., chap. P-15, le juge de paix Lise Collin a violé un des droits que l'art. 7 de la *Charte* confère à l'appelant.

Le pourvoi est donc rejeté. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; de Grandpré, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Dupont, Breton, Proulx & Associés, Montréal.

Procureurs du mis en cause et intervenant le procureur général du Québec: Paul Monty et Marise Visocchi, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Ontario: W. J. Blacklock and Renée Pomerance, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: R. H. Davie and Stanley Rutwind, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: W. J. Blacklock et Renée Pomerance, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: R. H. Davie et Stanley Rutwind, Edmonton.

Claude Gilles Lavigne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Clerk of the Peace and of the Crown, the Attorney General of Quebec, the Justice of the Peace Réal Bellemare and the Honourable Judge Bruno Cyr *Mis en cause*

and

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

INDEXED AS: R. *v.* LAVIGNE

File No.: 20983.

1989: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Justice of the Peace — Jurisdiction — Independence and impartiality — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 455 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Justice of the Peace.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 88-709, affirming a judgment of the Superior Court[1], which dismissed appellant's application for *certiorari*. Appeal dismissed.

François Corbeil, for the appellant.

Jean-François Dionne and *Gilles Lahaie*, for the respondent.

Bernard Laprade and *Myriam Bordeleau*, for the intervener the Attorney General of Canada.

W. J. Blacklock, for the intervener the Attorney General for Ontario.

[1] Sup. Ct. Terrebonne, No. 700-01-003303-842, February 26, 1985.

Claude Gilles Lavigne *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le greffier de la paix et de la couronne, le procureur général du Québec, le juge de paix Réal Bellemare et l'honorable juge Bruno Cyr *Mis en cause*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LAVIGNE

N° du greffe: 20983.

1989: 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Juge de paix — Juridiction — Indépendance et impartialité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 455 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Juge de paix.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 88-709, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure[1], qui avait rejeté la requête en *certiorari* présentée par l'appelant. Pourvoi rejeté.

François Corbeil, pour l'appelant.

Jean-François Dionne et *Gilles Lahaie*, pour l'intimée.

Bernard Laprade et *Myriam Bordeleau*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

W. J. Blacklock, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

[1] C.S. Terrebonne, n° 700-01-003303-842, le 26 février 1985.

R. H. Davie, Q.C., and *Stanley Rutwind*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It is not necessary to hear from you, Mr. Dionne, since we are all of the view that this appeal should be dismissed. Justice Lamer will deliver the Court's judgment.

LAMER J.—The appellant has not challenged the constitutionality of ss. 455 and 2 of the *Criminal Code*, or the other sections of the *Code* dealing with the appointment and remuneration of justices of the peace, or any other legislation applicable to the case at bar.

The only remaining challenge must lie in s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Yet there is nothing in the evidence in the record to establish that Justice of the Peace Bellemare infringed the appellant's rights under s. 7 of the *Charter*. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Sciascia, Iadeluca, Corbeil, Venneri & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jean-François Dionne, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Ontario: W. J. Blacklock and Renee Pomerance, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: R. H. Davie and Stanley Rutwind, Edmonton.

R. H. Davie, c.r., et *Stanley Rutwind*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre Me Dionne, nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être rejeté. Le juge Lamer va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—L'appelant n'a pas attaqué la constitutionnalité des art. 455 et 2 du *Code criminel*, ni les autres articles du *Code* pertinents à la nomination et au traitement des juges de paix, ni quelque autre loi applicable à l'espèce.

La seule attaque résiduaire doit loger au par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Or, rien dans la preuve au dossier n'établit que le juge de paix Bellemare ait dans ce dossier violé les droits de l'appelant garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Sciascia, Iadeluca, Corbeil, Venneri & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée: Jean-François Dionne, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: W. J. Blacklock et Renee Pomerance, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: R. H. Davie et Stanley Rutwind, Edmonton.

Belcourt Construction Co. *Appellant*

v.

Roger Marchand Limitée *Respondent*

INDEXED AS: BELCOURT CONSTRUCTION CO. *v.* ROGER MARCHAND LTÉE

File No.: 20655.

1989: June 21.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Contracts — Damages — Tenders — Lowest bidder withdrawing offer after bids opened — Refusal by bidder to enter into a formal contract — Determination of damages.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1987), 14 Q.A.C. 113, affirming a judgment of the Superior Court, [1981] C.S. 585. Appeal allowed.

Gilles Poulin, for the appellant.

Denis Rousseau, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—We are all of the same view as Montgomery J.A. of the Court of Appeal. For the reasons he gave, we allow the appeal and order Roger Marchand Limitée to pay Belcourt Construction Co. the sum of $138,056.55, with interest, as well as the indemnity provided for in art. 1078.1 of the *Civil Code of Lower Canada* from April 13, 1985, and costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Adessky Kingstone, Montréal.

Solicitors for the respondent: Leduc, LeBel, Montréal.

La Compagnie de construction Belcourt Limitée *Appelante*

c.

Roger Marchand Limitée *Intimée*

RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE DE CONSTRUCTION BELCOURT LTÉE *c.* ROGER MARCHAND LTÉE

N° du greffe: 20655.

1989: 21 juin.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Dommages — Soumissions — Retrait par le plus bas soumissionnaire de son offre après l'ouverture des soumissions — Refus du soumissionnaire de souscrire à un contrat formel — Détermination des dommages.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1987), 14 Q.A.C. 113, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1981] C.S. 585. Pourvoi accueilli.

Gilles Poulin, pour l'appelante.

Denis Rousseau, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Nous partageons tous l'avis du juge Montgomery de la Cour d'appel. Pour les raisons qu'il a données, nous accueillons le pourvoi, condamnons Roger Marchand Limitée à payer à la Compagnie de Construction Belcourt Limitée la somme de 138 056,55 $, avec intérêts, ainsi que l'indemnité prévue à l'art. 1078.1 du *Code civil du Bas-Canada* à compter du 13 avril 1985, et aux dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Adessky Kingstone, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Leduc, LeBel, Montréal.

Danie Steve Kalanj *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Gerald Joseph Pion *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* KALANJ

File Nos: 19792, 19805.

1988: March 28; 1989: June 22.

Present: Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Pre-charge delay — Whether pre-charge delay relevant to determining if an accused's right to be tried within reasonable time has been infringed — Meaning of the phrase a "person charged with an offence" in s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Appeal to the Supreme Court of Canada — Appeal where acquittal set aside — Court of Appeal vacating trial judge's order quashing an indictment preferred against the accused — Whether accused may appeal to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 618(2)(a) of the Criminal Code.

Following a police investigation, the appellants were arrested without warrants on May 5, 1982. They were released on the same day and no charges were laid against them until January 14, 1983 when K was charged with theft and P with conspiracy to commit theft. The Crown explained that the time required to prepare its case caused the delay in swearing the information. After the preliminary inquiry, a trial date was fixed for February 4, 1985. At trial, the appellants moved before plea to quash the indictment, on the ground that the delay in bringing the case to trial constituted an infringement of their right to be tried within a reasonable time guaranteed in s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found that both appellants and their families

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Danie Steve Kalanj *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et entre

Gerald Joseph Pion *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* KALANJ

N^os^ du greffe: 19792, 19805.

1988: 28 mars; 1989: 22 juin.

Présents: Les juges Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès tenu dans un délai raisonnable — Délai antérieur à l'accusation — Pertinence ou non du délai antérieur à l'accusation pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Sens du mot «inculpé» figurant à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit criminel — Pourvoi à la Cour suprême du Canada — Pourvoi contre un appel qui a annulé un acquittement — Ordonnance du juge du procès annulant l'acte d'accusation porté contre les accusés écartée par la Cour d'appel — Les accusés peuvent-ils se pourvoir devant la Cour suprême du Canada conformément à l'art. 618(2)a) du Code criminel?

Après une enquête de la police, les appelants ont été arrêtés sans mandat le 5 mai 1982. Ils ont été mis en liberté le même jour et aucune accusation n'a été portée contre eux avant le 14 janvier 1983, date à laquelle K a été accusé de vol et P de complot en vue de commettre un vol. La poursuite a expliqué que le retard mis à déposer la dénonciation découlait du temps requis pour préparer sa preuve. Après l'enquête préliminaire, la date du procès a été fixée au 4 février 1985. Au procès, les appelants ont demandé l'annulation de l'acte d'accusation pour le motif que le retard mis à leur faire subir leur procès constituait une violation du droit d'être jugés dans un délai raisonnable que leur garantissait l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que les deux appelants et leurs

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

suffered serious trauma and public embarrassment because of these arrests. He held that while the time from the swearing of the information to the date of trial did not amount to an unreasonable delay, the delay of some eight months between arrest and release and the swearing of the information was unreasonable and he quashed the indictment. On appeal by the Crown, the Court of Appeal held that the trial judge erred in considering the pre-information delay in deciding whether the appellants' s. 11(*b*) *Charter* right had been infringed. The Court vacated the order quashing the indictment and a trial on the merits was directed. The appellants now purport to appeal to this Court as of right pursuant to s. 618(2)(*a*) of the *Criminal Code*.

Held (Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 618(2)(*a*) of the *Code* provides an appeal for persons acquitted of an indictable offence whose acquittal has been set aside in the Court of Appeal. The appellants in this case were not acquitted and, on the face of the *Criminal Code*, there would appear to be no right of appeal. However, if the trial judge had had the benefit of the later decisions of this Court in *Mills* and *Jewitt* on this question, it is reasonable to assume that instead of quashing the indictment he would have ordered a judicial stay which, in accordance with *Jewitt*, would have been tantamount to an acquittal, and an appeal would thus have been open under s. 618(2)(*a*) upon the reversal of the stay in the Court of Appeal. Therefore, in the circumstances of this case, jurisdiction exists for the hearing of these appeals.

Section 11 affords its protection after an accused is charged with an offence. A person is "charged with an offence" within the meaning of that section when an information is sworn alleging an offence against him, or where a direct indictment is laid against him when no information is sworn. It follows that the reckoning of time in considering whether a person has been accorded a trial within a reasonable time under s. 11(*b*) will commence with the information or indictment, where no information has been laid, and will continue until the completion of the trial. Pre-information delay will not be a factor. This construction is supported by the words of the *Charter* and, as well, upon a consideration of its organization and structure. The specific language of s. 11 should not be ignored and the meaning of the word "charged" should not be twisted in an attempt to extend

familles avaient subi un traumatisme grave et avaient été humiliés publiquement en raison de ces arrestations. Il a conclu que même si le temps écoulé entre le dépôt de la dénonciation et la date du procès ne constituait pas un délai déraisonnable, le délai de huit mois environ qui s'était écoulé entre l'arrestation et la mise en liberté, d'une part, et le dépôt de la dénonciation, d'autre part, était abusif et il a annulé l'acte d'accusation. Lors de l'appel interjeté par la poursuite, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte du délai antérieur à la dénonciation pour déterminer s'il y avait eu violation du droit que confère aux appelants l'al. 11*b*) de la *Charte*. La Cour a écarté l'ordonnance d'annulation de l'acte d'accusation et a ordonné la tenue d'un procès sur le fond. Les appelants soutiennent maintenant qu'ils peuvent se pourvoir de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)*a*) du *Code criminel*.

Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents): Les pourvois sont rejetés.

Les juges McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé: L'alinéa 618(2)*a*) du *Code* accorde un pourvoi aux personnes dont l'acquittement d'un acte criminel a été annulé par la Cour d'appel. En l'espèce, les appelants n'ont pas été acquittés, de sorte qu'à la lecture du *Code criminel* il ne semblerait pas y avoir de droit d'appel. Cependant, si le juge du procès avait eu la possibilité de connaître les arrêts de cette Cour *Mills* et *Jewitt*, rendus plus tard sur cette question, il est raisonnable de supposer qu'au lieu d'annuler l'acte d'accusation, il aurait ordonné un arrêt des procédures qui, d'après l'arrêt *Jewitt*, aurait valu un acquittement et aurait pu faire l'objet d'un pourvoi en vertu de l'al. 618(2)*a*), après avoir été infirmé par la Cour d'appel. Donc, dans les circonstances de l'espèce, la Cour a compétence pour entendre ces pourvois.

L'article 11 accorde sa protection après qu'une personne a été inculpée. Une personne est «inculpée» au sens de cet article quand une dénonciation relative à l'infraction qu'on lui reproche est déposée ou quand un acte d'accusation est présenté directement sans dénonciation. Il s'ensuit que le délai qu'il faut calculer pour savoir si une personne a été jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11*b*) court à partir de la dénonciation ou de l'acte d'accusation, quand il n'y a pas de dénonciation, et s'étend jusqu'à la fin du procès. Le délai antérieur à la dénonciation ne compte pas. Le texte de la *Charte* de même que son régime et son économie étayent cette interprétation. Il ne faut ni faire fi des termes exprès de l'art. 11 ni déformer le sens du terme «inculpé» de manière à étendre l'application de cet article au délai antérieur à l'inculpation. Avant le dépôt de l'accusation,

the operation of the section into the pre-charge period. Prior to the charge, the rights of the accused are protected by general law and guaranteed by ss. 7, 8, 9 and 10 of the *Charter*. Here, appellants' right to a trial within a reasonable time has not been infringed. The time from the swearing of the information to the date of trial did not amount to an unreasonable delay.

Per Lamer J. (dissenting): The time frame to be considered in computing trial within a reasonable time generally runs only from the moment a person is charged. A person is charged under s. 11(*b*) as of, (a) the service of a summons, the execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*, or as of the moment a person is informed by the authorities of their existence; or (b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or (c) as of the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b). This definition of a "person charged" makes no distinction between an arrest with or without a warrant. In both cases, the person arrested enjoys the protection of s. 11(*b*). This definition is also the most consistent with the rationale of s. 11(*b*) as the charge from which the "reasonable time" inquiry begins will correspond to the start of the impairment of the accused's interests in the liberty and security of the person. The concept of the security of the person, in the context of s. 11(*b*), is not restricted to physical integrity but encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation".

Applying the definition to these cases, the delay started when the appellants were first arrested and released and the period between the arrest and the laying of the charges should have been computed in determining whether or not they have been tried within reasonable time. There is no doubt that, from the moment of the arrest, the appellants suffered a breach of their liberty as well as a restraint of their security. It is also obvious that that eight-month period between the arrest and the laying of the charges was in violation of s. 11(*b*). The appellants did not consent to the delay and tried to expedite the laying of the charges. The Crown gave no reasonable explanation to justify the delay. On the contrary, its explanation was an admission to the fact that they were not ready to charge and therefore should not have arrested. A stay of proceedings should be ordered.

les droits de l'accusé sont protégés par le droit en général et garantis par les art. 7, 8, 9 et 10 de la *Charte*. En l'espèce, il n'y a pas eu violation du droit des appelants d'être jugés dans un délai raisonnable. Le délai écoulé entre le dépôt de la dénonciation et la date du procès ne constitue pas un délai déraisonnable.

Le juge Lamer (dissident): Le délai dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu procès dans un délai raisonnable court, en général, seulement à partir du moment où une personne est inculpée. Il y a inculpation, au sens de l'al. 11*b*), dès qu'il y a a) signification d'une sommation, exécution d'un mandat en vertu d'une dénonciation aux termes de l'art. 455.3 du *Code criminel*, ou dès le moment où les autorités informent la personne de leur existence; ou b) délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou mise en liberté aux termes des art. 452 ou 453 du *Code*; ou c) arrestation, dans le cas de toutes les autres personnes arrêtées non visées en a) ou en b). Cette définition du mot «inculpation» ne fait pas de distinction entre une arrestation avec mandat et une arrestation sans mandat. Dans l'un et l'autre cas, la personne arrêtée jouit de la protection de l'al. 11*b*). Cette définition est aussi la plus conforme au raisonnement qui sous-tend l'al. 11*b*) puisque l'inculpation qui fixe le point de départ de l'analyse du «délai raisonnable» correspond au moment où l'on commence à porter atteinte aux droits de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. La notion de sécurité de la personne, dans le contexte de l'al. 11*b*), ne se limite pas à l'intégrité physique, mais elle englobe aussi celle de protection contre «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante».

Si on applique cette définition aux présents pourvois, le délai a commencé à courir au moment où les appelants ont été initialement arrêtés et mis en liberté et le délai écoulé entre l'arrestation et le dépôt des accusations aurait dû compter pour déterminer s'ils ont été jugés dans un délai raisonnable. Il ne fait pas de doute qu'à compter du moment où ils ont été arrêtés, les appelants ont subi une entrave à leur liberté et une atteinte à leur sécurité. Il est aussi évident que le délai de huit mois qui s'est écoulé entre l'arrestation et le dépôt des accusations a enfreint l'al. 11*b*). Les appelants n'ont pas consenti au délai écoulé et ils ont tenté de faire accélérer le dépôt des accusations. La poursuite n'a pas fourni d'explication raisonnable justifiant ce retard. Au contraire, son explication est une reconnaissance du fait qu'elle n'était pas prête à porter des accusations et qu'il n'y aurait pas dû y avoir d'arrestations. Il y a lieu d'ordonner l'arrêt des procédures.

Per Wilson J. (dissenting): Since s. 11(*b*) of the *Charter* is designed to protect the liberty and security interests of the accused, the relevant starting point for the running of time under the section should not be upon the *ex parte* laying of the information before the justice of the peace but rather when the impact of the criminal process is felt by the accused through the service of process upon him in the form of a summons or notice of appearance or an arrest with or without a warrant. However, the prejudice to the security interests of an accused arising purely from the fact of the imposition of the process upon him should not be considered in assessing the reasonableness of the delay. The prejudice relevant under s. 11(*b*) is the prejudice arising from the delay and not the prejudice arising from the imposition of the process. Here, the appellants were prejudiced by the delay between the arrest and the laying of the information and this prejudice can be attributed to the delay and not simply to the imposition of the process. Although an arrest and the subsequent laying of the charges would have affected their broad security interests at any time, the unjustified delay in the bringing of specific charges substantially aggravated that prejudice beyond what is acceptable or inherent in the criminal process itself.

Le juge Wilson (dissidente): Puisque l'al. 11*b*) de la *Charte* vise à protéger le droit à la liberté et à la sécurité des accusés, le moment à compter duquel il faut calculer le délai mentionné à cet alinéa devrait être non pas celui du dépôt, par une partie en l'absence de l'autre, de la dénonciation devant le juge de paix, mais plutôt celui où l'accusé ressent les effets du processus criminel par la signification qui lui est faite d'un acte de procédure sous forme de sommation ou de citation à comparaître ou par une arrestation avec ou sans mandat. Cependant, pour évaluer le caractère raisonnable du délai, il ne faut pas tenir compte du préjudice causé aux droits à la sécurité de l'accusé du seul fait de la signification de l'acte de procédure. Le préjudice pertinent en vertu de l'al. 11*b*) est celui qui résulte du délai écoulé et non celui qui résulte de la signification de l'acte de procédure. En l'espèce, les appelants ont subi un préjudice en raison du délai écoulé entre l'arrestation et le dépôt de la dénonciation et ce préjudice reste imputable à ce délai et non à la seule signification de l'acte de procédure. Quoique leur arrestation et le dépôt subséquent d'accusations auraient préjudicié à leurs droits généraux à la sécurité, le retard injustifié qu'on a mis à déposer des accusations précises a aggravé sensiblement ce préjudice bien au-delà de ce qui est acceptable ou inhérent au processus criminel lui-même.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Boron* (1983), 8 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *R. v. Devji* (1985), 19 C.C.C. (3d) 310; *Re Gray and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 62; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Davis* (1988), 86 N.S.R. (2d) 284; *R. v. Mackintosh* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 1; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Garton and Whelan* (1984), 14 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114.

By Lamer J. (dissenting)

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; Eur. Court H. R., *Deweer* case, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35; Eur. Court H. R., *Eckle* case, judgment of 15 July 1982, Series A No. 51; Eur. Court H. R., case of *Foti and others*, judgment of 10 December 1982, Series A No. 56.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. v. Boron* (1983), 8 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *R. v. Devji* (1985), 19 C.C.C. (3d) 310; *Re Gray and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 62; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Davis* (1988), 86 N.S.R. (2d) 284; *R. v. Mackintosh* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 1; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Garton and Whelan* (1984), 14 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Robbins* (1844), 1 Cox C.C. 114.

Citée par le juge Lamer (dissident)

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; Cour eur. D. H., affaire *Deweer*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35; Cour eur. D. H., affaire *Eckle*, arrêt du 15 juillet 1982, série A n° 51; Cour eur. D. H., affaire *Foti et autres*, arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56.

By Wilson J. (dissenting)

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 448 "accused" [rep. & subs. 2nd Supp., c. 2, s. 5], 451 [*idem*], 452 [*idem*], 453 [*idem*], 455 [*idem*], 455.1 [ad. *idem*], 455.3 [ad. *idem*; am. 1972, c. 13, s. 35(2)], 577(3), 602, 605(1)(*a*), (*c*) [ad. 1985, c. 19, s. 137], 618(2)(*a*) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)], 723, 724, 737(1).

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, (1950), Art. 6(1).

Authors Cited

Mewett, Alan W. *An Introduction to the Criminal Process in Canada*. Toronto: Carswells, 1988.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 26 C.C.C. (3d) 136, allowing the Crown's appeal from a judgment of Selbie Co. Ct. J., allowing appellants' application to quash the indictment. Appeals dismissed, Lamer and Wilson JJ. dissenting.

E. David Crossin, for the appellant Kalanj.

Donald J. Sorochan, for the appellant Pion.

Colin Sweeney and *Alexander Budlovsky*, for the respondent.

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

MCINTYRE J.—The general issue on these appeals is whether the rights of the appellants under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* "to be tried within a reasonable time" have been infringed. More specifically, the question is whether pre-charge delays should be included in the calculation of whether there was an unreasonable delay in bringing the appellants to trial.

The appellants, Kalanj and Pion, were arrested without warrants on May 5, 1982. The police

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 448 «prévenu» [abr. & rempl. 2e supp., chap. 2, art. 5], 451 [*idem*], 452 [*idem*], 453 [*idem*], 455 [*idem*], 455.1 [aj. *idem*], 455.3 [aj. *idem*; mod. 1972, chap. 13, art. 35(2)], 577(3), 602, 605(1)*a*), *c*) [aj. 1985, chap. 19, art. 137], 618(2)*a*) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)], 723, 724, 737(1).

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 6(1).

Doctrine citée

Mewett, Alan W. *An Introduction to the Criminal Process in Canada*. Toronto: Carswells, 1988.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 26 C.C.C. (3d) 136, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre la décision du juge Selbie de la Cour de comté de faire droit à la requête des appelants visant à faire annuler l'acte d'accusation. Pourvois rejetés, les juges Lamer et Wilson sont dissidents.

E. David Crossin, pour l'appelant Kalanj.

Donald J. Sorochan, pour l'appelant Pion.

Colin Sweeney et *Alexander Budlovsky*, pour l'intimée.

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

LE JUGE MCINTYRE—La question principale que soulèvent les présents pourvois est de savoir s'il y a eu violation du droit qu'ont les appelants «d'être jugé[s] dans un délai raisonnable» en vertu de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De façon plus précise, il s'agit de savoir s'il faut tenir compte des délais antérieurs au dépôt de l'accusation pour déterminer si les appelants ont été jugés dans un délai raisonnable.

Les appelants Kalanj et Pion ont été arrêtés sans mandat le 5 mai 1982. Les policiers soupçonnaient

suspected Kalanj of stealing meat from his meat-packer employer and delivering it to Pion, also in the meat packing business, for sale by Pion and a division of the profits. The arrest followed a detailed investigation by the police which commenced in early March of 1982. On March 17, 1982, the police procured a judicial authorization to intercept the private communications of Kalanj and other unknown persons, and proceeded to intercept some sixty-five communications between March 18, 1982 and May 5, 1982. On the basis of information thus acquired, the police obtained and executed search warrants and made the arrests. Following their arrests, the appellants were finger printed and placed in police cells but were released later the same day. They were told not to leave the city and were informed, as well, that charges would be laid and that a summons would issue. The arrests were made at the appellants' places of business; they received wide publicity and there can be no doubt that the appellants suffered grave embarrassment. The trial judge found that prior to being charged, but after arrest and release, both appellants and their families suffered serious trauma and public embarrassment because of these arrests.

Kalanj de voler de la viande de l'entreprise de salaison et conserverie de viandes qui l'employait et de la livrer à Pion, qui travaillait aussi dans le secteur de la salaison et de la conserverie des viandes, pour qu'il la vende et partage le produit de la vente avec lui. L'arrestation a eu lieu à la suite d'une enquête minutieuse de la police qui avait été entreprise au début de mars 1982. Le 17 mars 1982, les policiers ont obtenu une autorisation judiciaire d'intercepter les communications privées de Kalanj et d'autres personnes inconnues et ils ont intercepté quelque soixante-cinq conversations entre le 18 mars 1982 et le 5 mai 1982. Grâce aux renseignements ainsi recueillis, les policiers ont obtenu des mandats de perquisition qu'ils ont exécuté et ont procédé aux arrestations. Après leur arrestation, les appelants ont été soumis à la prise des empreintes digitales et incarcérés, mais ils ont été mis en liberté plus tard le même jour. On leur a dit de ne pas quitter la ville et on les a également informés que des accusations seraient portées contre eux et qu'ils seraient assignés à comparaître. Les arrestations ont eu lieu sur les lieux de travail des appelants; elles ont fait l'objet d'une grande publicité et il n'y a pas de doute que les appelants ont subi de graves ennuis. Le juge du procès a conclu qu'avant d'être accusés, mais après avoir été arrêtés et mis en liberté, les deux appelants et leurs familles avaient subi un traumatisme grave et avait été humiliés publiquement en raison de ces arrestations.

On January 14, 1983, some eight months and nineteen days after the arrests and releases, an information was sworn alleging that the appellants had committed the offences of theft and conspiracy to commit theft. This delay in swearing the information was said by the Crown to have been made necessary because of the time required to prepare its case. It was necessary to review a large number of intercepted communications, to identify those which were relevant to the various issues, and to have them transcribed. Much police time, it was said, was consumed in interviewing witnesses whose names became known to the police because of the interceptions, and the matter was not ready for the swearing of the information until January 14, 1983.

Le 14 janvier 1983, quelque huit mois et dix-neuf jours après l'arrestation et la mise en liberté des appelants, une dénonciation de vol et de complot en vue de commettre un vol était déposée contre eux. Selon la poursuite, le retard mis à déposer la dénonciation avait été rendu nécessaire par la préparation de sa preuve. On avait dû examiner un grand nombre de communications interceptées, afin de déterminer celles qui se rapportaient aux différentes questions soulevées, et les faire transcrire. On a affirmé que la majeure partie du temps pris par la police avait été consacré à interroger des témoins dont la police avait appris les noms grâce aux conversations interceptées et que l'affaire n'était arrivée à l'étape du dépôt de la dénonciation que le 14 janvier 1983.

The trial did not commence until February of 1985, some two years after the information was sworn. The appellants' first court appearance was on February 18, 1983, the purpose of which was to fix a date for the preliminary hearing. On that date the proceedings were adjourned until March 9, 1983 at the request of counsel for the appellants, who wished to obtain particulars from the Crown. The particulars were supplied on March 30, 1983 and the case was set over until April 13, 1983 to fix a date for the preliminary hearing. The preliminary hearing was set to run from September 6 to September 20, 1983. It was adjourned twice: once at the request of counsel for Kalanj, who was engaged in another trial, and once because of problems caused by a strike of government employees. On April 17, 1984 the preliminary hearing commenced and the appellants were committed for trial upon its conclusion in late April. On May 31, 1984 a trial date was fixed for February 4, 1985.

At trial, the appellants moved before plea to quash the indictment, on the ground that the delay in bringing the case to trial constituted an infringement of their right to be tried within a reasonable time guaranteed in s. 11(*b*) of the *Charter*. The trial judge found that while the time from the swearing of the information to the date of trial did not amount to an unreasonable delay, the delay of some eight months between arrest and release and the swearing of the information was unreasonable. He said:

> I have not up to now referred to the period of time between the formal laying of the charges in January of 1983 and the trial in February of 1985. It is my view without reviewing what happened during that period that standing alone and open to many criticisms this period nevertheless in itself does not disclose a degree of unreasonableness so as to justify taking an extreme step such as the quashing of the indictment. My view is otherwise if the period prior to the formal laying of the charge back to the arrests is considered.

He quashed the indictment.

On appeal by the Crown, the Court of Appeal (Craig, Macfarlane and McLachlin JJ.A.) unani-

Le procès n'a commencé qu'en février 1985, c'est-à-dire environ deux ans après le dépôt de la dénonciation. La première comparution en justice des appelants a eu lieu le 18 février 1983, afin de fixer la date de leur enquête préliminaire. Le même jour, les procédures ont été ajournées au 9 mars 1983, à la demande des avocats des appelants qui voulaient obtenir des détails de la poursuite. Ces détails ont été fournis le 30 mars 1983 et l'affaire a été reportée au 13 avril 1983 pour déterminer la date de l'enquête préliminaire. L'enquête préliminaire a été fixée au 6 septembre et devait durer jusqu'au 20 septembre 1983. Elle a été ajournée à deux reprises: d'abord à la demande de l'avocat de Kalanj, qui prenait part à un autre procès, et une autre fois en raison des problèmes causés par une grève des fonctionnaires. L'enquête préliminaire a débuté le 17 avril 1984 et les appelants ont été renvoyés à leur procès à la clôture de cette enquête à la fin du mois d'avril. Le 31 mai 1984, la date du procès a été fixée au 4 février 1985.

Au procès, les appelants ont demandé l'annulation de l'acte d'accusation pour le motif que le retard mis à leur faire subir leur procès constituait une violation du droit d'être jugés dans un délai raisonnable que leur garantissait l'al. 11*b*) de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que même si le temps écoulé entre le dépôt de la dénonciation et la date du procès ne constituait pas un délai déraisonnable, le délai de huit mois environ qui s'était écoulé entre l'arrestation et la mise en liberté, d'une part, et le dépôt de la dénonciation, d'autre part, était abusif. Il a dit:

> [TRADUCTION] Je n'ai pas encore parlé du délai qui s'est écoulé entre le dépôt officiel des accusations en janvier 1983 et le procès en février 1985. Sans analyser en détail ce qui s'est produit pendant cette période, j'estime que même s'il prête beaucoup à critique ce seul délai n'est pas en soi déraisonnable au point de justifier la mesure extrême que constitue l'annulation de l'acte d'accusation. Par contre, je crois qu'il en va autrement si l'on tient compte de la période écoulée entre les arrestations et le dépôt officiel de l'accusation.

Il a annulé l'acte d'accusation.

Lors de l'appel interjeté par la poursuite, la Cour d'appel (les juges Craig, Macfarlane et

mously decided that the trial judge erred in considering the pre-information delay in deciding whether the appellants' s. 11(*b*) *Charter* right had been infringed: (1986), 26 C.C.C. (3d) 136. The order quashing the indictment was vacated and a trial on the merits was directed.

The appellants now purport to appeal to this Court as of right pursuant to s. 618(2)(*a*) of the *Criminal Code*, which provides an appeal for persons acquitted of an indictable offence whose acquittal has been set aside in the Court of Appeal. The appellants were not, however, acquitted: the indictment upon which they were to stand trial was quashed. Section 605(1)(*c*) of the *Code* permitted the Crown to appeal to the Court of Appeal, but s. 618(2)(*a*) does not on its terms permit these appeals. Section 602 of the *Criminal Code* provides that no appeals save those provided for in the *Code* shall be taken in indictable offences. On the face of the *Criminal Code* sections, there would then appear to be no right of appeal.

The judgment at trial was released before the judgment of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In that case, Lamer J., though dissenting on other grounds, considered that where a s. 11(*b*) *Charter* right had been infringed the appropriate remedy would be a stay of proceedings. In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, this Court held that a stay of proceedings granted at trial was tantamount to an acquittal and therefore subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*. If the trial judge had had the benefit of the later decisions on this question, it is reasonable to assume that instead of quashing the indictment he would have ordered a judicial stay, which in accordance with *Jewitt* would have been tantamount to an acquittal, and an appeal would thus have been open under s. 618(2)(*a*) of the *Code* upon the reversal of the stay in the Court of Appeal. I am therefore of the view that in the circumstances of this case jurisdiction exists for the hearing of these appeals.

McLachlin) a décidé à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte du délai antérieur à la dénonciation pour déterminer s'il y avait eu violation du droit que confère aux appelants l'al. 11*b*) de la *Charte*: (1986), 26 C.C.C. (3d) 136. La Cour d'appel a écarté l'ordonnance d'annulation de l'acte d'accusation et a ordonné la tenue d'un procès sur le fond.

Les appelants soutiennent maintenant qu'ils peuvent se pourvoir de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)*a*) du *Code criminel*, qui accorde un pourvoi aux personnes dont l'acquittement d'un acte criminel a été annulé par la Cour d'appel. Cependant, les appelants n'ont pas été acquittés, c'est l'acte d'accusation pour lequel ils devaient subir leur procès qui a été annulé. L'alinéa 605(1)*c*) du *Code* permettait à la poursuite d'interjeter appel à la Cour d'appel, mais le texte de l'al. 618(2)*a*) n'autorise pas les présents pourvois. L'article 602 du *Code criminel* prévoit qu'aucun appel, sauf ceux que le *Code* prévoit, ne peut être interjeté relativement à des actes criminels. À la lecture des dispositions du *Code criminel*, il ne semblerait donc pas y avoir de droit d'appel.

Le jugement de première instance a été rendu avant l'arrêt de cette Cour *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cet arrêt, le juge Lamer, quoique dissident pour d'autres motifs, a estimé qu'en cas de violation du droit conféré par l'al. 11*b*) de la *Charte*, la réparation appropriée serait l'arrêt des procédures. Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, cette Cour a statué que l'arrêt des procédures accordé au procès équivalait à un acquittement et qu'elle était donc susceptible d'appel de la part de la poursuite, conformément à l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*. Si le juge du procès avait eu la possibilité de connaître les décisions rendues plus tard sur cette question, il est raisonnable de supposer qu'au lieu d'annuler l'acte d'accusation, il aurait ordonné un arrêt des procédures qui, d'après l'arrêt *Jewitt*, aurait valu un acquittement et aurait pu faire l'objet d'un pourvoi en vertu de l'al. 618(2)*a*) du *Code*, après avoir été infirmé par la Cour d'appel. Je suis donc d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, nous avons compétence pour entendre les présents pourvois.

I now turn to the main issue on the appeals. Section 11(*b*) of the *Charter* provides that "Any person charged with an offence has the right . . . to be tried within a reasonable time". The section, it will be observed, refers only to those persons who are "charged" with an offence. The question, then, which must be answered is: When is a person "charged with an offence" within the meaning of s. 11(*b*)?

This issue was considered by both the trial judge and the Court of Appeal. The trial judge seems to have concluded that "the appellants were only charged for the purposes of the Charter when some justice signed the information in January, 1983". He concluded, however, that the pre-charge delay could be considered in deciding if an accused had been tried within a reasonable time under s. 11(*b*). The Court of Appeal, on the other hand, held that s. 11(*b*) is specifically and exclusively addressed to the delay between the actual charge, which is the laying of the information, and the date of the trial, and that s. 11(*b*) may not be invoked in response to a delay in laying a charge. It was argued before this Court that the Court of Appeal erred in its interpretation of s. 11(*b*). Counsel for the appellants submitted that the appellants were charged within the meaning of s. 11(*b*) at the time of their arrest and release and that, accordingly, the entire period from May 5, 1982 until the commencement of the trial on February 4, 1985 should be considered in deciding if the trial had taken place within a reasonable time.

The word "charged" or "charge" is not one of fixed or unvarying meaning at law. It may be and is used in a variety of ways to describe a variety of events. A person is clearly charged with an offence when a charge is read out to him in court and he is called upon to plead. Many authorities support this view if authority is necessary: see *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, and the cases cited therein. A person could be considered in a general or popular sense to be charged with an offence when informed by one in authority that "you will be summoned to court" or upon an arrest when in answer to a demand to know what all this is about an officer replies: "You are arrested for murder".

J'examinerai maintenant la question principale soulevée dans ces pourvois. L'alinéa 11*b*) de la *Charte* prévoit que «Tout inculpé a le droit [. . .] d'être jugé dans un délai raisonnable». Il faut noter que l'article ne parle que d'un inculpé. La question qui se pose alors est la suivante: Quand une personne est-elle «inculpée» au sens de l'al. 11*b*)?

Le juge du procès et la Cour d'appel ont examiné cette question. Le juge du procès semble avoir conclu que [TRADUCTION] «pour les fins de la Charte, les appelants ont été inculpés quand un juge de paix a signé la dénonciation en janvier 1983». Il a jugé toutefois que les délais antérieurs à l'accusation pouvaient compter lorsqu'il s'agit de décider si un inculpé a été jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11*b*). D'autre part, la Cour d'appel a statué que l'al. 11*b*) vise précisément et exclusivement le délai écoulé entre le moment où l'accusation a été portée, qui correspond au dépôt de la dénonciation, et la date du procès, et que l'al. 11*b*) ne peut être invoqué en raison d'un retard à porter une accusation. On a soutenu ici que la Cour d'appel avait commis une erreur en interprétant l'al. 11*b*). Les avocats des appelants soutiennent que ces derniers ont été inculpés au sens de l'al. 11*b*) au moment de leur arrestation et de leur mise en liberté et que, par conséquent, il faut tenir compte de toute la période écoulée entre le 5 mai 1982 et le début du procès le 4 février 1985, pour déterminer si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable.

Le mot «inculpé» ou «inculpation» n'a pas de sens figé ou invariable en droit. Il peut être et est effectivement utilisé de diverses façons pour désigner divers événements. Une personne est manifestement inculpée au moment où l'acte d'accusation lui est lu en cour et où on lui demande d'inscrire un plaidoyer. Une jurisprudence abondante vient, au besoin, étayer cette affirmation: voir *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, et la jurisprudence qui y est citée. Dans un sens large ou populaire, on peut considérer qu'une personne est inculpée lorsque quelqu'un en situation d'autorité l'informe qu'elle sera «sommée de comparaître en justice» ou quand, après avoir demandé ce qui se passe au

There are many other occasions when in the popular mind a person may be said to be charged for, according to Professor Mewett in *An Introduction to the Criminal Process in Canada* (1988), the word "charge" has no precise meaning at law but merely means that steps are being taken which in the normal course will lead to a criminal prosecution. However, despite what may be termed the imprecision of the word "charge" or the phrase "a person charged", the courts are faced with the task of developing a meaning of the word as used in s. 11 of the *Charter*.

In addressing this task, the courts have generally avoided the definite but restricted definition to be found in *Chabot*, *supra*, and have generally concluded that a person is charged with an offence within the meaning of s. 11 of the *Charter* when an information has been sworn which constitutes an initiating step in court proceedings. In *R. v. Boron* (1983), 8 C.C.C. (3d) 25 (Ont. H.C.), Ewaschuk J. considered what he saw as three possible interpretations of the word "charged", and he concluded, at p. 31, that:

> In conclusion, I adopt the more prevalent view that the word "charged" in s. 11 of the Charter refers to the laying of an information, or the preferment of a direct indictment where no information has been laid. In consequence, the time-frame to be considered in computing trial within a reasonable time only runs from the laying of a charge. This general rule may have certain exceptions which I deal with later. Accordingly, the trial judge erred in holding that the Charter guarantees the right of a person to have proceedings promptly instituted against a person charged with an offence.

He had earlier said, at p. 28, referring to the old practice when a peace officer making an arrest would say: "I charge you in the name of the Queen with the murder of John Smith":

> However, that interpretation of the word "charged" is somewhat antiquated in light of s. 10(*a*) of the Charter which requires a peace officer on arrest or detention to inform the person arrested or detained of the reason (or reasons) therefor. By contrast, the Crown prosecutor is assumed to be the governmental official who decides the appropriate charge . . . .

moment de son arrestation, l'agent de police lui répond «Vous êtes arrêtée pour meurtre». Il existe de nombreux autres cas où, dans l'esprit des gens, on peut dire qu'une personne est inculpée parce que, selon le professeur Mewett dans son ouvrage intitulé *An Introduction to the Criminal Process in Canada* (1988), le mot «inculpation» («*charge*») n'a pas de sens précis en droit, mais signifie seulement que des mesures sont prises qui aboutiront normalement à des poursuites criminelles. Cependant, quelle que soit l'imprécision que l'on attribue au mot «inculpation» ou «inculpé», les tribunaux judiciaires doivent préciser le sens dans lequel il est utilisé à l'art. 11 de la *Charte*.

Pour y arriver, les tribunaux ont en général évité la définition précise mais restreinte que l'on trouve dans l'arrêt *Chabot*, précité, et ils ont généralement conclu qu'une personne est inculpée au sens de l'art. 11 de la *Charte* au moment du dépôt de la dénonciation qui constitue une mesure introductive d'instance judiciaire. Dans l'arrêt *R. v. Boron* (1983), 8 C.C.C. (3d) 25 (H.C. Ont.), le juge Ewaschuk a examiné ce qu'il considérait comme les trois interprétations possibles du mot «inculpé» («*charged*») pour conclure, à la p. 31:

> [TRADUCTION] Somme toute, j'adopte le point de vue prépondérant selon lequel le mot «inculpé» à l'art. 11 de la Charte désigne le dépôt d'une dénonciation ou la présentation d'un acte d'accusation directement sans dénonciation. En conséquence, la période à considérer pour déterminer si le procès a lieu dans un délai raisonnable ne part que du dépôt d'une accusation. Cette règle générale peut comporter certaines exceptions sur lesquelles je reviendrai plus loin. Le juge du procès a donc commis une erreur en concluant que la Charte garantit à une personne inculpée le droit à l'initiation rapide de procédures contre elle.

Il avait déjà affirmé, à la p. 28, au sujet de l'usage ancien selon lequel l'agent de la paix disait, au moment de procéder à l'arrestation d'une personne: [TRADUCTION] «Je vous inculpe au nom de la Reine du meurtre de M. Untel»:

> [TRADUCTION] Cependant, cette interprétation du mot «inculpé» est un peu dépassée en raison de l'obligation faite par l'al. 10*a*) de la Charte à l'agent de la paix d'informer une personne, lors de son arrestation ou de sa détention, des motifs de cette arrestation ou détention. Par contre, le substitut du procureur général est censé être le fonctionnaire de l'État qui détermine l'accusation à porter . . .

He also rejected the idea that one is charged only when one appears in court to answer the charge, in other words, the *Chabot* approach. On this basis, Ewaschuk J. concluded that the time period, which under s. 11(*b*) of the *Charter* must be reasonable, is the period commencing with the swearing of the information or the preferring of a direct indictment when an information has not been sworn and concluding with the trial. In this approach, pre-information delay would not be a factor, but it will be observed that he allowed for an exception which in some cases would permit consideration of pre-charge time.

Il a aussi rejeté l'idée qu'une personne est inculpée seulement à partir du moment où elle comparaît devant le tribunal pour répondre à l'accusation, qui correspond, en d'autres termes, à la définition de l'arrêt *Chabot*. À partir de cela, le juge Ewaschuk a conclu que le délai qui doit être raisonnable en vertu de l'al. 11*b*) de la *Charte*, commence à courir lors du dépôt de la dénonciation ou de la présentation d'un acte d'accusation directement sans dénonciation et se termine au procès. Selon ce point de vue, le délai antérieur au dépôt de la dénonciation ne compte pas, mais il faut se souvenir qu'il a prévu une exception qui, dans certains cas, permettrait de tenir compte du délai antérieur au dépôt de l'accusation.

The proposition that an accused person is charged only when the information is sworn has been accepted in a number of appellate court decisions. In *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, for example, the Ontario Court of Appeal referred to the date of the information as being "the time that the respondent was charged". Dubin J.A., speaking for the court, said that in that case there was no delay between the time of the charge, by which he was referring to the time of the swearing of the information, and the time of the trial, and therefore, s. 11(*b*) had no application. See also: *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (Man.); *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480 (Ont.); *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Que.); and *R. v. Devji* (1985), 19 C.C.C. (3d) 310 (B.C.) This approach has also been adopted at the trial level: *Re Gray and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 62 (Sask.); *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (B.C.); and *R. v. Davis* (1988), 86 N.S.R. (2d) 284. I would note here that the *Criminal Code* in s. 455, for indictable offences, and in ss. 723 and 724, for summary conviction offences, speaks of the laying of an information and requires, as well, that an information be sworn. For the purposes of this judgment, the terms "laying an information" and "swearing an information", having the same significance, are used interchangeably.

De nombreux arrêts des cours d'appel ont reconnu qu'une personne n'est inculpée que lors du dépôt de la dénonciation. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario a désigné la date de la dénonciation comme étant [TRADUCTION] «le moment où l'intimé a été inculpé». Le juge Dubin a affirmé, au nom de la cour, que dans cette affaire il n'y avait pas eu de délai entre le moment de l'inculpation, il parlait alors du moment du dépôt de la dénonciation, et le moment du procès et qu'en conséquence l'al. 11*b*) ne trouvait pas application. Voir aussi: *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (Man.), *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480 (Ont.), *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Qué.), et *R. v. Devji* (1985), 19 C.C.C. (3d) 310 (C.-B.) Des tribunaux de première instance ont aussi adopté ce point de vue: *Re Gray and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 62 (Sask.), *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (C.-B.), et *R. v. Davis* (1988), 86 N.S.R. (2d) 284. Je souligne ici qu'à l'art. 455 du *Code criminel*, pour les infractions criminelles, et aux art. 723 et 724, pour les infractions punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, on parle du dépôt d'une dénonciation et ces articles exigent aussi que la dénonciation soit faite sous serment. Pour les fins du présent pourvoi les expressions «déposer une dénonciation» ou «faire une dénonciation sous serment» ont le même sens et sont employées indistinctement.

As has been said, the argument which the appellants have raised on this appeal is that they were charged within the meaning of s. 11(*b*) on the date of the arrest, which was some eight months prior to the laying of the information. The appellants submit that this Court's decisions in *Mills v. The Queen*, *supra*, and *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981, support this proposition. Briefly, the argument is that Lamer J.'s dissent in *Mills* (concurred in by Dickson C.J.) which extended the meaning of "charged" was adopted by the majority in *Carter*. In *Mills*, Lamer J. expressed the view that the meaning of "charged" should be one which is consistent with the aim and purpose of the section. In his view, the reasonable time under s. 11(*b*) must be computed from the start of the impairment of the accused's interest in the liberty and security of the person. He therefore considered that a person would be charged upon:

(a) the service of a summons, the execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*, or as of the moment a person is informed by the authorities of their existence; or

(b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or

(c) as of the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b).

(*Mills*, *supra*, at p. 946.)

This view did not attract the support or agreement of a majority of the Court. On the same day that the judgment in *Mills* was released the Court released the judgment in *Carter v. The Queen*. The argument of the appellants is that in *Carter* Lamer J. applied the definition of "charge" which he set out in *Mills*. He said, at p. 985:

The accused in this case was "charged" as of the service of a summons pursuant to the laying of the information, which means that he was charged on January 28, 1983.

As I have indicated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, which has been handed down this same day, the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time generally runs only from the moment a person is charged. In passing, I might add that I say "generally" because there might be exceptional circumstances under which the time might run prior

Comme je l'ai déjà mentionné, les appelants soutiennent dans le présent pourvoi qu'ils ont été inculpés au sens de l'al. 11*b*) le jour de leur arrestation, c'est-à-dire quelque huit mois avant le dépôt de la dénonciation. Les appelants soutiennent que les arrêts de cette Cour *Mills c. La Reine*, précité, et *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981, appuient leur thèse. En bref, ils font valoir que la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Carter*, a entériné l'opinion dissidente du juge Lamer (à laquelle le juge en chef Dickson a souscrit) dans l'arrêt *Mills*. Dans l'arrêt *Mills*, le juge Lamer a exprimé l'avis que le sens du mot «inculpé» doit être conforme à l'objet de l'article. À son avis, le délai raisonnable mentionné à l'al. 11*b*) doit se calculer depuis le début de l'atteinte au droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il a donc estimé qu'il y a inculpation dès qu'il y a:

a) signification d'une sommation, exécution d'un mandat en vertu d'une dénonciation aux termes de l'art. 455.3 du *Code criminel* ou dès le moment où les autorités informent la personne de leur existence; ou

b) délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou mise en liberté aux termes des art. 452 ou 453 du *Code*; ou

c) arrestation, dans le cas de toutes les autres personnes arrêtées non visées en a) ou en b).

(*Mills*, précité, à la p. 946.)

Ce point de vue n'a reçu ni l'appui ni l'assentiment d'une majorité de cette Cour. La Cour a rendu l'arrêt *Carter c. La Reine* le même jour que l'arrêt *Mills*. Les appelants font valoir que, dans l'arrêt *Carter*, le juge Lamer a appliqué la définition du mot «inculpation» qu'il avait donnée dans l'arrêt *Mills*. Voici ce qu'il affirme, à la p. 985:

En l'espèce, l'accusé a été «inculpé» dès que lui a été signifiée une sommation par suite du dépôt de la dénonciation, c'est-à-dire le 28 janvier 1983.

Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, rendu en même temps que le présent arrêt, en déterminant si un procès a eu lieu dans un délai généralement raisonnable, on ne doit tenir compte que du temps qui s'écoule à partir de l'inculpation. En passant, je puis ajouter que je dis «généralement» parce qu'il pourrait y avoir des circonstances

to the actual charge on which the accused will be tried. As an example, if the Crown withdraws the charge to substitute a different one but for the same transaction, the computation of time might well commence as of the first charge. This is not in issue here and reference to this situation is only illustrative of my resort to the word "generally". Consequently, the period running from April 3, 1980 to January 28, 1983, should not have been taken into consideration when assessing the reasonableness of the delay under s. 11(*b*).

And later he said, at p. 986:

The only period of time which may properly be considered in assessing whether or not a violation of s. 11(*b*) has occurred is that period running from January 28, 1983 to May 6, 1983, the date on which the inquiry into the reasonableness of the delay began. Only 3½ months had elapsed and the applicant has not suggested that this time span was in violation of s. 11(*b*). It is obvious that the applicant was relying on the pre-charge delay; in any event, most of the post-charge delay was with the accused's consent, indeed a good part of it was at his own request.

The appellants submit that since Lamer J.'s reasons in *Carter* were concurred in by seven judges of this Court, the majority of the Court adopted the extended definition of "charged" advanced by Lamer J. in *Mills*.

A similar argument was considered by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Mackintosh* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 1. Macfarlane J.A., for the majority, considered the minority views of Lamer J. in *Mills* and the majority judgments in *Carter*, and stated at p. 11:

It is plain that a person is "charged" within the meaning of s. 11, when a formal charge (information or indictment) is laid, and the accused is served with process. That was so in *Carter*. Lamer J. said (at p. 985) of *Carter*:

> The accused in this case was "charged" as of the service of a summons pursuant to the laying of the information, which means that he was charged on January 28, 1983.

On this basis, he concluded, at p. 11, that:

The majority judgment in *Carter* is more confined in its treatment of the definition of the word "charged" than

exceptionnelles dans lesquelles le délai pourrait courir avant le dépôt de l'accusation dont l'accusé aura à répondre. Par exemple, si la poursuite retire l'accusation pour la remplacer par une autre mais pour la même affaire, le calcul du délai pourrait bien commencer à partir de la première accusation. Ce n'est pas la question en l'espèce et je n'utilise cette situation que pour illustrer mon recours au mot «généralement». Il s'ensuit que la période du 3 avril 1980 au 28 janvier 1983 n'aurait pas dû être prise en considération pour déterminer le caractère raisonnable du délai au sens de l'al. 11*b*).

Plus loin, il ajoute, à la p. 986:

Seule la période du 28 janvier 1983 au 6 mai 1983, date à laquelle a débuté l'enquête sur le caractère raisonnable du délai, peut à bon droit être retenue pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 11*b*). Or, il ne s'est écoulé que trois mois et demi et le requérant ne prétend pas que ce laps de temps constitue une violation de l'al. 11*b*). Il est d'ailleurs évident que le requérant se fonde sur le délai antérieur à l'inculpation; de toute façon, la majeure partie du délai postérieur à l'inculpation a eu lieu avec le consentement de l'accusé, à dire vrai pour une bonne part, à la demande de l'accusé lui-même.

Les appelants soutiennent que puisque sept juges de cette Cour ont souscrit aux motifs du juge Lamer dans l'arrêt *Carter*, la Cour a, à la majorité, adopté la définition élargie du mot «inculpé» qu'a proposé le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné un argument semblable dans l'arrêt *R. v. Mackintosh* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 1. Le juge Macfarlane a examiné, au nom de la cour à la majorité, l'opinion minoritaire du juge Lamer dans l'arrêt *Mills* et les motifs de jugement majoritaires dans l'arrêt *Carter*, pour affirmer à la p. 11:

[TRADUCTION] Il est manifeste qu'une personne est «inculpée» au sens de l'art. 11 quand une accusation officielle (dénonciation ou acte d'accusation) a été déposée. Tel était le cas dans l'affaire *Carter*. Le juge Lamer affirme dans *Carter* (à la p. 985):

> En l'espèce, l'accusé a été «inculpé» dès que lui a été signifiée une sommation par suite du dépôt de la dénonciation, c'est-à-dire le 28 janvier 1983.

Puis il en conclut, à la p. 11:

[TRADUCTION] L'opinion de la majorité dans l'arrêt *Carter* envisage la définition du mot «inculpé» de

it is in the minority judgment of Mr. Justice Lamer in *Mills*. I am unable to construe the language of the majority judgment in *Carter* as incorporating all of the minority views of Mr. Justice Lamer in *Mills*.

However, after determining that a person is "charged" as of the laying of an information, *per* this Court's decision in *Carter*, Macfarlane J.A. then asked: At what other time is a person "charged"? On the basis of the language used by the majority in *Carter*, he concluded that a person may be charged, at "the moment an actual charge is laid, or in exceptional circumstances on some earlier date". In other words, in Macfarlane J.A.'s view, the word "charged" should be given a flexible definition, one which would vary depending on the circumstances of the particular case. Under this approach, "charged" in some situations may mean the date the information is sworn but in others it would refer to an earlier date.

With all deference to contrary opinions, I am of the view that it cannot be said that this Court in *Carter* adopted the minority view in *Mills*, on the question of the extension of the meaning of the word "charged" developed by Lamer J. In *Carter*, Lamer J., with the agreement of seven judges who heard the case, clearly stated that an accused was charged upon the swearing of the information, and *Carter* supports the view that the pre-charge delay is not a factor for consideration under s. 11(*b*). To this extent, then, I am in agreement with the above quoted comments of Macfarlane J.A. in *Mackintosh* but, with respect, I do not agree with the majority in that case that "charged" has a flexible meaning varying with the circumstances of the case. I would therefore hold that a person is "charged with an offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter* when an information is sworn alleging an offence against him, or where a direct indictment is laid against him when no information is sworn. It would follow, then, that the reckoning of time in considering whether a person has been accorded a trial within a reasonable time under s. 11(*b*) will commence with the information or indictment, where no information has been laid, and will continue until the completion of the trial:

manière plus restrictive que ce n'est le cas dans l'opinion minoritaire du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*. Je ne puis voir dans l'opinion majoritaire de l'arrêt *Carter* l'acceptation intégrale de l'opinion minoritaire du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*.

Cependant, après avoir conclu qu'une personne est «inculpée» à compter du dépôt de la dénonciation, conformément à l'arrêt *Carter* de cette Cour, le juge Macfarlane se demande ensuite à quel autre moment une personne est-elle «inculpée»? Se fondant sur le langage utilisé dans l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Carter*, il a conclu qu'une personne peut être inculpée [TRADUCTION] «au moment où l'accusation est réellement déposée ou, exceptionnellement, à une date antérieure». En d'autres termes, le juge Macfarlane a été d'avis que le mot «inculpé» devait recevoir une définition souple, qui varierait selon les circonstances de l'espèce. Selon ce point de vue, le mot «inculpé» peut signifier dans certains cas la date où la dénonciation est déposée, mais dans d'autres circonstances, il désignerait une date antérieure.

En toute déférence pour ceux qui sont d'avis contraire, j'estime qu'on ne saurait dire que cette Cour a, dans l'arrêt *Carter*, entériné l'opinion minoritaire de l'arrêt *Mills* sur l'élargissement du sens du terme «inculpé» prôné par le juge Lamer. Dans l'arrêt *Carter*, le juge Lamer, avec le concours de sept juges qui ont entendu le pourvoi, a clairement dit qu'une personne est inculpée au moment du dépôt de la dénonciation et l'arrêt *Carter* appuie le point de vue selon lequel le délai antérieur à l'inculpation ne compte pas pour les fins de l'al. 11*b*). Jusque-là, je souscris aux observations précitées du juge Macfarlane dans l'arrêt *Mackintosh*, mais, en toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion de la majorité dans cette affaire, selon laquelle le mot «inculpé» a un sens souple qui varie selon les circonstances de l'espèce. Je conclurais donc qu'une personne est «inculpée» au sens de l'art. 11 de la *Charte* quand une dénonciation relative à l'infraction qu'on lui reproche est déposée ou quand un acte d'accusation est présenté directement sans dénonciation. Il s'ensuivrait donc que le délai qu'il faut calculer pour savoir si une personne a été jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11*b*) court à partir de la dénonciation ou de l'acte d'accusation,

see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 633, where La Forest J. said:

> The question of delay must be open to assessment at all stages of a criminal proceeding, from the laying of the charge to the rendering of judgment at trial. [Emphasis added.]

and see, as well, *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 548, where the same judge said:

> It gives a *Charter* remedy for delay when a prosecution has been initiated. [Emphasis added.]

Pre-information delay will not be a factor.

This construction is supported by the words of the *Charter* and, as well, upon a consideration of its organization and structure. Section 11 is one of eight sections grouped under the heading of "Legal Rights". Section 7 guarantees the general "right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". This section applies at all stages of the investigatory and judicial process. Sections 8 and 9 afford guarantees of rights of particular importance in the investigatory or pre-charge stage, as does s. 10 which deals with rights upon arrest. Section 11 deals with a later stage of the proceedings, that is, when judicial proceedings are instituted by a charge. Sections 12 and 13 deal with matters which follow the trial, and s. 14 again refers to matters during trial.

In dealing with s. 11, it must first be recognized that it is limited in its terms to a special group of persons, those "charged with an offence". It deals primarily with matters relating to the trial. It is to be noted that s. 11 is distinct from s. 10 and serves a different purpose: the two sections must not be equated. The framers of the *Charter* made a clear distinction between the rights guaranteed to a person arrested and those of a person upon charge. Sections 8 and 9, as well, guarantee essential rights ordinarily of significance in the investigato-

quand il n'y a pas de dénonciation, et s'étend jusqu'à la fin du procès: voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, où le juge La Forest affirme, à la p. 633:

> La question du délai doit pouvoir être évaluée à tous les stades d'une instance criminelle, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'au prononcé du jugement au procès. [Je souligne.]

Voir également l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, où le même juge affirme, à la p. 548:

> Il ouvre un droit à un recours fondé sur la *Charte* pour les retards qui se produisent après que des poursuites ont été engagées; [Je souligne.]

Le délai antérieur à la dénonciation ne compte pas.

Le texte de la *Charte* de même que son régime et son économie étayent cette interprétation. L'article 11 est l'un des huit articles figurant sous la rubrique «Garanties juridiques». L'article 7 garantit le «droit [général] à la vie, à liberté et à la sécurité de sa personne» en plus d'affirmer qu'«il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Cet article s'applique à toutes les étapes du processus d'enquête et du processus judiciaire. Les articles 8 et 9 garantissent des droits particulièrement importants à l'étape de l'enquête, c'est-à-dire celle antérieure à l'accusation, tout comme le fait l'art. 10 qui a trait aux droits que possède une personne en cas d'arrestation. L'article 11 porte sur une étape ultérieure des procédures, savoir l'initiation de procédures judiciaires par voie d'accusation. Les articles 12 et 13 ont trait à des questions ultérieures au procès alors que l'art. 14 traite de questions liées au déroulement du procès lui-même.

Quand on analyse l'art. 11, il faut d'abord reconnaître que, de par son texte même, il ne s'applique qu'à un groupe particulier de personnes, soit les personnes «inculpées». Il traite principalement de questions liées au procès. Il y a lieu de noter que l'art. 11 se distingue de l'art. 10 et répond à un objectif différent: les deux articles ne doivent pas être assimilés. Les rédacteurs de la *Charte* ont clairement distingué les droits garantis à une personne en état d'arrestation de ceux garantis à une personne inculpée. Les articles 8 et 9

ry period, separate and distinct from those covered in s. 11. It has been said that the purpose of s. 11 should be considered in deciding upon the extent of its application. This purpose, it has been said, is to afford protection for the liberty and security interests of persons accused of crime. While it is true that s. 11 operates for this purpose, I emphasize that it does so within its own sphere. It is not, nor was it intended to be, the sole guarantor and protector of such rights. As stated above, s. 7 affords broad protection for liberty and security, while the other sections, particularly those dealing with legal rights, apply to protect those rights in certain stated circumstances. Section 11 affords its protection after an accused is charged with an offence. The specific language of s. 11 should not be ignored and the meaning of the word "charged" should not be twisted in an attempt to extend the operation of the section into the pre-charge period. The purpose of s. 11(*b*) is clear. It is concerned with the period between the laying of the charge and the conclusion of the trial and it provides that a person charged with an offence will be promptly dealt with.

The length of the pre-information or investigatory period is wholly unpredictable. No reasonable assessment of what is, or is not, a reasonable time can be readily made. Circumstances will differ from case to case and much information gathered in an investigation must, by its very nature, be confidential. A court will rarely, if ever, be able to fix in any realistic manner a time limit for the investigation of a given offence. It is notable that the law—save for some limited statutory exceptions—has never recognized a time limitation for the institution of criminal proceedings. Where, however, the investigation reveals evidence which would justify the swearing of an information, then for the first time the assessment of a reasonable period for the conclusion of the matter by trial becomes possible. It is for that reason that s. 11 limits its operation to the post-information period. Prior to the charge, the rights of the accused are

garantissent aussi des droits essentiels généralement importants à l'étape de l'enquête, mais séparés et distincts de ceux que vise l'art. 11. On a affirmé qu'il fallait tenir compte de l'objet de l'art. 11 pour en déterminer la portée. Cet objet, a-t-on dit, est de protéger les droits à la liberté et à la sécurité de la personne accusée d'un crime. Bien qu'il soit vrai que l'art. 11 vise cet objet, je souligne qu'il le fait à l'intérieur de son propre champ d'application. Il n'est pas et on n'a jamais voulu qu'il soit le seul article garantissant ou protégeant ces droits. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 7 offre une garantie générale de liberté et de sécurité, alors que les autres articles, plus précisément ceux qui portent sur les garanties juridiques, assurent la protection de ces droits dans certaines circonstances précises. L'article 11 accorde sa protection après qu'une personne a été inculpée. Il ne faut ni faire fi des termes exprès de l'art. 11 ni déformer le sens du terme «inculpé» de manière à étendre l'application de cet article au délai antérieur à l'inculpation. L'objet de l'al. 11*b*) est clair. Il vise le délai écoulé entre le dépôt de l'accusation et la fin du procès et il prévoit qu'une personne inculpée sera promptement jugée.

La durée du délai antérieur à la dénonciation ou de l'enquête est totalement imprévisible. Il n'est pas facile de faire une évaluation raisonnable de ce qu'est un délai raisonnable. Les circonstances diffèrent d'un cas à l'autre et beaucoup de renseignements recueillis au cours d'une enquête doivent, en raison de leur nature même, demeurer confidentiels. Le tribunal sera rarement, sinon jamais, en mesure de prescrire de manière réaliste un délai pour enquêter sur une infraction donnée. Il est remarquable que, sous réserve de quelques exceptions restreintes prévues dans les lois, le droit n'a jamais reconnu de délai de prescription pour l'initiation de procédures criminelles. Cependant, quand l'enquête révèle des éléments de preuve qui justifieraient le dépôt d'une dénonciation, il devient alors possible pour la première fois d'évaluer quel serait le délai raisonnable dans lequel la question devrait être tranchée à l'issue d'un procès. C'est pour ce motif que l'application de l'art. 11 se limite à la période postérieure au dépôt de la dénonciation. Avant le dépôt de l'accusation, les droits de l'accusé sont protégés par le droit en

protected by general law and guaranteed by ss. 7, 8, 9 and 10 of the *Charter*.

I acknowledge that in taking this position it may be said that I am departing from the earlier judgments of this Court which have said that there will be exceptional cases where pre-charge delays will be relevant under s. 11(*b*). In my view, however, the departure is more apparent than real. The exception referred to by Lamer J. in *Carter*—where two indictments are preferred because of successful appeals after a first trial—has been dealt with in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), and *Re Garton and Whelan* (1984), 14 C.C.C. (3d) 449 (Ont. H.C.) These cases support the proposition that pre-charge delay is not relevant under s. 11(*b*), by holding that the time commences to run from the date the original information was sworn.

It has been considered that special circumstances could arise which, in the interests of justice, would require some consideration of pre-charge delay because of prejudice which could result from its occurrence. In my view, however, the exceptional cases should be dealt with by reliance on the general rules of law and, where necessary, the other sections of the *Charter*. This approach would take account of and meet the concerns caused by the possibility of pre-charge delays. Delays which occur at the pre-charge stage are not immune from the law outside the scope of s. 11(*b*). The *Criminal Code* itself in ss. 577(3) and 737(1) protects the right to make full answer and defence should it be prejudiced by pre-charge delay. Section 455.1 provides for a prompt swearing of an information where an appearance notice has been issued or an accused has been released from custody under ss. 452 or 453. As well, the doctrine of abuse of process may be called in aid and as early as 1844 the common law demonstrated that it was capable of dealing with pre-information delays. Baron Alderson in *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, in a case where nearly two years had elapsed from the alleged commis-

général et garantis par les art. 7, 8, 9 et 10 de la *Charte*.

Je reconnais qu'il est possible qu'on dise qu'en adoptant cette position je m'écarte des arrêts antérieurs de cette Cour qui affirment qu'il y aura des cas exceptionnels où les délais antérieurs au dépôt de l'accusation seront pertinents en vertu de l'al. 11*b*). Cependant, j'estime que cet écart est plus apparent que réel. Dans les affaires *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), et *Re Garton and Whelan* (1984), 14 C.C.C. (3d) 449 (H.C. Ont.), on a traité l'exception dont parle le juge Lamer dans l'arrêt *Carter* où deux actes d'accusation sont présentés en raison d'appels accueillis après un premier procès. Ces décisions appuient la thèse selon laquelle le délai antérieur à l'accusation n'est pas pertinent en vertu de l'al. 11*b*), en concluant que ce délai commence à courir à partir de la date du dépôt de la dénonciation initiale.

On a estimé qu'il pourrait y avoir des circonstances spéciales où l'intérêt de la justice exigerait qu'on tienne compte jusqu'à un certain point du délai antérieur à l'accusation en raison du préjudice qui pourrait en résulter. J'estime cependant que les cas exceptionnels devraient être réglés en recourant aux règles de droit générales et, si nécessaire, aux autres dispositions de la *Charte*. Cette approche tiendrait compte des inquiétudes suscitées par la possibilité de délais antérieurs à l'accusation et y répondrait. Les retards qui surviennent avant le dépôt de l'accusation ne sont pas inattaquables en droit, même sans invoquer l'al. 11*b*). Le *Code criminel* lui-même protège, aux par. 577(3) et 737(1), le droit de présenter une défense pleine et entière si jamais le délai antérieur à l'accusation porte atteinte à ce droit. L'article 455.1 prescrit le dépôt rapide d'une dénonciation lorsqu'une citation à comparaître a été délivrée ou qu'un prévenu a été mis en liberté en vertu de l'art. 452 ou 453. De même, on pourrait invoquer la théorie de l'abus de procédure sans compter que, dès 1844, la *common law* a démontré qu'elle pouvait faire face aux délais antérieurs à la dénonciation. Dans l'affaire *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, où il s'était écoulé presque deux années entre la perpétration alléguée d'une infraction et le dépôt d'une

sion of an offence before a complaint was made to the justices, said:

I ought not to allow this case to go further. It is monstrous to put a man on his trial after such a lapse of time. How can he account for his conduct so far back? If you accuse a man of a crime the next day, he may be enabled to bring forward his servants and family to say where he was and what he was about at the time; but if the charge be not preferred for a year or more, how can he clear himself? No man's life would be safe if such a prosecution were permitted. It would be very unjust to put him on his trial.

His Lordship then directed the jury to acquit the prisoner.

In addition, given the broad wording of s. 7 and the other *Charter* provisions referred to above, it is not, in my view, necessary to distort the words of s. 11(*b*) in order to guard against a pre-charge delay. In my view, the concerns which have moved the Court to recognize the possibility of special circumstances which would justify a consideration of pre-charge delay under s. 11(*b*) will thus be met.

In the case at bar, both the courts below considered that the post-charge delays were not such that they could be said to deprive the appellants of trial within a reasonable time. I am in agreement with this finding. The trial judge, however, considered the pre-charge delay of some eight months and concluded that it was unreasonable and upon that conclusion found that s. 11(*b*) had been infringed. In this, I, in agreement with the Court of Appeal, consider that he was in error. I would accordingly dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—My colleague Justice McIntyre has set out most accurately in his reasons the facts and the proceedings, and has analyzed the judgments below. I would only add to the facts the following observation made by trial judge Selbie:

plainte devant les juges de paix, le baron Alderson dit ceci:

[TRADUCTION] Je ne saurais permettre à cette affaire de continuer. Il est odieux de faire subir son procès à quelqu'un après si longtemps. Comment peut-il rendre compte de ses actes si loin dans le passé? Si vous accusez quelqu'un d'un crime le lendemain du jour où il est censé l'avoir commis, il pourra peut-être faire déposer ses serviteurs ou des membres de sa famille pour dire où il se trouvait et ce qu'il faisait au moment du crime, mais si vous attendez un an ou plus pour présenter l'accusation, comment peut-il se défendre? Nul ne serait en sécurité si de telles poursuites étaient permises. Ce serait très injuste de lui faire subir son procès.

Le lord juge a ensuite donné comme directive au jury de rendre un verdict d'acquittement.

De plus, en raison de la généralité des termes de l'art. 7 et des autres articles de la *Charte* déjà mentionnés, il n'est pas nécessaire, selon moi, de déformer le sens des termes de l'al. 11*b*) pour se prémunir contre les délais antérieurs à l'accusation. À mon avis, les inquiétudes qui ont amené la Cour à accepter que des circonstances spéciales justifient de tenir compte du délai antérieur à l'accusation en vertu de l'al. 11*b*) seront ainsi dissipées.

En l'espèce, les deux tribunaux d'instance inférieure ont estimé qu'on ne pouvait pas dire que les délais postérieurs à la mise en accusation avaient privé les appelants du droit d'être jugés dans un délai raisonnable. Je souscris à cette conclusion. Le juge du procès a cependant tenu compte du délai de huit mois environ qui a précédé le dépôt de l'accusation, pour conclure qu'il était déraisonnable et qu'il y avait eu violation de l'al. 11*b*). Sur ce point, je partage l'avis de la Cour d'appel et j'estime qu'il a commis une erreur. Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—Mon collègue le juge McIntyre a très bien exposé, dans ses motifs de jugement, les faits et les procédures en l'espèce et il a aussi analysé les décisions des tribunaux d'instance inférieure. Je me contenterai d'ajouter aux faits qu'il a mentionnés l'observation suivante formulée par le juge Selbie en première instance:

One or two more observations on the period in question. I am satisfied that the accused through their counsel did everything they could to determine their position and have the charges formally laid so as to meet them. I am not satisfied that the authorities did all they could to expedite the inevitable, that is, the formal laying of the charges.

The real issue in these cases requires that we define when a person has become "a person charged". As I have indicated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and in *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981, the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time generally runs only from the moment a person is charged. This is the definition of the word "charged" I gave as most appropriate under s. 11(*b*) in *Mills*, at p. 946:

A person is charged as of,

(a) the service of a summons, the execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*, or as of the moment a person is informed by the authorities of their existence; or

(b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or

(c) as of the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b).

I still think that this definition is the most consistent with the rationale of s. 11(*b*) as the charge from which the "reasonable time" inquiry begins will correspond to the start of the impairment of the accused's interests in the liberty and security of the person. There will also, in addition, be instances where a person might be considered as "charged" prior to the actual charge for which he is being prosecuted or prior to his arrest without a warrant or a notice to appear. But that is not in issue here and should be left to another day.

As the issue was not live in *Mills*, I did not expand upon my reasons for setting out the above definition of "person charged", beyond merely

[TRADUCTION] J'ajouterai une ou deux observations au sujet du délai en question. Je suis convaincu que les accusés ont, par l'intermédiaire de leurs avocats, fait tout ce qu'ils pouvaient pour faire clarifier leur situation et obtenir le dépôt officiel des accusations afin de pouvoir y répondre. Je ne suis pas convaincu que les autorités ont fait tout ce qu'elles pouvaient pour accélérer l'arrivée de l'inéluctable, c'est-à-dire le dépôt officiel des accusations.

La question véritable qui se pose dans les présents pourvois exige que nous déterminions quand une personne devient «inculpée». Comme je l'ai déjà indiqué dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981, le délai dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu procès dans un délai raisonnable court, en général, seulement à partir du moment où une personne est inculpée. Voici la définition du mot «inculpé» figurant à l'al. 11*b*) que j'ai présentée dans l'arrêt *Mills*, à la p. 946, comme étant la plus appropriée:

Il y a inculpation dès qu'il y a:

a) signification d'une sommation, exécution d'un mandat en vertu d'une dénonciation aux termes de l'art. 455.3 du *Code criminel* ou dès le moment où les autorités informent la personne de leur existence; ou

b) délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou mise en liberté aux termes des art. 452 ou 453 du *Code*; ou

c) arrestation, dans le cas de toutes les autres personnes arrêtées non visées en a) ou en b).

Je persiste à croire que cette définition est la plus conforme au raisonnement qui sous-tend l'al. 11*b*) puisque l'inculpation qui fixe le point de départ de l'analyse du «délai raisonnable» correspond au moment où l'on commence à porter atteinte aux droits de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. De plus, il y a des cas où une personne pourrait être considérée comme «inculpée» avant le dépôt réel de l'accusation pour laquelle elle est poursuivie ou encore avant son arrestation sans mandat ou une citation à comparaître. Mais ce n'est pas ce qui est en litige ici et ces cas seront étudiés lorsqu'ils se présenteront.

Comme il ne s'agissait pas d'une question en litige dans l'arrêt *Mills*, je n'ai pas exposé les raisons qui me poussaient à énoncer la définition

stating its coherence with the rationale of s. 11(*b*). I think it in order to do so now.

Generally speaking, a charge begins with an information. Unless the accused is present at the time the information is laid, which very seldom occurs, the justice or judge issues a warrant or a summons to get the accused before him to answer the charge. My brother McIntyre suggests that as of that moment the clock as regards s. 11(*b*) starts ticking. I respectfully think that this is too early. Indeed, until the process is executed or until the accused has knowledge of its existence, the "impairment of the accused's interest" has not really begun. Furthermore, one must acknowledge that in certain cases a period of time will be needed because of the difficulties often involved in tracing the accused. This is why I chose, as a starting point, service of the summons, execution of the warrant, but sometimes earlier, that is if the accused is informed of the existence of the charge by the authorities. I still think that this is the better moment to start the computation of time. That is what I stated in my para. (a) of the definition. That paragraph applies to the process when there is a warrant or a summons emanating from a judge. In passing I should note that had the police in these cases obtained a warrant, there would of necessity have been a charge, and the clock would have started ticking as of the arrest, or even earlier, if one adopts my brother McIntyre's view, that is as of the laying of the charge.

But when does the clock start when the police have issued a notice of appearance or have arrested without a warrant, as they did in these cases? I put the following question right now. Is there any reason why the clock should not start as of the arrest, that is the time at which it would have started had the police obtained a warrant (or as of the laying of the information as would have it McIntyre J.)? It would be indeed incongruous that, if you are arrested pursuant to a warrant, you enjoy your s. 11(*b*) rights as of that moment, but not if arrested without a warrant!

susmentionnée de l'expression «personne inculpée», sauf pour mentionner sa cohérence avec le raisonnement qui sous-tend l'al. 11*b*). Je crois qu'il convient que je le fasse ici.

De manière générale, une accusation commence par une dénonciation. À moins que l'accusé ne soit présent au moment du dépôt de la dénonciation, ce qui se produit rarement, le juge ou le juge de paix délivre un mandat ou une sommation pour amener l'accusé à répondre devant lui à l'accusation. Selon mon collègue le juge McIntyre, c'est là le moment où le délai commence à courir pour les fins de l'al. 11*b*). En toute déférence, je crois que c'est plus tard. En réalité, tant que la procédure n'a pas été signifiée à l'accusé ou que l'accusé n'en a pas eu connaissance, «l'atteinte aux droits de l'accusé» n'a pas réellement commencé. De plus, il faut reconnaître qu'il faut parfois un certain temps pour retrouver l'accusé. C'est la raison pour laquelle j'ai choisi comme point de départ la signification de la sommation, l'exécution du mandat, ou encore un moment antérieur à ceux-là si l'accusé est averti par les autorités de l'existence de l'accusation. Je continue de penser que c'est le meilleur moment pour commencer à calculer le délai. C'est ce que j'ai exprimé dans l'alinéa a) de la définition. Cet alinéa s'applique quand il y a délivrance d'un mandat ou d'une sommation par un juge. Je tiens à signaler en passant que si les policiers avaient obtenu un mandat dans les présentes affaires, il y aurait forcément eu inculpation et le délai aurait commencé à courir dès l'arrestation ou même plus tôt, si on applique l'avis de mon collègue le juge McIntyre, c'est-à-dire dès le dépôt de l'accusation.

Mais quand le délai commence-t-il à courir dans les cas où les policiers délivrent une citation à comparaître ou procèdent à une arrestation sans mandat, comme ils l'ont fait dans les présentes affaires? Je pose la question immédiatement. Y a-t-il une raison pour que le délai ne commence pas à courir dès l'arrestation, c'est-à-dire le moment où il aurait commencé à courir si la police avait obtenu un mandat (ou dès le dépôt de la dénonciation, comme mon collègue le juge McIntyre le ferait)? Il serait étrange en effet que l'on jouisse des droits garantis par l'al. 11*b*) quand on est arrêté en vertu d'un mandat, mais pas quand on est arrêté sans mandat!

Arrests with or without warrants are all governed by Chapter XIV of the *Criminal Code*. I will be referring to the law as it existed in 1982. There have since been changes to Chapter XIV, but none are of any relevance to these cases. That Chapter is entitled "Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release". The first section, s. 448, defines an accused as including:

(*a*) a person to whom a peace officer has issued an appearance notice under section 451, and

(*b*) a person arrested for a criminal offence;

I will not go through the extensive and sometimes intricate scheme governing the compelling of accused before a justice. Essentially, our system is as follows. When possible, a warrant or a summons is obtained from a justice or a judge. To so obtain, the person seeking such a process must swear an information, that is lay a charge. Form 7 of the *Code*, entitled "Warrant for arrest", sets out the form of a warrant in which it is said:

This warrant is issued for the arrest of A.B., of , (*occupation*) , hereinafter called the accused.

Whereas the accused has been charged that (*set out briefly the offence in respect of which the accused is charged*);

. . .

This is therefore, to command you, in Her Majesty's name, forthwith to arrest the said accused and to bring him before (*state court, judge or justice*) , to be dealt with according to law.

Dated this day of A.D. , at .

.....
Judge, Clerk of the Court, Provincial Court Judge or Justice

Form 6, setting out how to summon a person, uses essentially the same language:

Le chapitre XIV du *Code criminel* régit toutes les arrestations, avec ou sans mandat. Je me réfère au droit tel qu'il existait en 1982. Des changements ont depuis été apportés au chapitre XIV, mais aucun de ces changements n'est pertinent dans les présentes affaires. Ce chapitre s'intitule «Mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire». Le premier article, l'art. 448, définit le mot prévenu comme désignant:

a) une personne à laquelle un agent de la paix a délivré une citation à comparaître en vertu de l'article 451, et

b) une personne arrêtée pour infraction criminelle;

Je n'exposerai pas les détails des modalités longues et parfois complexes de la comparution forcée d'un accusé devant un juge de paix. Essentiellement, notre système fonctionne ainsi: quand la chose est possible, on obtient un mandat ou une sommation d'un juge de paix ou d'un juge. Pour l'obtenir, la personne qui demande cette procédure doit déposer une dénonciation sous serment, c'est-à-dire déposer une accusation. La formule nº 7 du *Code* intitulée «Mandat d'arrestation» établit la formulation d'un mandat où on dit:

Le présent mandat est décerné pour l'arrestation de A.B., de , (*profession ou occupation*) , ci-après appelé le prévenu.

Attendu que le prévenu a été inculpé d'avoir (*indiquer brièvement l'infraction dont le prévenu est inculpé*);

. . .

À ces causes, les présentes ont pour objet de vous enjoindre, au nom de Sa Majesté, d'arrêter immédiatement ledit prévenu et de l'amener devant (*indiquer le tribunal, le juge ou le juge de paix*) , pour qu'il soit traité selon la loi.

Signé le jour de , en l'an de grâce , à .

.....
Juge, greffier de la cour, juge de la cour provinciale ou juge de paix

La formule nº 6, qui énonce la manière de sommer une personne à comparaître, est rédigée dans le même style:

Whereas you have this day been charged before me that (*set out briefly the offence in respect of which the accused is charged*);

This is therefore to command you, in Her Majesty's name:

1. to attend court on , the day of A.D. at o'clock in the noon, at or before any justice for the said (*territorial division*) who is there, and to attend thereafter as required by the court, in order to be dealt with according to law; and

2. to appear on , the day of A.D. , at o'clock in the noon, at , for the purposes of the *Identification of Criminals Act*. (*Ignore, if not filled in.*)

You are warned that failure without lawful excuse to attend court in accordance with this summons is an offence under subsection 133(4) of the *Criminal Code*.

Subsection 133(4) of the *Criminal Code* states as follows:

"(4) Every one who is served with a summons and who fails, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, to attend court in accordance therewith, is guilty of

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

(*b*) an offence punishable on summary conviction."

Section 455.6 of the *Criminal Code* states as follows:

"**455.6** Where an accused who is required by a summons to appear at a time and place stated therein for the purposes of the *Identification of Criminals Act*, does not appear at that time and place, a justice may issue a warrant for the arrest of the accused for the offence with which he is charged."

Dated this day of A.D. , at .

.....
A Justice of the Peace in and for or Judge

Since the police do not always have the time to go and obtain a warrant or a summons, Chapter XIV sets out a scheme under which the process is, but only for a very short period of time, reversed. I will not go into the various exceptions to the

Attendu que vous avez, ce jour, été inculpé devant moi d'avoir (*énoncer brièvement l'infraction dont le prévenu est inculpé*);

À ces causes, les présentes vous enjoignent, au nom de Sa Majesté:

1. d'être présent au tribunal le , jour de en l'an de grâce , à heures du matin *ou* de l'après-midi, à , ou devant un juge de paix pour ladite (*circonscription territoriale*) qui s'y trouve et d'être présent par la suite selon les exigences du tribunal, afin d'être traité selon la loi; et

2. de comparaître le , jour de en l'an de grâce 19 , à heures du matin *ou* de l'après-midi, à , aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*. (*Ne pas tenir compte de cet alinéa s'il n'est pas rempli*).

Vous êtes averti que l'omission, sans excuse légitime, d'être présent au tribunal en conformité de la présente sommation, constitue une infraction en vertu du paragraphe 133(4) du *Code criminel*.

Le paragraphe 133(4) du *Code criminel* s'énonce comme suit:

«(4) Est coupable

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

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

quiconque reçoit signification d'une sommation et omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, d'être présent au tribunal en conformité de cette sommation.»

L'article 455.6 du *Code criminel* s'énonce comme suit:

«**455.6** Lorsqu'un prévenu à qui une sommation enjoint de comparaître aux temps et lieu y indiqués aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*, ne comparaît pas aux temps et lieu ainsi indiqués, un juge de paix peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu pour l'infraction dont il est inculpé.»

Signé le jour de , en l'an de grâce 19 , à .

.....
Juge de paix dans et pour ou juge

Comme la police n'a pas toujours le temps d'aller demander un mandat ou une sommation, le chapitre XIV établit un régime en vertu duquel l'ordre des choses est inversé pour une très courte période. Je n'exposerai pas toutes les exceptions à

general process which in any event have no bearing on what we are discussing here. Essentially, the police officer, before going to the judge, will issue a notice to a citizen to the effect that he is going to go to a judge and lay a charge that he identifies in his notice, and the citizen is told by the peace officer in that notice that he will be committing an offense against the *Criminal Code* if he does not attend court on the date set out in that notice. If instead of giving a notice the police officer chooses, in the appropriate case, to arrest without a warrant, the matter is not different. He can only arrest without a warrant if he has, either caught the accused in the act of committing an indictable offense, or, if he knows he committed the indictable offense, or has reasonable and probable grounds to believe that he has committed it or is about to commit an indictable offense or if he has reasonable and probable grounds to believe there is a warrant for that person's arrest.

la procédure générale puisque, de toute façon, elles n'ont pas d'effet sur le sujet de notre propos. Essentiellement, avant de se présenter devant le juge, l'agent de police délivre un avis à une personne par lequel il l'informe qu'il se présentera devant un juge et déposera une accusation qu'il précise dans cet avis. Ensuite, l'agent de police mentionne à la personne qu'elle commettra une infraction au *Code criminel* si elle ne se présente pas en cour à la date indiquée. Si, au lieu de donner l'avis, l'agent de police choisit, lorsque cela est indiqué, de procéder à une arrestation sans mandat, la situation reste la même. Il ne peut procéder à l'arrestation sans mandat que s'il a surpris l'accusé en train de commettre un acte criminel, ou encore s'il sait que la personne a commis un acte criminel ou s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel, ou encore s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un mandat d'arrestation a été délivré à l'égard de cette personne.

When he proceeds without a warrant, the law requires him to take the accused to the justice or judge forthwith or at the latest within 24 hours or to release him in the interim and give him a notice to appear. Section 455.1 of the *Code* states that:

> **455.1** Where
>
> (*a*) an appearance notice has been issued to an accused under section 451, or
>
> (*b*) an accused has been released from custody under section 452 or 453,
>
> an information relating to the offence alleged to have been committed by the accused or relating to an included or other offence alleged to have been committed by him shall be laid before a justice as soon as practicable thereafter and in any event before the time stated in the appearance notice, promise to appear or recognizance issued to or given or entered into by the accused for his attendance in court. [Emphasis added.]

Quand un agent de police arrête une personne sans mandat, la loi l'oblige à amener cette personne devant un juge ou un juge de paix le plus tôt possible et au plus tard dans les 24 heures de l'arrestation, ou à la mettre en liberté et à lui délivrer une citation à comparaître. L'article 455.1 du *Code* dit ceci:

> **455.1** Quand
>
> *a*) une citation a comparaître a été délivrée à un prévenu en vertu de l'article 451, ou
>
> *b*) un prévenu a été mis en liberté en vertu de l'article 452 ou 453,
>
> une dénonciation relative à l'infraction que le prévenu est allégué avoir commise, ou relative à une infraction incluse ou autre qu'il est allégué avoir commise, doit être faite devant un juge de paix dès que cela est matériellement possible par la suite et, dans tous les cas, avant le moment indiqué, dans la citation à comparaître délivrée au prévenu, la promesse de comparaître remise par lui ou l'engagement contracté par lui, pour sa présence au tribunal. [Je souligne.]

Also, an accused, who has been arrested without a warrant and who has not been released in the

De même, un accusé qui a été arrêté sans mandat et qui n'a pas été mis en liberté par la

interim and given a notice, like the one referred to above, will be charged when the officers in compliance with the law bring him before the justice. I should note right now that had the police in these cases complied with the law, we would not be discussing s. 11(*b*) as the accused would have been charged within hours. It is therefore obvious to me that as of the moment of arrest a person is charged for the purposes of s. 11(*b*) even though the police have not laid a charge to obtain a warrant. By arresting without a warrant, they have, as a matter of law, undertaken to charge him within hours. This is why I see no reason in making a distinction between an arrest with a warrant and one without, nor do the accused perceive any, or those seeing accused being handcuffed and taken away. If the law is respected, the difference of time as regards the charge is one of hours. On the other hand, if the law is frustrated, as in these cases, it seems to me, with respect, preposterous that the unlawful conduct of the police would have the effect of depriving the citizen of the protection of s. 11(*b*).

I do not take issue with my brother McIntyre's concern for the courts not limiting the time for investigating an offense. With respect I do not think that this is in any way suggested by my definition of a "person charged'. If the police officers are acting according to our laws, they do not arrest, with or without a warrant, until the conclusion of a concludent investigation, if indeed an investigation be necessary. Arrests, summons, notices, are not investigatory instruments, but vehicles to court. If an officer is not going to court because he does not have enough to go to court, his arrest is premature, indeed unlawful.

I, therefore, for these reasons, reiterate my definition set out in *Mills*.

suite et n'a pas reçu d'avis, conformément à ce qui précède, est mis en accusation dès que les agents de police l'amènent devant un juge de paix conformément à la loi. Je souligne tout de suite que si, dans les présentes affaires, les agents de police s'étaient conformés à la loi, nous n'en serions pas à débattre de l'al. 11*b*) puisque les accusés auraient été inculpés dans les heures qui ont suivi leur arrestation. En conséquence, il est évident pour moi que, dès son arrestation, une personne est inculpée pour les fins de l'al. 11*b*) même si la police n'a pas déposé d'accusation pour obtenir un mandat. En arrêtant une personne sans mandat, les policiers assument, par application de la loi, l'obligation de l'inculper dans les heures qui suivent. C'est pourquoi je ne vois aucune raison de faire une distinction entre une arrestation avec mandat et une arrestation sans mandat, les accusés n'en voient aucune, non plus que ceux qui voient les accusés conduits menottes aux poignets. Quand la loi est respectée, le temps qui sépare l'arrestation et l'accusation se mesure en heures. En revanche, quand la loi n'est pas respectée, comme dans les présentes affaires, il me semble absurde que la conduite illégale des policiers ait comme conséquence de priver un justiciable de la protection de l'al. 11*b*).

Je ne mets pas en doute le souci de mon collègue le juge McIntyre de ne pas imposer de restriction au délai nécessaire pour mener l'enquête relative à une infraction. En toute déférence, je ne crois pas que la définition que je propose du mot «inculpation» comporte d'aucune manière cette notion. Si les agents de police se conforment à nos lois, ils ne procéderont à une arrestation, avec ou sans mandat, qu'après avoir terminé une enquête concluante, si vraiment une enquête est nécessaire. L'arrestation, les sommations et les citations à comparaître constituent non pas des instruments d'enquête, mais des moyens de poursuivre en justice. Si un agent de police ne poursuit pas en justice parce qu'il n'a pas suffisamment d'éléments de preuve pour le faire, l'arrestation est prématurée et même illégale.

Pour ces motifs, je réitère la définition que j'ai exposée dans l'arrêt *Mills*.

I find some comfort in the fact that it is in harmony with the position adopted in Europe. Indeed, this approach is consistent with the interpretation developed by the European Court of Human Rights concerning Article 6(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950). That section reads as follows:

(1) In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

In the *Deweer* case, the European Court stated that, in criminal matters, the reasonable time may start to run from a date prior to the seisin of the trial court, of the tribunal competent for the determination of the criminal charge, for example, the moment when preliminary investigations are opened, the moment of arrest, or the moment when the person is officially notified that he will be prosecuted (Eur. Court H. R., judgment of 27 February 1980, Series A No. 35, at p. 22). The Court even went further in the *Eckle* case (Eur. Court H. R., judgment of 15 July 1982, Series A No. 51, at p. 33):

In criminal matters, the "reasonable time" referred to in Article 6 § 1 begins to run as soon as a person is "charged"; this may occur on a date prior to the case coming before the trial court ..., such as the date of arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when preliminary investigations were opened ... "Charge" for the purposes of Article 6 § 1, may be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", a definition that also corresponds to the test whether "the situation of the (suspect) has been substantially affected" ...

Finally, the Court stated in the case of *Foti and others* (Eur. Court H. R., judgment of 10 December 1982, Series A No. 56, at p. 18) that:

Whilst "charge", for the purposes of Article 6 § 1, may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which

Je trouve un certain encouragement dans le fait qu'elle est compatible avec la solution adoptée en Europe. En effet, ce point de vue est conforme à l'interprétation que la Cour européenne des Droits de l'Homme a donnée au par. 6(1) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (1950). Ce paragraphe est ainsi conçu:

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [. . .] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Dans l'affaire *Deweer*, la Cour européenne a statué qu'en matière pénale le délai raisonnable peut avoir pour point de départ une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, du tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, par exemple le moment de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'arrestation ou de l'inculpation (Cour eur. D. H., arrêt du 27 février 1980, série A n° 35, à la p. 22). La Cour est même allée plus loin dans l'affaire *Eckle* (Cour eur. D. H., arrêt du 15 juillet 1982, série A n° 51, à la p. 33):

En matière pénale, le «délai raisonnable» de l'article 6 § 1, débute dès l'instant qu'une personne se trouve «accusée»; il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement [...], celles notamment de l'arrestation, de l'inculpation et de l'ouverture des enquêtes préliminaires [...] L'«accusation», au sens de l'article 6 § 1, peut se définir «comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale», idée qui correspond aussi à la notion de «répercussions importantes sur la situation» du suspect ...

Enfin, la Cour a dit dans l'affaire *Foti et autres* (Cour eur. D. H., arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56, à la p. 18):

Si l'«accusation», au sens de l'article 6 § 1, peut en général se définir «comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale», elle peut dans certains cas revêtir la forme d'autres mesures impliquant un tel

likewise substantially affect the situation of the suspect . . .

Coming back to these cases, it seems that both appellants were released under the condition that they would not leave the area. However, neither of them was formally charged until January 14, 1983, although on the day of the arrest, Kalanj was told that he was being arrested for theft and Pion was told that he was being arrested for conspiracy to commit theft. In the months following the arrest, both accused suffered financial, familial, social and health problems. It is obvious that in such a small community, they were "the talk of the town", and that their conduct was as of the moment they were arrested of common knowledge to the people of the area. I note that they tried to expedite the laying of charges but could not persuade the prosecution to do so. They suffered without a doubt a breach of their liberty as well as a restraint of their security. Concerning the concept of security of the person, I stated in *Mills*, *supra*, at pp. 919-20:

> Additionally, under s. 11(*b*), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" . . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction. These forms of prejudice cannot be disregarded nor minimized when assessing the reasonableness of delay.

Applying the above definitions and comments to these instant cases, I am of the view that the delay started when the appellants were first arrested and released under the condition they would not leave the area. This period is in fact the only period on which the lower courts diverged as they both stated that all the other delays were reasonable. This is also the only time span that my brother McIntyre considered as may have been violating the s. 11(*b*) right. With my discussion in *Mills* in

reproche et entraînant elles aussi des «répercussions importantes sur la situation» du suspect . . .

Pour revenir aux présentes affaires, il semble que les deux appelants ont été mis en liberté à la condition de ne pas quitter la région. Cependant, ni l'un ni l'autre n'a été officiellement accusé avant le 14 janvier 1983, bien que le jour de leur arrestation on ait dit à Kalanj qu'il était arrêté pour vol et à Pion qu'il était arrêté pour complot en vue de commettre un vol. Au cours des mois qui ont suivi leur arrestation, les deux accusés ont connu des difficultés sur les plans financier, familial et social, ainsi que des problèmes de santé. Il est évident que, dans une aussi petite ville, ils ont défrayé la chronique et que, dès le moment de leur arrestation, tout le monde connaissait leur histoire. Je souligne qu'ils ont essayé de faire accélérer le dépôt des accusations, mais qu'ils n'ont pas réussi à persuader la poursuite de le faire. Ils ont sans doute subi une entrave à leur liberté et une atteinte à leur sécurité. Voici ce que j'ai affirmé, dans l'arrêt *Mills*, précité, au sujet de la notion de sécurité de la personne, aux p. 919 et 920:

> En outre, en vertu de l'al. 11*b*), la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [. . .] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine. On ne saurait passer ces formes de préjudice sous silence ni les minimiser lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai.

Après avoir appliqué ces définitions et observations aux présentes affaires, j'estime que le délai a commencé à courir au moment où les appelants ont été initialement arrêtés et mis en liberté à la condition de ne pas quitter la région. Ce délai est en fait le seul au sujet duquel les tribunaux d'instance inférieure ont divergé d'opinion puisqu'ils ont tous les deux conclu que tous les autres délais étaient raisonnables. C'est aussi le seul laps de temps qui aurait pu, de l'avis de mon collègue le

mind, it is obvious that the eight months elapsed between the arrest and the "formal charge" were in violation of s. 11(*b*). Not only it cannot be said that the appellants consented to the delay occurring between the arrest and the moment they were taken to court as both accused tried to expedite the laying of charges although they could not persuade the prosecution to do so, but the Crown has not given any reasonable explanation to justify the said delay before taking the appellants to court. In fact, the Crown tells us that the investigation was not over, which, far from being a justification of what they did, is, in my respectful view, an admission to the fact that they were not ready to charge and therefore should not have arrested. But, as I said, in different terms, the *Charter* is there precisely to protect the citizen from this kind of situation and we would be remiss if, by a definition, we were to put the victim of such conduct beyond the shield of the *Charter* while protecting those who are in no need of its protection because the police proceeded lawfully.

juge McIntyre, violer le droit que garantit l'al. 11*b*). Gardant à l'esprit l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Mills*, il est évident que le délai de huit mois qui s'est écoulé entre l'arrestation et le dépôt de l'«accusation officielle» a enfreint l'al. 11*b*). Non seulement ne peut-on dire que les appelants ont consenti au délai écoulé entre leur arrestation et leur comparution en justice puisque les deux accusés ont tenté de faire accélérer le dépôt des accusations, quoiqu'ils n'aient pas réussi à convaincre la poursuite de le faire, mais encore la poursuite n'a pas fourni d'explication raisonnable justifiant ce retard à faire comparaître les appelants en justice. En réalité, la poursuite nous dit que l'enquête n'était pas terminée, ce qui, loin d'être une justification de ses actes, est, à mon avis, une reconnaissance du fait qu'elle n'était pas prête à porter des accusations et qu'il n'y aurait pas dû y avoir d'arrestations. Mais, comme je l'ai déjà dit en d'autres termes, la *Charte* existe précisément pour protéger les citoyens contre ce genre de situation et il serait négligent de notre part si, au moyen d'une définition, nous privions les victimes de ces agissements de la protection de la *Charte* tout en accordant sa protection à ceux qui n'en ont pas besoin parce que les policiers ont agi légalement.

As this disposes of these cases, I do not need to analyze whether the subsequent period has been satisfactorily explained or not.

Puisque ce qui précède règle les présents litiges, je n'ai pas à déterminer si on a donné des explications satisfaisantes au sujet du délai subséquent.

With the greatest of respect, I am of the view that the Court of Appeal for British Columbia erred in law by considering the eight-month period elapsed between the arrest and the laying of the charges as pre-charge delay. The said period should have been computed in determining whether or not the accused have been tried within reasonable time. I would consequently allow both appeals and order a stay of proceedings against Pion and Kalanj.

En toute déférence, je suis d'avis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en considérant que le délai de huit mois écoulé entre l'arrestation et le dépôt des accusations est un délai antérieur à l'accusation. Ce délai aurait dû compter pour déterminer si les accusés ont été jugés dans un délai raisonnable. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois et d'ordonner l'arrêt des procédures engagées contre Pion et Kalanj.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues, Justices McIntyre and Lamer, in these appeals and find myself in agreement with the position of Lamer J. on the main issue as to the time from which the appellants' right to a trial within a reasonable time

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que mes collègues les juges McIntyre et Lamer ont rédigés dans les présents pourvois et je suis du même avis que le juge Lamer quant à la question principale de savoir à partir de quel moment il faut commencer

starts to run under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

I believe that if s. 11(*b*) is designed to protect the liberty and security interests of the accused, and I think it is, then the relevant starting point for the running of time under the section should not be upon the *ex parte* laying of the information before the justice of the peace but rather when the impact of the criminal process is felt by the accused through the service of process upon him in the form of a summons or notice of appearance or an arrest with or without a warrant. This flexible approach to s. 11(*b*) seems to me most adequately to give effect to the obvious purpose of the provision.

I do, however, have a significant point of disagreement with Lamer J. which I feel obliged to address very briefly. I do not agree with my colleague that prejudice to the security interests of the appellants arising purely from the fact of the imposition of the process upon them, i.e., that they became, in Lamer J.'s colourful phrase, "the talk of the town", should be considered in assessing the reasonableness of the delay. As I indicated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and again in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, it is my view that the prejudice we are concerned with is that arising from the delay and not from the imposition of the process. The latter prejudice arises whether there is delay or not. I do, however, think that the appellants were prejudiced by the delay between the arrest and the laying of the information and that this prejudice can be attributed to the delay and not simply to the imposition of the process. After their highly publicized arrests the appellants were forced to live under a generalized cloud of suspicion and stigma for over eight months. Although an arrest and the subsequent laying of charges would have affected their broad security interests at any time, the unjustified delay in the bringing of specific

à calculer le délai pour déterminer si les appelants ont été jugés dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Je crois que si l'al. 11*b*) vise à protéger le droit à la liberté et à la sécurité des accusés, et c'est le cas selon moi, alors le moment à compter duquel il faut calculer le délai mentionné à cet alinéa devrait être non pas celui du dépôt, par une partie en l'absence de l'autre, de la dénonciation devant le juge de paix, mais plutôt celui où l'accusé ressent les effets du processus criminel par la signification qui lui est faite d'un acte de procédure sous forme de sommation ou de citation à comparaître ou par une arrestation effectuée avec ou sans mandat. Cette interprétation souple de l'al. 11*b*) semble la plus apte à réaliser l'objet manifeste de cette disposition.

Je suis toutefois en désaccord avec le juge Lamer sur un point important que je me sens obligée d'aborder brièvement. Je ne suis pas d'accord avec mon collègue pour dire qu'en évaluant le caractère raisonnable du délai, il faut tenir compte du préjudice causé aux droits à la sécurité des appelants du seul fait de la signification de l'acte de procédure, c'est-à-dire qu'il faut tenir compte du fait qu'ils ont pour reprendre l'expression imagée du juge Lamer, «défrayé la chronique». Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et de nouveau dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, j'estime que le préjudice qui nous intéresse est celui qui résulte du délai écoulé et non celui qui résulte de la signification de l'acte de procédure. Ce dernier préjudice survient peu importe qu'il y ait retard ou non. Je crois cependant que les appelants ont subi un préjudice en raison du délai écoulé entre l'arrestation et le dépôt de la dénonciation et que ce préjudice est imputable à ce délai et non à la seule signification de l'acte de procédure. Suite à leur arrestation, qui a fait l'objet d'un grand battage publicitaire, les appelants ont été forcés de vivre dans un climat général de suspicion et d'infamie pendant huit mois. Quoique leur arrestation et le dépôt subséquent d'accusations auraient préjudicié à leurs droits généraux à la sécurité, le retard injustifié qu'on a mis à déposer des accusations

charges, in my view, substantially aggravated that prejudice beyond what is acceptable or inherent in the criminal process itself.

I accordingly concur with Lamer J. in his proposed disposition of the appeals.

Appeals dismissed, LAMER *and* WILSON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Kalanj: Doust & Smith, Vancouver.

Solicitors for the appellant Pion: Swinton & Co., Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, New Westminster.

précises a, selon moi, aggravé sensiblement ce préjudice bien au-delà de ce qui est acceptable ou inhérent au processus criminel lui-même.

En conséquence, je souscris à la façon dont le juge Lamer propose de statuer sur les pourvois.

Pourvois rejetés, les juges LAMER *et* WILSON *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant Kalanj: Doust & Smith, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Pion: Swinton & Co., Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, New Westminster.

Pioneer Hi-Bred Limited *Appellant*

v.

Commissioner of Patents *Respondent*

INDEXED AS: PIONEER HI-BRED LTD. *v.* CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)

File No.: 20388.

1988: May 26; 1989: June 22.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — New soybean variety developed by artificial cross-breeding but cultivated by natural means — Description of the new variety insufficient — Patent application denied — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 36(1).

Patents — Appeal to Federal Court — Patent application denied — Powers of Federal Court of Appeal — Whether Federal Court of Appeal may consider aspects of patent application not commented upon by Commissioner of Patents — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 44 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(c).

An application was filed to obtain a patent for a new soybean variety developed from artificial cross-breeding but cultivated naturally. The Patent Office Examiner rejected the application and his decision was affirmed by the Commissioner of Patents and by the Federal Court of Appeal. This appeal raises two issues: (1) does the specification submitted in support of the application meet the requirements of s. 36(1) of the *Patent Act*, and (2) does a new variety of soybean developed from artificial cross-breeding constitute an invention within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 44 of the *Patent Act* gives the Federal Court of Appeal exclusive jurisdiction to hear and determine an appeal once the Commissioner has made an objection or refusal in respect of a patent application. Section 44, read with s. 52(*c*) of the *Federal Court Act*, enables the Federal Court of Appeal to consider aspects of the application on which the Commissioner of Patents made no comment. The power contemplated by s. 44 enables

* Beetz and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Pioneer Hi-Bred Limited *Appelante*

c.

Commissaire des brevets *Intimé*

RÉPERTORIÉ: PIONEER HI-BRED LTD. *c.* CANADA (COMMISSAIRE DES BREVETS)

N° du greffe: 20388.

1988: 26 mai; 1989: 22 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, McIntyre, Lamer, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel mais cultivée par voie naturelle — Description de la nouvelle variété de soya insuffisante — Demande de brevet rejetée — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 36(1).

Brevets — Appel à la Cour d'appel fédérale — Rejet d'une demande de brevets — Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale — La Cour d'appel fédérale peut-elle se prononcer sur un aspect d'une demande de brevet sur lequel le commissaire des brevets n'a émis aucun commentaire? — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 44 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52c).

Une demande a été déposée pour obtenir un brevet sur une nouvelle variété de soya issue d'un croisement artificiel mais cultivée par voie naturelle. L'examinateur du Bureau des brevets a rejeté la demande et sa décision a été confirmée par le Commissaire des brevets et par la Cour d'appel fédérale. Le présent pourvoi vise à déterminer: (1) si le mémoire descriptif présenté au soutien de la demande satisfait aux exigences du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*? et (2) si une nouvelle variété de soya issue d'un croisement artificiel représente une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En vertu de l'art. 44 de la *Loi sur les brevets*, la Cour d'appel fédérale a juridiction exclusive pour entendre et décider un appel dès que le commissaire indique une objection ou un refus au sujet de la demande de brevet. Interprété avec l'al. 52*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'art. 44 permet à la Cour d'appel fédérale de discuter des aspects de la demande qui n'ont fait l'objet d'aucun commentaire de la part du commissaire des brevets. Le

* Les juges Beetz et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

the Federal Court of Appeal not only to determine whether the Commissioner's conclusions are correct in law but also to arrive at its own conclusions on the evidence presented.

The description of the new soybean variety submitted by the appellant in its specification was not sufficient and its application must be dismissed. According to s. 36(1) of the *Patent Act*, the applicant must disclose everything that is essential for the invention to function properly. To be complete, it must meet two conditions: (1) it must describe the invention and define the way it is produced or built; and (2) the applicant must define the nature of the invention and describe how it is put into operation. A failure to meet the first condition would invalidate the application for ambiguity, while a failure to meet the second would invalidate it for insufficiency. The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure. Here, the specification mentioned only briefly the part played by the inventor in creating this new variety. The specification was limited to describing the basic materials used for cross-breeding. There was no indication of the genetic engineering involved so that even someone skilled in the science of the invention could not arrive at the same result as the inventor without further explanation. Apart from steps which appear to be obvious and common knowledge for an experimenter skilled in the area, a person to whom the disclosure is addressed is not required to do or know more than what was disclosed in order to achieve the result wanted. It is apparent in the case at bar that the steps required for selective reproduction presented no problem. However, an experimenter could only discover the steps involved in the cross-breeding by empirical means.

The deposit of a sample of this new variety, by itself, does not meet the disclosure requirement set out at s. 36(1) of the *Patent Act*.

Having found that there was not sufficient disclosure of this soybean variety and that it therefore could not be a patentable matter within the meaning of the *Patent Act*, it was not necessary to consider whether this new soybean variety could be regarded as an invention within the meaning of s. 2.

pouvoir envisagé par l'art. 44 habilite également la Cour d'appel fédérale à en arriver à ses propres conclusions à l'égard de la preuve soumise et non pas simplement à évaluer si les conclusions du commissaire sont fondées en droit.

La description de la nouvelle variété de soya soumise par l'appelante dans son mémoire descriptif est insuffisante et sa demande de brevet doit être rejetée. En vertu du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*, le demandeur doit divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l'invention. Afin d'être complète, celle-ci doit remplir deux conditions: (1) l'invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie; et (2) le demandeur doit définir la nature de l'invention et décrire la façon de la mettre en opération. Un manquement à la première condition invalide la demande parce qu'ambiguë alors qu'un manquement à la seconde l'invalide parce que non suffisamment décrite. Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation. En l'espèce, le mémoire descriptif ne mentionne que brièvement le rôle joué par l'inventeur dans la création de cette nouvelle variété. Le mémoire descriptif se borne à décrire les matériaux de base utilisés pour le croisement. Il n'y a aucune indication quant aux manipulations génétiques effectuées de sorte que même une personne versée dans la science de l'invention ne saurait, sans autre explication, en arriver au même résultat que l'inventeur. Mis à part les étapes qui apparaissent évidentes et de commune renommée pour l'expérimentateur versé dans la matière, la personne à qui s'adresse la divulgation ne doit pas être obligée de procéder à des expérimentations pour en arriver au résultat recherché. Il est évident ici que les étapes consacrées à la reproduction sélective ne posent aucun problème. Par contre, ce n'est qu'empiriquement que l'expérimentateur pourrait découvrir les étapes suivies au niveau du croisement.

Le seul dépôt d'échantillons de graines de semence de cette nouvelle variété auprès des autorités ne peut constituer une divulgation au sens du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*.

Puisque cette nouvelle variété de soya n'a pas été divulguée suffisamment et qu'elle ne peut par le fait même constituer une matière brevetable selon la *Loi sur les brevets*, il n'est pas nécessaire d'examiner si cette nouvelle variété de soya peut être considérée comme une invention au sens de l'art. 2 de la Loi.

Cases Cited

Referred to: *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Sarco Co. v. Sarco Canada Ltd.*, [1969] 2 Ex. C.R. 190; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Ball v. Crompton Corset Co.* (1886), 13 S.C.R. 469; *Hoffmann-LaRoche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536; *Northern Electric Co. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] S.C.R. 224; *Gerrard Wire Tying Machines Co. v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] Ex. C.R. 170; *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555; *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46; *American Cyanamid Co. (Dann's) Patent*, [1971] R.P.C. 425; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111.

Statutes and Regulations Cited

European Patent Convention, Art. 83.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(*c*).
German Patent Law (1981), s. 35(2).
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2 "patent", "invention", 28(1), 36, 37, 42, 44 [am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64].
Patent Cooperation Treaty, 28 U.S.T. 7647, Art. 5.
Patents Act, 35 U.S.C. § 112 (1982).
Patents Act 1977 (U.K.), 1977, c. 37, s. 14(3).

Authors Cited

Bull Alan T., Geoffrey Holt and Malcolm D. Lilly. *Biotechnology: International Trends and Perspectives*. Paris: O.E.C.D., 1982.
Canada. Patent Office. *Manual of Patent Office Practice*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979.
Canada. Science Council of Canada. *Seeds of Renewal: Biotechnology and Canada's Resource Industries*, Report 38. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1985.
Fox, Harold G. *Canadian Patent Law and Practice*, 4th ed. Toronto: Carswells, 1969.
Jessop, N. M. *Biosphere: A Study of Life*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1970.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 3 F.C. 8, 77 N.R. 137, affirm-

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Sarco Co. v. Sarco Canada Ltd.*, [1969] 2 R.C. de l'É. 190; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Ball v. Crompton Corset Co.* (1886), 13 R.C.S. 469; *Hoffmann-LaRoche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536; *Northern Electric Co. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] R.C.S. 224; *Gerrard Wire Tying Machines Co. v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170; *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C. de l'É. 306; *Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555; *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] R.C.S. 46; *American Cyanamid Co. (Dann's) Patent*, [1971] R.P.C. 425; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111.

Lois et règlements cités

Convention sur le brevet européen, art. 83.
German Patent Law (1981), art. 35(2).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52*c*).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2 «brevet», «invention», 28(1), 36, 37, 42, 44 [mod. S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 64].
Patents Act, 35 U.S.C. § 112 (1982).
Patents Act 1977 (R.-U.), 1977, chap. 37, art. 14(3).
Traité de coopération en matière de brevets, 28 U.S.T. 7647, art. 5.

Doctrine citée

Bull Alan T., Geoffrey Holt et Malcolm D. Lilly. *Biotechnologie: tendances et perspectives internationales*. Paris: O.C.D.E., 1982.
Canada. Bureau des brevets. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1979.
Canada. Conseil des sciences du Canada. *Germes d'avenir: les biotechnologies et le secteur primaire canadien*, Rapport 38. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1985.
Fox, Harold G. *Canadian Patent Law and Practice*, 4th ed. Toronto: Carswells, 1969.
Jessop, N. M. *Biosphère: écologie—mécanismes de l'adaptation*. Traduit par Ghislaine Van Berkom et autres. Ottawa: Éditions Recherche et Marketing, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 3 C.F. 8, 77 N.R. 137, qui a

ing Commissioner of Patents refusal to grant a patent for the creation of a new plant variety. Appeal dismissed.

David Watson, *Q.C.*, and *Anthony Creber*, for the appellant.

Barbara A. McIsaac, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing the appeal brought by appellant Pioneer Hi-Bred Limited ("Hi-Bred") against the refusal by respondent Commissioner of Patents to grant a patent for the creation of a new plant variety.

Facts

On May 18, 1983, Clark W. Jennings filed application No. 428,420 (class 47-4) pursuant to s. 28(1) of the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, to obtain patent rights to a new soybean variety known as "Soybean Variety 0877". The specification disclosed that the subject of this application is a plant line cultivated naturally but resulting from the artificial cross-breeding of three known varieties to produce a new variety combining the desirable characteristics of each one; the claims related to the plant, the pod and the seed. The invention is said to be unique of its kind and not to have existed previously in nature; among its chief characteristics are its high oil content, early maturity, stable high yields, resistance to seed shattering, and in particular, disease resistance to races 1 and 2 of *Phytophthora megasperma var sojae* as well as moderate resistance to another fungal pathogen, *Sclerotinia sclerotiorium*.

The documentation entered in the record indicates that the development of a new line occurs in four stages: selection and crossing of the parents (in the case at bar, Chippewa 64, Corsoy and Clark); development of a pure line by selective reproduction; analysis and testing of the line purification and commercial release of the new line. Different methods of crossing exist but all involve transferring genes from one variety to

confirmé une décision du commissaire des brevets refusant d'accorder un brevet pour une nouvelle obtention végétale. Pourvoi rejeté.

David Watson, *c.r.*, et *Anthony Creber*, pour l'appelante.

Barbara A. McIsaac, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté l'appel formé par l'appelante Pioneer Hi-Bred Limited («Hi-Bred»), contre le refus de l'intimé, le commissaire des brevets, d'accorder un brevet pour une nouvelle obtention végétale.

Les faits

Le 18 mai 1983, Clark W. Jennings a présenté la demande n° 428,420 (classe 47-4), en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4, pour obtenir des droits de brevet sur une nouvelle variété de soya appelée «Soybean Variety 0877». Le mémoire descriptif révèle que le sujet de cette demande est une lignée de plante cultivée par voie naturelle mais issue du croisement artificiel de trois variétés connues afin de produire une nouvelle variété combinant les caractères désirables de chacune d'elles; les revendications touchent à la plante, à la cosse et à la graine. L'invention serait unique en son genre et ne se trouvait pas auparavant dans la nature; parmi ses principaux caractères, notons sa haute teneur en huile, sa maturité précoce, son rendement stable et élevé, sa résistance à l'égrenage sur pied, et plus important, sa résistance aux races 1 et 2 du *Phytophthora megasperma var sojae* ainsi qu'une résistance modérée à un autre microbe pathogène se rapportant aux moisissures, le *Sclerotinia sclerotiorium*.

La documentation déposée au dossier indique que le développement d'une nouvelle lignée s'effectue en quatre étapes: sélection et croisement des parents (en l'espèce, Chippewa 64, Corsoy et Clark); développement de la lignée pure par reproduction sélective; analyse et examen de la lignée; purification et lancement commercial de la nouvelle lignée. En ce qui a trait au croisement, différentes méthodes existent mais elles consistent

another. Such human intervention is necessary since the reproductive organs (male and female gametes) are contained in the same flower, protected against any external intrusion. Only "artificial" intervention will make it possible to hybridize two different lines and produce a new one.

The Patent Office Examiner rejected the application since in his opinion this new plant variety was not included in the definition of the word "invention" in s. 2 of the *Patent Act*; he added that Patent Office practice is to regard as non-patentable "Subject matter for a process for producing a new genetic strain or variety of a plant or animal, or the product thereof . . ." (section 12.03.01(a)). Appellant applied to the Commissioner of Patents for a review of the Examiner's decision. The Commissioner referred the matter to a Patent Appeal Board constituted by him, and the latter held a hearing at which appellant was represented. In its report the Board affirmed the Examiner's decision and found that the invention was not patentable within the meaning of the *Patent Act*. It further indicated that a restrictive interpretation should be given to the language contained in the definition of the word "invention" and consequently appellant's invention did not qualify as a manufacture. Finally, it stated that:

> . . . the Commissioner has not only the right but the duty to determine if an application is directed to patentable subject matter and if, according to his determination, it is not patentable then he is permitted to refuse to grant a patent. In short, we do not agree with Mr. Watson when he says the only determination allowed for the Commissioner is novelty, utility and inventive ingenuity.

In deciding the review application, the Commissioner of Patents accepted the recommendations and findings of the Patent Appeal Board.

On appeal to the Federal Court of Appeal, [1987] 3 F.C. 8, Marceau J., in reasons concurred in by Lacombe J., said that in his opinion Canadi-

toutes à transférer des gènes d'une variété à une autre. Cette intervention humaine est nécessaire puisque les organes reproducteurs (gamètes mâles et femelles) se trouvent dans la même fleur, protégés contre toute intrusion extérieure. Seule une intervention «artificielle» permet l'hybridation de deux différentes lignées pour en produire une nouvelle.

L'examinateur du Bureau des brevets a rejeté la demande puisqu'à son avis, cette nouvelle variété de plante n'est pas incluse dans la définition du terme «invention» à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*; à cela il a ajouté que la pratique du Bureau des brevets est de considérer comme matière non-brevetable «Toute matière visant un procédé de production d'une nouvelle souche ou variété génétique, de plantes ou d'animaux, ou le produit qui en découle . . .» (directive 12.03.01(a)). L'appelante a demandé une révision de la décision de l'examinateur par le commissaire des brevets. Celui-ci a référé l'affaire à une commission d'appel des brevets qu'il a constituée, et celle-ci a tenu une audition au cours de laquelle l'appelante était représentée. Dans son rapport, la commission a confirmé la décision de l'examinateur et déclaré que l'invention n'était pas brevetable au sens de la *Loi sur les brevets*. De plus, elle a indiqué qu'une interprétation restrictive devait être donnée aux termes contenus dans la définition du mot «invention» et qu'à cet égard, l'invention de l'appelante ne pouvait constituer une manufacture. Enfin, elle a affirmé que:

> [TRADUCTION] . . . le commissaire a non seulement le droit mais aussi le devoir de décider si une demande vise une matière brevetable, et s'il conclut qu'elle n'est pas brevetable, il peut alors refuser de délivrer un brevet. Bref, nous ne sommes pas d'accord avec M. Watson lorsqu'il dit que le commissaire est autorisé uniquement à déterminer le caractère novateur, l'utilité et le génie inventif.

En statuant sur la demande de révision, le commissaire des brevets a souscrit aux recommandations et aux conclusions de la commission d'appel des brevets.

En appel devant la Cour d'appel fédérale, [1987] 3 C.F. 8, le juge Marceau, aux motifs duquel le juge Lacombe a souscrit, s'est dit d'avis

an patent legislation does not expressly exclude living organisms from patentability. He also questioned the contention of the Commissioner of Patents that he could establish limits other than those chosen by Parliament to decide whether an invention is patentable. However, his primary concern was whether the subject-matter of the application, the new soybean variety, could be regarded as an invention in the sense in which the legislator understood this word. He answered this question as follows (at p. 14):

> Besides, speaking of the intention of Parliament, given that plant breeding was well established when the Act was passed, it seems to me that the inclusion of plants within the purview of the legislation would have led first to a definition of invention in which words such as "strain", "variety" or "hybrid" would have appeared, and second to the enactment of special provisions capable of better adapting the whole scheme to a subject matter, the essential characteristic of which is that it reproduces itself as a necessary result of its growth and maturity.

Pratte J., for his part, raised the requirements of s. 36 of the Act for the first time in concurring reasons dismissing appellant's arguments. First, he suggested that the documentation submitted by Hi-Bred showed that a degree of "luck" had enabled it to obtain its new variety, and that therefore (at p. 9):

> It follows that even a complete and accurate disclosure by the appellant of everything that the alleged inventor did to develop the new plant, would not enable others to obtain the same results unless they, by chance, would benefit from the same good fortune.

Secondly, he examined appellant's argument that the depositing of seeds with U.S. and Canadian governmental agencies was complete disclosure within the meaning of s. 36(1). He came to the conclusion that though in certain cases the availability of such samples would make it possible to produce the new plant variety, that did not mean the disclosure obligation had been met. He thereby rejected the viewpoint of the Patent Appeal Board in *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 which held that depositing a new micro-

que la législation canadienne en matière de brevets n'exclut pas expressément la brevetabilité des organismes vivants. Il a également mis en doute la prétention avancée par le commissaire des brevets voulant qu'il puisse établir des critères autres que ceux choisis par le législateur dans la détermination de la brevetabilité d'une invention. Mais il s'est surtout attardé à la question de savoir si l'objet de cette demande, la nouvelle variété de soya, pouvait être considéré comme une invention au sens où le législateur a compris ce mot. Il a répondu ainsi à cette question (à la p. 14):

> De plus, en ce qui concerne l'intention du législateur, étant donné que le croisement des plantes était déjà bien connu à l'époque de l'adoption de la Loi, il me semble que, si on avait voulu étendre aux plantes l'application du texte législatif, on aurait premièrement prévu une définition du mot «invention» dans laquelle auraient figuré des mots comme «lignée», «variété» ou «hybride», et en second lieu, on aurait adopté des dispositions spéciales permettant de mieux adapter tout le système à un objet dont la caractéristique essentielle est de se reproduire automatiquement à la suite de sa croissance et de sa maturité.

Pour sa part, le juge Pratte, dans des motifs concordants, a soulevé pour la première fois les exigences de l'art. 36 de la Loi pour rejeter les prétentions de l'appelante. Tout d'abord, il a émis l'idée que la documentation présentée par Hi-Bred démontrait qu'un certain degré de «hasard» lui avait permis d'obtenir sa nouvelle variété et que par conséquent (à la p. 9):

> Il s'ensuit que, même si l'appelante divulguait exactement tout ce que le soi-disant inventeur a fait pour mettre au point la nouvelle plante, cela ne permettrait pas à d'autres d'obtenir les mêmes résultats à moins que, par hasard, ils jouissent de la même chance.

En second lieu, il a examiné la prétention de l'appelante voulant que le dépôt de graines auprès des organismes gouvernementaux américain et canadien rendait complète la divulgation aux termes du par. 36(1). Il en est venu à la conclusion que même si la disponibilité de ces échantillons pouvait permettre de produire la nouvelle variété de plante dans certains cas, l'obligation de divulguer n'en était pas pour autant remplie. Il a par le fait même rejeté le point de vue exprimé par la commission d'appel des brevets dans *Re Applica-*

organism in a culture collection to which the public had access was sufficient to satisfy the requirements of s. 36(1) of the *Patent Act* (at pp. 9-10):

> The use of the seeds deposited by the appellant is, in a sense, the use of the invention itself. Subsection 36(1), as I read it, requires that the description be such that third persons, who do not have access to the invention or anything produced by it, be enabled to reproduce it. This opinion conflicts with the conclusion reached by the Patent Appeal Board in the *Abitibi* case where it was held that depositing a new micro-organism in a culture collection to which the public had access was sufficient to satisfy the requirements of subsection 36(1). That conclusion of the Board was, in my opinion, clearly wrong and based on what I consider to be an untenable interpretation of the decision of the House of Lords in *American Cyanamid Company (Dann's) Patent.*

Issues

In this Court Hi-Bred was chiefly concerned with showing that the Federal Court of Appeal erred in holding that a new soybean variety obtained by cross-breeding but cultivated naturally did not represent an invention within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*, and ruling that if Parliament had intended to place plants within the purview of the legislation it would have used a definition of the word "invention" in which words such as "strain", "variety" or "hybrid" would have appeared. It further contended that Pratte J. could not rule on the adequacy of the description when no objection had been raised by the Examiner or the Commissioner, and that he erred in concluding that the depositing of seeds did not meet the requirements of s. 36(1) of the *Patent Act* when the subject-matter of the application was a plant or seed.

Respondent, for its part, relied on the opinion of Marceau J. and argued that the wording of s. 2 does not allow patent protection to be extended to a new plant variety. In any case, he maintained, s. 36(1) clearly requires that the disclosure should not only make possible reproduction of the invention of *Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81, qui avait jugé que le dépôt d'un nouveau micro-organisme dans une banque de culture à laquelle le public avait accès suffisait à satisfaire les exigences du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets* (aux pp. 9 et 10):

> Utiliser les graines déposées par l'appelante équivaut, dans un certain sens, à utiliser l'invention elle-même. Le paragraphe 36(1), selon mon interprétation, exige que la description soit telle qu'un tiers, qui n'a pas accès à l'invention ou à une chose produite par elle, soit en mesure de la reproduire. Cette opinion va à l'encontre de la conclusion tirée par la Commission d'appel des brevets dans l'affaire *Abitibi* dans laquelle il a été jugé que le fait de déposer un nouveau micro-organisme dans une banque de culture à laquelle le public avait accès suffisait aux exigences du paragraphe 36(1). Cette conclusion de la Commission était, à mon avis, manifestement erronée et fondée sur ce que je considère comme une interprétation inadmissible de la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *American Cyanamid Company (Dann's) Patent.*

Les questions en litige

Devant cette Cour, Hi-Bred s'est surtout préoccupée de démontrer que la Cour d'appel fédérale a erré en décidant qu'une nouvelle variété de soya obtenue par croisement mais cultivée par voie naturelle ne représente pas une invention selon l'art. 2 de la *Loi sur les brevets* et en affirmant que si le législateur avait voulu étendre aux végétaux l'application du texte législatif, il aurait prévu une définition du mot «invention» dans laquelle auraient figuré des termes comme «lignée», «variété» ou «hybride». Elle a, de plus, prétendu que le juge Pratte ne pouvait se prononcer sur la suffisance de la description en l'absence de toute objection de la part de l'examinateur ou du commissaire et qu'il a erré en concluant que le dépôt des graines de semence ne remplissait pas les exigences du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets* lorsqu'une plante ou une graine fait l'objet de la demande.

Pour sa part, l'intimé s'en remet à l'opinion du juge Marceau et soutient que le libellé de l'art. 2 ne permet pas d'étendre la protection par brevet à une nouvelle variété d'une plante. De toute façon, plaide-t-il, le par. 36(1) exige clairement que la divulgation permette non seulement la reproduc-

tion but also, and most importantly, its realization, which in light of the specification seems to be impossible.

This appeal in fact raises two fundamental questions:

—Does a new variety of soybean resulting from artificial cross-breeding represent an invention within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*?

—Does the specification submitted in support of the application meet the requirements of s. 36(1) of the *Patent Act*?

Legislation

I feel that the applicable provisions of the *Patent Act* should be set out:

2. In this Act, and in any rule, regulation or order made under it,

. . .

"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

. . .

"patent" means letters patent for an invention;

28. (1) Subject to the subsequent provisions of this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

(*a*) not known or used by any other person before he invented it,

(*b*) not described in any patent or in any publication printed in Canada or in any other country more than two years before presentation of the petition hereunder mentioned, and

(*c*) not in public use or on sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada,

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting forth the facts (in this Act termed the filing of the application) and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in such invention.

. . .

tion de l'invention mais aussi et surtout sa réalisation, ce qui, à la lumière du mémoire descriptif, apparaît impossible.

Ce pourvoi pose en fait deux questions primordiales:

—Une nouvelle variété de soya issue d'un croisement artificiel représente-t-elle une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*?

—Le mémoire descriptif présenté au soutien de la demande satisfait-il aux exigences du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*?

Dispositions législatives

Je crois utile de reproduire les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*:

2. Dans la présente loi, ainsi que dans tout règlement ou règle établie, ou ordonnance rendue, sous son autorité,

«brevet» signifie les lettres patentes couvrant une invention;

. . .

«invention» signifie toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi qu'un perfectionnement quelconque de l'un des susdits, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité;

28. (1) Sous réserve des dispositions subséquentes du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention qui

a) n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite,

b) n'était pas décrite dans quelque brevet ou dans quelque publication imprimée au Canada ou dans tout autre pays plus de deux ans avant la présentation de la pétition ci-après mentionnée, et

c) n'était pas en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada

peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits (ce que la présente loi indique comme «le dépôt de la demande») et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété de cette invention.

. . .

(3) No patent shall issue for an invention that has an illicit object in view, or for any mere scientific principle or abstract theorem.

36. (1) The applicant shall in the specification correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, and set forth clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it; in the case of a machine he shall explain the principle thereof and the best mode in which he has contemplated the application of that principle; in the case of a process he shall explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions; he shall particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention.

(2) The specification shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

37. On each application for a patent a careful examination shall be made by competent examiners to be employed in the Patent Office for that purpose.

42. Whenever the Commissioner is satisfied that the applicant is not by law entitled to be granted a patent he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify the applicant of such refusal and of the ground or reason therefor.

44. Every person who has failed to obtain a patent by reason of a refusal or objection of the Commissioner to grant it may, at any time within six months after notice as provided for in sections 42 and 43 has been mailed, appeal from the decision of the Commissioner to the Federal Court and that Court has exclusive jurisdiction to hear and determine such appeal.

Analysis

(1) *First question: is this an invention within the meaning of the Patent Act*?

More than a century ago Darwin developed the theory that only species and individuals that can

(3) Il ne doit pas être délivré de brevet pour une invention dont l'objet est illicite, non plus que pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.

36. (1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur doit décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur, et exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention. S'il s'agit d'une machine, le demandeur doit en expliquer le principe et la meilleure manière dont il a conçu l'application de ce principe. S'il s'agit d'un procédé, il doit expliquer la suite nécessaire, s'il en est, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention d'autres inventions. Il doit particulièrement indiquer et distinctement revendiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

(2) Le mémoire descriptif doit se terminer par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

37. Chaque demande de brevet doit faire l'objet d'un examen minutieux par des examinateurs compétents qu'à cette fin doit employer le Bureau des brevets.

42. Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il doit rejeter la demande et, par lettre recommandée, adressée au demandeur ou à son agent enregistré, notifier à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet.

44. Quiconque n'a pas réussi à obtenir un brevet en raison du refus ou de l'opposition du commissaire peut, à tout moment dans les six mois qui suivent l'envoi postal de l'avis, conformément aux articles 42 et 43, interjeter appel de la décision du commissaire à la Cour fédérale, et cette cour a juridiction exclusive pour entendre et décider cet appel.

Analyse

(1) *La première question: s'agit-il d'une invention au sens de la Loi sur les brevets*?

Darwin élabora il y a plus de cent ans la théorie que seules les espèces et les individus qui peuvent

adapt and acquire new characteristics can survive and reproduce. The same principle underlies the experiments which through genetic engineering now make possible adaptation to specific environments or new uses of known living organisms.

s'adapter et acquérir de nouveaux caractères peuvent survivre et se reproduire. Ce même principe est à la base des expériences qui, aujourd'hui, permettent par des manipulations génétiques d'adapter à des environnements particuliers ou à des usages nouveaux des organismes vivants connus.

The real issue in this appeal is the patentability of a form of life. This is in fact a claim for a new product developed in the field of biotechnology, an area of activity taking in all types of techniques having a common purpose, "the application of scientific and engineering principles to the processing of materials by biological agents to provide goods and services" (A. T. Bull, G. Holt and M. D. Lilly, *Biotechnology: International Trends and Perspectives* (1982), at p. 21). This is regarded by many as the latest technological system to be developed in the 20th century and the harbinger of a new era, and we must therefore be very cautious regarding the scope of our pronouncements.

C'est la brevetabilité d'une forme de vie qui est l'enjeu réel de ce pourvoi. Il s'agit en fait d'un nouveau produit développé dans le domaine de la biotechnologie, un domaine d'activités qui englobe toutes sortes de techniques qui visent un but commun, «[l]'application des principes de la science et de l'ingénierie au traitement de matières par des agents biologiques dans la production de biens et de services» (A. T. Bull, G. Holt et M. D. Lilly, *Biotechnologie: tendances et perspectives internationales* (1982), à la p. 23). Considéré par plusieurs comme le dernier système technologique à voir le jour au XXe siècle et le présage d'une nouvelle ère, nous devons par conséquent être très prudents quant à la portée de nos propos.

Genetic engineering can occur in two ways. The first involves crossing different species or varieties by hybridization, altering the frequency of genes over successive generations. The main consequence of this intervention is to oppose within the same cell allelic genes, that is, opposing characteristics which replace each other alternately in the hereditary process, as a consequence of the alternate action of their dominant genes. Naturally, the genes only offer a reasonable prospect that the traits will be acquired from one generation to the next. It should further be remembered that acquiring a certain characteristic does not automatically mean developing that characteristic: some effects in gene development and the influence of environment can cause genetic mutations. Besides it appears that "[V]arious studies indicate that mutations take place at *random* in time and space, having no relation to possible survival value" (N. M. Jessop, *Biosphere: A Study of Life* (1970), at p. 294). There is thus human intervention in the reproductive cycle, but intervention which does not

Les manipulations génétiques peuvent s'effectuer de deux façons. La première consiste à croiser des espèces ou des variétés différentes par hybridation en modifiant la fréquence des gènes à travers des générations successives. La conséquence principale de cette intervention est de mettre en jeu à l'intérieur de la même cellule des allèles, c'est-à-dire des caractères opposés qui se substituent alternativement dans l'hérédité, du fait de l'alternance d'action de leurs gènes déterminants. Naturellement, les gènes ne comportent qu'une promesse raisonnable que les traits seront acquis de génération en génération. De plus, il ne faut pas oublier qu'acquérir un certain caractère n'équivaut pas automatiquement à développer ce caractère; certains effets dans le développement du gène de même que l'influence de l'environnement peuvent causer une mutation génétique. Il semble d'ailleurs que «[d]iverses études indiquent que les mutations se produisent au hasard dans le temps et l'espace, sans aucune relation avec une valeur de survie» (N. M. Jessop, *Biosphère: écologie—mécanismes de*

alter the actual rules of reproduction, which continues to obey the laws of nature.

This procedure differs from the second type of genetic engineering, which requires a change in the genetic material—an alteration of the genetic code affecting all the hereditary material—since in the latter case the intervention occurs inside the gene itself. The change made is thus a molecular one and the "new" gene is thus ultimately the result of a chemical reaction, which will in due course lead to a change in the trait controlled by the gene. While the first method implies an evolution based strictly on heredity and Mendelian principles, the second also employs a sharp and permanent alteration of hereditary traits by a change in the quality of the genes.

The genetic engineering performed by Hi-Bred is of the first type. Hi-Bred obtained this new soybean variety by hybridization, that is by crossing various soybean plants so as to obtain a unique variety combining the desirable traits of each one. This is why, as the Hi-Bred patent application explains, selective reproduction was necessary after crossing: making the new line grow, keeping only plants with the desired characteristics and repeating the operation for a sufficient number of generations to ensure that the soybean plants will finally contain only genes having the ideal traits. In this connection I would mention that the passages included in evidence in the record of the Court by Hi-Bred give a good idea of the various procedures used to obtain improved soybean varieties.

The Hi-Bred argument rests on the particular characteristic of the reproductive cycle of the soybean. The male and female gametes are contained in the flower and are protected from almost any intrusion at the time of reproduction. "Artificial" intervention is thus necessary to alter the cycle. The scope for "natural" crossing is therefore

l'adaptation (1973), à la p. 288). Il s'agit donc d'une intervention de l'homme au niveau du cycle de la reproduction, mais une intervention qui ne modifie pas les règles mêmes de la reproduction, laquelle continue à obéir aux lois de la nature.

Or, cette façon d'agir diffère du deuxième type de manipulation génétique, laquelle requiert un changement au niveau du matériel génétique—altération du code génétique au niveau de la totalité du matériel héréditaire—, puisque dans ce dernier cas, c'est à l'intérieur même du gène que s'effectue la modification. On intervient ainsi au niveau moléculaire et c'est ultimement par réaction chimique que s'obtient le «nouveau» gène qui, par la suite, provoquera une modification du caractère qu'il contrôle. Alors que le premier moyen implique une évolution strictement fondée sur l'hérédité et les principes mendéliens, le second repose en outre sur une modification brusque et permanente de caractères héréditaires par un changement dans la qualité des gènes.

La manipulation génétique effectuée par Hi-Bred est du premier type. En effet, Hi-Bred a obtenu cette nouvelle variété de soya par hybridation, c'est-à-dire par croisement de diverses plantes de soya de manière à obtenir une variété unique combinant les caractères désirables de chacune d'elles. C'est pourquoi, tel qu'expliqué dans la demande de brevet de Hi-Bred, il a fallu, après le croisement, procéder à une reproduction sélective: faire pousser la nouvelle lignée, ne conserver que les plantes présentant les caractères voulus, et recommencer l'opération pendant suffisamment de générations pour s'assurer que les plantes de soya finiront par ne contenir que les gènes ne présentant que les traits parfaits. À cet égard, je mentionne que les extraits versés en preuve au dossier de la Cour par Hi-Bred nous donnent une bonne idée des divers procédés utilisés pour obtenir des variétés améliorées de soya.

L'argument de Hi-Bred repose sur le caractère particulier du cycle de reproduction de la fève de soya. En effet, les gamètes mâles et femelles se retrouvent dans la fleur et sont protégés de presque toute intrusion au moment de la reproduction. Il faut donc une intervention «artificielle» pour modifier ce cycle. Par conséquent, les probabilités de

almost nil. Appellant argued that human intervention and the innovative nature of this new variety are conclusive and allow it to "qualify" for a patent under the *Patent Act*.

The intervention made by Hi-Bred does not in any way appear to alter the soybean reproductive process, which occurs in accordance with the laws of nature. Earlier decisions have never allowed such a method to be the basis for a patent. The courts have regarded creations following the laws of nature as being mere discoveries the existence of which man has simply uncovered without thereby being able to claim he has invented them. Hi-Bred is asking this Court to reverse a position long defended in the case law. To do this we would have, *inter alia*, to consider whether there is a conclusive difference as regards patentability between the first and second types of genetic engineering, or whether distinctions should be made based on the first type of engineering, in view of the nature of the intervention. The Court would then have to rule on the patentability of such an invention for the first time. The record contains no scientific testimony dealing with the distinction resulting from use of one engineering method rather than another or the possibility of making distinctions based on one or other method.

In view of the complexity presented by the question as to the cases in which the result of genetic engineering may be patented, the limited interest shown in this area by the parties in their submissions, and since I share the view of Pratte J. that Hi-Bred does not meet the requirements of s. 36(1) of the Act, I choose to dispose of this appeal solely on the latter point.

(2) *Second question: have the requirements of s. 36(1) of the Patent Act been met?*

Hi-Bred argued that, contrary to the opinion of Pratte J., the requirements of s. 36(1) have been met in the case at bar. The practice of depositing

croisement «naturel» sont à peu près nulles. Selon l'appelante, l'intervention de l'homme et le caractère novateur de cette nouvelle variété s'avèrent déterminants et lui permettent de se «qualifier» pour l'obtention d'un brevet en vertu de la *Loi sur les brevets*.

L'intervention effectuée par Hi-Bred ne semble en rien modifier le processus de reproduction du soya qui s'accomplit par l'application des lois de la nature. Or, une telle méthode n'a jamais permis, en regard de la jurisprudence, d'obtenir un brevet. En effet, les tribunaux ont considéré les créations qui suivent les lois de la nature comme n'étant en somme que des simples découvertes dont l'homme ne peut que découvrir l'existence sans pour autant prétendre les avoir inventées. Hi-Bred nous demande en fait de renverser une position depuis toujours défendue par la jurisprudence. À cette fin, il nous faudrait, entre autres choses, considérer s'il existe une différence déterminante en regard de la brevetabilité entre la première et la deuxième sorte de manipulation génétique; ou encore s'il y a lieu de faire des distinctions à même la première sorte de manipulation, compte tenu de la nature de l'intervention. Nous aurions alors à statuer sur la brevetabilité de pareille invention pour la première fois. Or, il n'y a pas au dossier des témoignages de scientifiques portant sur la distinction que commande l'usage d'une méthode de manipulation plutôt que l'autre ou encore sur la possibilité de faire des distinctions à même l'une ou l'autre méthode.

Compte tenu de la complexité que soulève la question de savoir dans quels cas le produit d'une manipulation génétique peut être breveté, du peu d'intérêt accordé par les parties dans leurs mémoires à cette problématique et puisque je partage l'avis du juge Pratte que Hi-Bred ne remplit pas les exigences du par. 36(1) de la Loi, je choisis de disposer de ce pourvoi uniquement sur ce dernier point.

(2) *La seconde question: les exigences du par. 36(1) de Loi sur les brevets ont-elles été satisfaites?*

Hi-Bred soutient que les exigences du par. 36(1) ont été remplies en l'espèce contrairement à l'avis du juge Pratte. En effet, la pratique de déposer des

samples of an invention is now well established in both Canada and the United States: where such deposit is accompanied by a description of the steps taken by the inventor, the public is fully able to make use of the invention, and this complies with the wording and purpose of s. 36. In any case, it maintained that, under s. 44 of the *Patent Act* the Federal Court can only intervene provided the Commissioner of Patents has ruled on the subject of the appeal: since in the case at bar disclosure was only considered at the appellate level Pratte J. could not discuss it in his reasons for judgment.

I do not think there is any merit in this objection. Section 44 simply states that "Every person who has failed to obtain a patent by reason of a refusal or objection of the Commissioner to grant it may ... appeal from the decision of the Commissioner to the Federal Court...." Such an appeal will be heard by the Federal Court of Appeal, whose general appellate powers under s. 52(*c*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, include dismissing the appeal or giving the decision that should have been given. Accordingly, s. 44 of the *Patent Act* gives the Federal Court exclusive jurisdiction to hear and determine an appeal once the Commissioner has indicated an objection or refusal in respect of a patent application. The Federal Court of Appeal may even discuss aspects of the matter not commented on by the Commissioner (Thurlow J. in *Sarco Co. v. Sarco Canada Ltd.*, [1969] 2 Ex. C.R. 190). The power contemplated by this section enables the Federal Court to arrive at its own conclusions on the evidence presented, not merely to determine whether the Commissioner's conclusions are correct in law (p. 193).

Turning now to the question at issue, what the Court must decide may be stated as follows:

—Did Hi-Bred make a sufficient disclosure of its invention in the description submitted by it in its specification?

—If not, does the depositing of samples of seed of this new variety with the authorities consti-

échantillons de l'invention est maintenant bien établie tant au Canada qu'aux États-Unis; en autant que le dépôt se complète d'une description des étapes suivies par l'inventeur, le public est habilité à faire un usage complet de l'invention, ce qui satisfait au libellé et à l'objectif de l'art. 36. De toute façon, prétend-elle, la Cour fédérale, en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur les brevets*, ne peut intervenir qu'en autant que le commissaire des brevets se soit prononcé sur l'objet de l'appel; puisque en l'espèce, la divulgation n'a été abordée qu'au niveau de l'appel, le juge Pratte ne pouvait en discuter dans ses motifs de jugement.

Je ne crois pas que cette objection soit bien fondée. L'article 44 mentionne simplement que «Quiconque n'a pas réussi à obtenir un brevet en raison du refus ou de l'opposition du commissaire peut [...] interjeter appel de la décision du commissaire à la Cour fédérale». Cet appel doit être entendu par la Cour d'appel fédérale dont les pouvoirs généraux d'appel en vertu de l'al. 52*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, incluent le rejet de l'appel ou encore la possibilité de rendre la décision qui aurait dû être rendue. Ainsi, l'art. 44 de la *Loi sur les brevets* attribue à la Cour fédérale une juridiction exclusive pour entendre et décider un appel dès que le commissaire indique une objection ou un refus au sujet de la demande de brevet. La Cour d'appel fédérale peut même discuter des aspects de la demande au sujet desquels le commissaire n'a émis aucun commentaire (le juge Thurlow dans *Sarco Co. v. Sarco Canada Ltd.*, [1969] 2 R.C. de l'É. 190). Le pouvoir envisagé par cet article habilite la Cour fédérale à en arriver à ses propres conclusions à l'égard de la preuve soumise et non pas simplement à évaluer si les conclusions du commissaire sont fondées en droit (p. 193).

Abordons l'étude de la question en litige. La question à laquelle nous devons répondre peut être ainsi posée:

—Par la description qu'elle a soumise dans son mémoire descriptif, Hi-Bred a-t-elle suffisamment divulgué son invention?

—Sinon, le dépôt d'échantillons de graines de semence de cette nouvelle variété auprès des

tute disclosure within the meaning of s. 36(1) of the *Patent Act*?

In Canada the granting of a patent means the kind of contract between the Crown and the inventor in which the latter receives an exclusive right to exploit his invention for a certain period in exchange for complete disclosure to the public of the invention and the way in which it operates. The state of Canadian patent law may be summarized as follows, adopting the observations of Harold G. Fox, *Canadian Patent Law and Practice* (4th ed. 1969), at p. 163:

> The consideration for the grant is double: first, there must be a new and useful invention, and secondly, the inventor must, in return for the grant of a patent, give to the public an adequate description of the invention with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired. The function of the description contained in the specification is both to enable the construction and use of the devices contained therein after the expiry of the patent, and also to enable others to ascertain with some measure of exactness the boundaries of the exclusive privilege upon which they may not trespass during the exercise of the grant.

To use the words of Dickson J. (as he then was) in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 517, s. 36 "lies at the heart of the whole patent system". The exclusive exploitation of a patent, including the right to grant licences to exploit, rewards the inventor's intellectual effort while at the same time allowing better technical development, in particular by eliminating the practice of commercial secrecy.

The history of Canadian legislation in this area demonstrates that the obligation to disclose an invention has always been regarded as a prerequisite to the granting of a patent. I refer the reader in this regard to the analysis made by Dickson J. in *Consolboard Inc.*, *supra*, at pp. 518-19. It follows that all inventions are not necessarily patentable, even if they are the work of an inventive genius (*Ball v. Crompton Corset Co.* (1886), 13 S.C.R. 469), they produce a new industrial result

autorités peut-il constituer une divulgation au sens du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*?

Au Canada, l'octroi d'un brevet s'entend d'un genre de contrat entre l'État et l'inventeur par lequel ce dernier reçoit le droit exclusif d'exploiter pendant une certaine durée son invention en échange de la divulgation intégrale de son invention et du mode d'opération de celle-ci au public. L'état du droit canadien en matière de brevets peut se résumer ainsi pour reprendre les propos de Harold G. Fox, *Canadian Patent Law and Practice* (4e éd. 1969), à la p. 163:

> [TRADUCTION] L'octroi est accordé pour une double considération: d'abord, il doit y avoir une invention nouvelle et utile, et deuxièmement, en échange de l'octroi d'un brevet, l'inventeur doit donner au public une description adéquate de l'invention avec des détails suffisamment complets et exacts pour permettre à un ouvrier versé dans l'art auquel se rapporte l'invention de construire ou d'utiliser l'invention quand sera terminée la période de monopole. La description contenue dans le mémoire descriptif a pour fonction de permettre la construction et l'utilisation des dispositifs qu'il contient après l'expiration du brevet, et aussi de permettre aux autres de connaître avec une certaine exactitude les frontières du privilège exclusif sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l'octroi est valide.

L'article 36, pour reprendre les termes du juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la p. 517, «est le pivot de tout le système des brevets». L'exploitation privilégiée du brevet, y compris la possibilité d'octroyer des licences d'exploitation, récompensera le travail intellectuel de l'inventeur tout en permettant un meilleur développement technique, notamment en éliminant la pratique des secrets commerciaux.

L'historique de la législation canadienne en cette matière démontre que l'obligation de divulguer l'invention a toujours été présente comme condition préalable à l'octroi d'un brevet. À ce sujet, je réfère le lecteur à l'analyse faite par le juge Dickson dans l'arrêt *Consolboard Inc.*, précité, aux pp. 518 et 519. Il s'ensuit que toutes les inventions ne sont pas nécessairement brevetables même si elles sont l'œuvre d'un génie inventif (*Ball v. Crompton Corset Co.* (1886), 13 R.C.S. 469), qu'elles don-

when compared with the mass of current knowledge (*Hoffmann-LaRoche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536), and are commercially useful (*Northern Electric Co. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] S.C.R. 224). Section 36(1) was enacted so competitors could know the limits within which they should avoid infringing the subject of the invention and be aware of their freedom of maneuver when they work in an area related to that of the patentee.

Disclosure also has an important part to play in identifying the steps followed and distinguishing between the discovery of a theoretical principle or of a product occurring in nature and an invention which requires human activity for its development. This distinction is crucial in the field of patents, since only the latter is an invention within the meaning of the Act, unless the former is associated with a new method of implementation giving a new and unique result (*Gerrard Wire Tying Machines Co. v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] Ex. C.R. 170). The specification will thus facilitate the work of the Examiner and of the Commissioner of Patents as well as the task of the appellate courts.

It appears to me that the duty of disclosing the steps followed in arriving at an invention is a general principle of patent law recognized by the domestic legislation of many countries (in the United Kingdom, see the *Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37, s. 14(3); in the U.S., see 35 U.S.C. § 112 (1982); see also the West German legislation, in s. 35(2)) and international treaties (*Patent Cooperation Treaty*, June 19, 1970, 28 U.S.T. 7647, Art. 5; *European Patent Convention*, October 5, 1973, Art. 83).

In summary, the *Patent Act* requires that the applicant file a specification including disclosure and claims (*Consolboard Inc.*, *supra*, at p. 520). Canadian courts have stated in a number of cases the test to be applied in determining whether

nent un résultat industriel nouveau en regard de la masse des connaissances acquises (*Hoffmann-LaRoche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536), et qu'elles sont commercialement utiles (*Northern Electric Co. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] R.C.S. 224). Le paragraphe 36(1) a été édicté pour permettre aux compétiteurs de savoir quelles sont les limites à l'intérieur desquelles ils doivent s'abstenir de contrefaire le sujet de l'invention et de connaître quelle est leur marge de manœuvre lorsqu'ils travaillent dans un domaine analogue à celui du breveté.

La divulgation joue également un rôle important en ce qu'elle permet de retracer les étapes suivies et de distinguer entre la découverte d'un principe théorique ou d'un produit se trouvant dans la nature et l'invention qui requiert une activité humaine quant à son développement. Cette distinction est primordiale dans le domaine des brevets puisque seule la seconde sera une invention au sens de la Loi, à moins que le premier ne soit associé à une méthode d'application nouvelle produisant un résultat unique et nouveau (*Gerrard Wire Tying Machines Co. v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170). Le mémoire descriptif facilitera ainsi le travail de l'examinateur et du commissaire des brevets ainsi que la tâche des tribunaux d'appel.

Il m'apparaît que le devoir de divulguer les étapes suivies pour en arriver à l'invention représente un principe général du droit des brevets reconnu par nombre de législations internes (au Royaume-Uni, voir le *Patents Act 1977* (R.-U.), 1977, chap. 37, par. 14(3); aux États-Unis, voir 35 U.S.C. § 112 (1982); voir aussi la législation ouest-allemande, au par. 35(2)) et de traités internationaux (*Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, 28 U.S.T. 7647, art. 5; *Convention sur le brevet européen*, 5 octobre 1973, art. 83).

En résumé, la *Loi sur les brevets* exige du demandeur qu'il présente un mémoire descriptif comprenant la divulgation et les revendications (*Consolboard Inc.*, précité, à la p. 520). Les tribunaux canadiens ont eu l'occasion d'énoncer au

disclosure is complete. The applicant must disclose everything that is essential for the invention to function properly. To be complete, it must meet two conditions: it must describe the invention and define the way it is produced or built (Thorson P. in *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at p. 316). The applicant must define the nature of the invention and describe how it is put into operation. A failure to meet the first condition would invalidate the application for ambiguity, while a failure to meet the second invalidates it for insufficiency. The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure (Pigeon J. in *Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, at p. 563; *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, at p. 1113) and once the monopoly period is over, to use the invention as successfully as the inventor could at the time of his application (*Minerals Separation, supra*, at p. 316).

cours des années le test qu'il faut appliquer pour savoir si la divulgation est complète. Le demandeur doit divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l'invention. Afin d'être complète, celle-ci doit remplir deux conditions: l'invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie (le président Thorson dans *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C. de l'É. 306, à la p. 316). Le demandeur doit définir la nature de l'invention et décrire la façon de la mettre en opération. Un manquement à la première condition invaliderait la demande parce qu'ambiguë alors qu'un manquement à la seconde l'invaliderait parce que non suffisamment décrite. Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation (le juge Pigeon dans *Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, à la p. 563; *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, à la p. 1113), et d'utiliser l'invention, une fois la période de monopole terminée, avec le même succès que l'inventeur, au moment de sa demande (*Minerals Separation*, précité, à la p. 316).

I come now to the consideration of appellant's invention. I reproduce the passage from the specification relating to the resolution of the point at issue:

> Seeds that can be used for the production of soybean Variety 0877 have been deposited at the Plant Variety Protection (PVP) Office of the U.S. Department of Agriculture, Beltsville, Maryland, under Application No. 8000028. Samples of Variety 0877 seed for experimental purposes are freely available upon request to Pioneer Hi-Bred Limited, P. O. Box 730, N. 2 Highway West, Chatham, Ontario, N7M 5L1.
>
> Soybean Variety 0877 was developed from the cross (Clark X Chippewa 64) X Corsoy which was made in 1967. The F_1 of the cross was grown in Chile during the winter of 1967-68 and the F_2 population was grown in Iowa in 1968. Variety 0877 was selected as a single F_2 plant during that year and its progeny evaluated for yield in a single plant row during 1969.
>
> Variety 0877 was evaluated for yield and other attributes in replicated plots during the years 1970 through

J'en viens maintenant à discuter de l'invention de l'appelante. Je reproduis le passage du mémoire descriptif pertinent à la résolution de la question en litige:

> [TRADUCTION] Les graines qui peuvent être utilisées pour produire la variété 0877 du soja ont été déposées au (Plant Variety Protection Office) du ministère de l'Agriculture des États-Unis à Beltsville, au Maryland, sous le nº de demande 8000028. Des échantillons de graines de la variété 0877 sont disponibles gratuitement, à des fins expérimentales, de Pioneer Hi-Bred Limited, C.P. 730, Route nº 2 ouest, Chatham (Ontario) N7M 5L1.
>
> La variété de soja 0877 est issue du croisement de (Clark X Chippewa 64) X Corsoy, qui a été réalisé en 1967. La F_1 a été cultivée au Chili durant l'hiver de 1967-1968 et la F_2 l'a été dans l'Iowa en 1968. La variété 0877 provient d'une seule plante sélectionnée de la F_2; son rendement a été évalué chez sa progéniture l'année suivante, à partir de graines semées en une seule rangée.
>
> Le rendement et d'autres caractéristiques de la variété 0877 ont été évalués de 1970 à 1982, dans des parcelles

1982. In 1976, single rows, each derived from a different F9 plant, were grown and evaluated for uniformity of traits. Any variant rows were discarded and the remaining uniform rows were bulked together to constitute the pure line variety. Since 1976, variety 0877 has been found to be uniform within for all traits with no evidence of any variants. Its reproduction of all traits has been observed by the breeder to be stable throughout all 6 generations since 1976.

Variety 0877 can be produced from seed thereof by methods well known in the art for producing and harvesting soybeans. Specifically, the quantity of purified seed produced during 1976 constituted approximately 1 bushel. During 1977, a portion of the 1 bushel of seed was planted on 1/2 acre and was observed to be uniform for all traits and void of any variants. Approximately 20 bushels of seed were produced. During 1978, approximately 15 acres of variety 0877 were grown which produced over 500 bushels of seed. Since 1978, variety 0877 has been grown and observed to be uniform for all traits and lacking any variants.

Soybean Variety 0877 most closely resembles the variety Hardome, both varieties having gray hila. Variety 0877, however, is characterized by its resistance to the fungus *Phytophthora megasperma var sojae* (races 1 and 2); whereas Hardome is susceptible. (The term "race" as used herein signifies a subspecies or microspecies of the fungus species *Phytophthora megasperma var sojae*).

Also, Variety 0877 is significantly later maturing than is Hardome.

Under needle inoculation with the aforesaid fungus all plants of Hardome will become infected and die; all plants of Variety 0877 will be expected to live.

The seeds of Variety 0877 are oblong in shape and are quite large. They often have seed coats that appear to be oversized for the cotyledons, thus resulting in occasional wrinkled seed coats. Also, there is often visible a longitudinal discoloration of the seed coats (sometimes called a bleeding or spreading effect), stemming from the hila, if the plants have experienced considerable stress. Seed hila of Variety 0877 are very light grain in color, and under certain environmental conditions may appear yellow or light buff in color. When seeds of this type are planted, they produce progeny having light gray hila with varying color intensities present on each plant, according to ambient macro- and micro-environmental conditions.

The objective characteristics of Variety 0877 are set forth in the attached Example, in chart form, designated

répétées. En 1976, on a évalué l'uniformité des traits chez des plantes cultivées en rangées simples issues chacune d'une plante différente de la F_9. Chaque rangée de plantes non conformes a été écartée, et les plantes des rangées uniformes ont été réunies pour constituer la lignée pure de la variété. Depuis 1976, cette variété s'est révélée homogène pour tous les traits, en l'absence de toute variation. Tous les traits ont été reproduits de manière stable tout au long des 6 générations par l'obtenteur végétal.

La variété peut être produite à partir de la graine par des méthodes classiques de production et de récolte du soja. La quantité de graines purifiées produites durant 1976 totalise environ un boisseau. Au cours de 1977, une partie de cette quantité a été semée sur 0,5 acre; on a constaté que les plantes étaient uniformes pour tous les traits et exemptes de variantes. Environ 20 boisseaux de graines ont été produites. En 1978 environ 15 acres ont été semés en variété 0877, ce qui a produit plus de 500 boisseaux de graines. Depuis 1978, on cultive la variété 0877: tous les traits sont uniformes et les variantes sont absentes.

La variété 0877 ressemble beaucoup à la variété Hardome, qui a comme elle un hile gris. Cependant, la variété 0877 résiste au champignon *Phytophthora megasperma var sojae* (races 1 et 2) tandis que l'autre variété y est vulnérable (le terme «race» désigne une sous-espèce ou une micro-espèce du champignon susmentionné).

En outre, la variété 0877 mûrit nettement plus tard que le Hardome.

Tous les plants de Hardome inoculés à ce champignon meurent tandis que les plants de la variété 0877 sont censés vivre.

Les graines de la variété 0877 sont oblongues et assez grosses. Leur péricarpe semble souvent trop grand pour les cotylédons, ce qui fait qu'il est souvent ridé. On note souvent, également, une décoloration longitudinale du péricarpe à partir du hile, quand les plantes ont subi un stress considérable. Les hiles des graines de la variété 0877 sont d'un gris très pâle, et peuvent parfois apparaître jaunes ou beiges dans certaines conditions de milieu. Lorsqu'on sème ces graines, elles produisent une progéniture dont le hile est gris pâle, et qui sont de coloration variable, en fonction des conditions micro- et macro-écologiques.

Les caractéristiques objectives de la variété 0877 sont exposées dans l'Exemple joint, constituant un tableau et

as Example A. This Example is described in twenty-three (23) sections.

. . .

To summarize the present invention, Variety 0877 is a high-yielding soybean characterized by being resistant to root rot caused by the fungus *Phytophthora megasperma var sojae* (races 1 and 2) to which the variety Hardome (which it otherwise most closely resembles) is susceptible.

Only paragraphs 2 and 3 mention the part played by the inventor in creating this new variety. In this regard the specification is limited to describing the basic materials used for cross-breeding. There is no indication of the genetic engineering involved. Yet the documentation does demonstrate the existence of various methods of cross-breeding, whether used to improve the yield of a variety or to make it less vulnerable to disease. The choice has advantages and disadvantages and it would be many years before the results can be obtained, not to mention the money necessary for such an undertaking. In any case, the cross-breeding is the only really inventive work, since the selective reproduction is consistent with known Darwinian principles. I should also observe that the creation of a new plant variety cannot be compared with the first experiments of Mendel over a century ago: techniques have evolved and the purpose has changed, since man is trying to adapt living forms to new environments and new uses. The inventor himself admitted in an affidavit attached to appellant's record with the Patent Appeal Board that:

> ... unique controlled plant breeding techniques were employed, which resulted in transferring genetically a gene $Rps_1{}^a$ for resistance to races 1 and 2 from one genetic background into a completely different and new genetic background.

I am persuaded that even someone skilled in the science of the invention could not arrive at the same result as the inventor without further explanation. In his text cited above (at p. 170), Fox mentions that the courts have held an incomplete description to be sufficient where the record contains an affidavit by a workman skilled in the art

désigné Exemple A. Cet Exemple compte vingt-trois (23) sections.

. . .

Pour résumer, la Variété 0877 est un soja à haut rendement caractérisé par sa résistance à la pourriture des racines causée par le champignon *Phytophthora megasperma var sojae* (races 1 et 2), auquel la variété Hardome (celle qui lui ressemble le plus étroitement par ailleurs) est susceptible.

Seuls les deuxième et troisième paragraphes mentionnent le rôle joué par l'inventeur dans la création de cette nouvelle variété. À cet effet, le mémoire descriptif se borne à décrire les matériaux de base utilisés pour le croisement. Il n'y a aucune indication quant aux manipulations génétiques effectuées. Pourtant, la documentation démontre l'existence de diverses méthodes de croisement, tantôt utilisées pour améliorer le rendement d'une variété, tantôt pour la rendre moins vulnérable à une maladie. Le choix comporte des avantages et des désavantages et les résultats nécessitent de nombreuses années avant d'être atteints, sans oublier les sommes engagées dans une telle entreprise. Le croisement s'avère de toute façon le seul véritable travail inventif puisque la reproduction sélective n'obéit en fait qu'aux principes darwiniens connus. Je tiens aussi à dire que la création d'une nouvelle variété végétale ne peut se comparer aux premières expériences de Mendel il y a plus d'un siècle: les techniques ont évolué; de même, le but a changé puisque l'homme tente d'adapter les formes vivantes à de nouveaux environnements et à de nouveaux usages. L'inventeur a lui-même admis dans un affidavit joint au dossier de l'appelante devant la commission d'appel des brevets que:

> [TRADUCTION] ... des techniques de sélection contrôlées particulières ont été utilisées pour le transfert du gène $Rps_1{}^a$, responsable de la résistance aux races 1 et 2, d'un milieu génétique donné à un autre milieu génétique complètement différent et nouveau.

Je suis convaincu que même une personne versée dans la science de l'invention ne saurait, sans autre explication, en arriver au même résultat que l'inventeur. Fox mentionne dans son ouvrage précité (à la p. 170) que la jurisprudence a énoncé l'idée qu'on pouvait pallier à une description incomplète en déposant au dossier l'affidavit d'un homme

or science of the invention stating that he has been able to arrive at the invention claimed without other instructions than the specification itself. Without making any ruling on the validity of such a principle, I would observe that appellant did not submit any such affidavit to the Court.

Finally, I am unable to share appellant's argument when it says that the fact the invention was discovered partly by chance does not necessarily mean "that someone else could not retrace the path that he described in the specification". It is nonetheless clear that apart from steps which appear to be obvious and common knowledge for an experimenter skilled in the art, a person to whom the disclosure is addressed "is not required to exercise or to be possessed of more, and, if the specification contains something that necessitates the working out of a problem, the patent cannot be supported" (see Fox, op. cit., at p. 171). It is apparent in the case at bar that the steps required for selective reproduction present no problem. However, an experimenter could only discover the steps involved in crossing by empirical means. Without hypothesizing as to why appellant did not comply with the disclosure requirement, I have to say that either Hi-Bred was negligent in failing to describe its procedure correctly or it did indeed make the discovery by chance.

I now turn to the second argument made. Appellant contended that the depositing of seed samples of this new variety with the proper authorities met the requirements of s. 36(1) and constituted a sufficient description of the invention. Its argument rested essentially on the decision by the Patent Appeal Board in *Abitibi*, *supra*. In that case a Patent Appeal Board had to consider the possibility of giving patent protection to a sediment process activated by foam flotation, the invention also involving a process for the biodegrading of spent sulfite waste, which is a by-product of wood pulp manufacture. The Examiner accepted the claims for the process but rejected those regarding the culture system. The Commission reviewed the decisions rendered in Canada

versé dans l'art ou la science de cette invention affirmant qu'il a pu arriver à l'invention revendiquée à partir des seules instructions contenues au mémoire. Sans me prononcer sur le bien-fondé de ce principe, je remarque que l'appelante ne nous a soumis aucun affidavit à cette fin.

Enfin, il m'est impossible de partager la prétention de l'appelante lorsqu'elle dit que le fait que l'invention a été découverte avec un certain degré de hasard n'implique pas nécessairement [TRADUCTION] «que quelqu'un d'autre ne pourrait pas retracer les étapes décrites dans le mémoire descriptif». Pourtant, il est clair que mis à part les étapes qui apparaissent évidentes et de commune renommée pour l'expérimentateur versé dans la matière, la personne à qui s'adresse la divulgation [TRADUCTION] «n'est pas obligée de faire ou d'en connaître davantage, et si le mémoire descriptif contient quelque chose qui requiert la résolution d'un problème, la demande de brevet ne peut être maintenue» (voir Fox, *op. cit.*, à la p. 171). En l'espèce, il est évident que les étapes consacrées à la reproduction sélective ne posent aucun problème. Par contre, ce n'est qu'empiriquement que l'expérimentateur pourrait découvrir les étapes suivies au niveau du croisement. Sans émettre d'hypothèse sur la raison pour laquelle l'appelante n'a pas rempli l'exigence de la divulgation, il me faut dire que, ou bien Hi-Bred a été négligente en omettant de décrire son procédé correctement, ou bien, elle l'a vraiment découvert par hasard.

Je passe maintenant au second moyen invoqué. L'appelante prétend en effet que le dépôt d'échantillons de graines de semence de cette nouvelle variété auprès des organismes compétents satisfait aux exigences du par. 36(1) et constitue une description suffisante de l'invention. Son argument repose essentiellement sur la décision de la commission d'appel des brevets rendue dans l'affaire *Abitibi*, précitée. Dans cette affaire, une commission d'appel des brevets a été appelée à étudier la possibilité de protéger par brevet un procédé de boue activée par flottation de mousse, l'invention portant en outre sur un procédé pour la biodégradation de déchets de sulfite usagé, qui sont un sous-produit de la fabrication de pâte de bois. L'examinateur accepta les revendications relatives

and abroad and recommended that the claims be accepted. On the question of disclosure, it found that the depositing of a sample in a microbial culture available to the public was sufficient, since it will be possible for anyone skilled in the art involved in the invention to reproduce, make or use the invention. Counsel for the appellant is asking the Court also to consider the import of a negative judgment of this Court on biotechnology research and development on plant varieties in Canada. We were even referred to a study by the Science Council of Canada, *Seeds of Renewal: Biotechnology and Canada's Resource Industries* (1985), Report 38, suggesting that special protection should be enacted "to ensure that plant breeders can obtain a reasonable return on a new variety" (p. 37).

It is true that most countries give the producers of new plant varieties special protection; even in Canada, several legislative proposals for this purpose have appeared over the years. Though this kind of legislation might act as a catalyst in the development of scientific research in Canada, I consider that this Court does not have the right to stretch the scope of patent protection beyond the limits of existing legislation. Accordingly, since the *Patent Act* contains no provisions relating directly to biotechnological inventions and new forms of life in particular, this new soybean variety will only be patentable if it meets the traditional conditions and requirements for a patent.

There is no ambiguity in the wording of s. 36(1): the inventor must describe not only how the invention can be used but also how a third party can make it; nowhere does it say that the deposit by itself of a sample of the invention will meet the disclosure requirement. To adopt the language of Rand J. in *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46, at p. 57, cited by

au procédé mais rejeta les revendications touchant le système de culture. La commission passa en revue les décisions rendues au pays et à l'étranger et recommanda que les revendications soient acceptées. Au sujet de la divulgation, elle jugea que le dépôt d'un échantillon dans une culture microbienne accessible au public était suffisant puisqu'il serait possible à toute personne versée dans l'art dont relève l'invention de reproduire, confectionner ou utiliser l'invention. L'avocat de l'appelante nous invite également à réfléchir sur la portée d'une décision négative de cette Cour sur la recherche et le développement des biotechnologies relatives aux obtentions végétales au pays. On nous a même soumis une étude du Conseil des sciences du Canada, intitulée *Germes d'avenir: les biotechnologies et le secteur primaire canadien* (1985), Rapport 38 dans laquelle on y suggère qu'une protection spéciale devrait être accordée pour «veiller à ce que les phytogénéticiens réalisent un juste bénéfice sur leurs nouveaux cultivars» (p. 39).

Il est vrai que la plupart des États accordent une protection spéciale aux producteurs de nouvelles obtentions végétales; même au pays plusieurs projets de loi ont vu le jour au fil des ans à cette fin. Quoique ce type de législation pourrait agir comme un catalyseur pour le développement de la recherche dans le domaine scientifique au Canada, je suis cependant d'avis que cette Cour n'a pas le droit d'étendre au-delà des limites de la législation actuelle la portée de la protection par brevet. Par conséquent, puisque la *Loi sur les brevets* ne contient aucune disposition se rapportant directement aux inventions biotechnologiques et aux nouvelles formes de vie en particulier, cette nouvelle variété de soya ne sera brevetable que si elle remplit les conditions et exigences traditionnelles en matière de brevets.

Le libellé du par. 36(1) ne souffre d'aucune ambiguïté: l'inventeur doit décrire non seulement comment l'invention peut être utilisée mais aussi comment un tiers peut la confectionner; nulle part n'y mentionne-t-on que le seul dépôt d'un échantillon de l'invention répondra à l'exigence de la divulgation. Pour reprendre les termes du juge Rand dans l'arrêt *Commissioner of Patents v. Winthrop*

Pigeon J. in *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111, at p. 121:

> ... the intention of a legislature must be gathered from the language it has used and the task of construing that language is not to satisfy ourselves that as used it is adequate to an intention drawn from general considerations or to a purpose which might seem to be more reasonable or equitable than what the language in its ordinary or primary sense indicates.

While it is true that competitors may obtain the new variety by this means and exploit it commercially for a fraction of the original cost borne by appellant, deposit of the seed by itself does not comply with the applicable law. It might be that in certain circumstances, the deposit may contribute to complete the description; I do not rule out this possibility but I do not find it applicable to the case at bar. Before concluding, I would simply say that my observations should not be taken as directed at patent applications for micro-organisms, though such a practice had never been endorsed by Canadian courts. Also, I express no opinion on the correctness of the observations made by Pratte J. in this regard. I note, however, that the practice of a deposit is simply intended to require the applicant submitting a process involving a micro-organism unknown and inaccessible to the public as a necessary part of reproducing the invention to deposit a culture of the micro-organism with the authorities. In *Abitibi*, as in *American Cyanamid Co. (Dann's) Patent*, [1971] R.P.C. 425 (H.L.), cited by appellant in support of its arguments, the patent application was not for the micro-organism deposited: the latter was simply a component of the patented process, not the subject of the invention.

Having found that there was not sufficient disclosure of this soybean variety and that it therefore cannot be a patentable matter within the meaning of the *Patent Act*, it is neither necessary nor desirable for the reasons already given to consider in this appeal whether this new soybean variety can be regarded as an invention within the mean-

Chemical Co., [1948] R.C.S. 46, à la p. 57, repris par le juge Pigeon dans l'arrêt *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111, à la p. 121:

> [TRADUCTION] ... l'intention d'une législature doit se déduire des termes qu'elle a utilisés, et l'obligation d'interpréter ces termes ne consiste pas à nous convaincre qu'ils peuvent nous permettre d'en dégager une intention tirée de considérations d'ordre général ou un but qui semble plus raisonnable ou équitable que celui qu'ils indiquent dans leur sens ordinaire ou premier.

Même s'il est vrai que les compétiteurs pourront ainsi se procurer cette nouvelle variété et l'exploiter commercialement pour une fraction du coût original défrayé par l'appelante, le seul dépôt de la graine ne serait pas conforme au droit en la matière. Il se pourrait que dans certaines circonstances le dépôt puisse contribuer à compléter la description; je n'élimine pas cette possibilité mais ne la trouve pas applicable au cas sous étude. Avant de terminer, je voudrais simplement dire que mes remarques ne doivent pas être comprises comme dirigées aux demandes de brevets pour des micro-organismes même si pareille pratique n'a jamais connu l'aval des instances judiciaires au Canada. Également, je ne me prononce pas sur la justesse des propos du juge Pratte sur ce sujet. Je note cependant que la pratique du dépôt vise simplement à obliger le demandeur présentant un procédé impliquant un micro-organisme inconnu et inaccessible au public comme élément nécessaire à la reproduction de l'invention à déposer une culture de ce micro-organisme auprès des autorités. Dans l'affaire *Abitibi*, tout comme dans l'arrêt *American Cyanamid Co. (Dann's) Patent*, [1971] R.P.C. 425 (H.L.), cité à l'appui de ses prétentions par l'appelante, la demande de brevet ne s'adressait pas au micro-organisme déposé; celui-ci représentait simplement une composante du procédé breveté, non pas l'objet de l'invention.

Ayant conclu que cette nouvelle variété de soya n'a pas été divulguée suffisamment et qu'elle ne peut donc constituer une matière brevetable selon la *Loi sur les brevets*, il n'est donc pas nécessaire, ni même souhaitable, pour les raisons déjà données, d'examiner à l'occasion de ce pourvoi, si cette nouvelle variété de soya peut être considérée

ing of s. 2. I would accordingly dismiss the appeal. There shall be no adjudication as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

comme une invention au sens de l'art. 2. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Gowling & Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Julian Charles Pringle *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PRINGLE

File No.: 19975.

1988: October 13; 1989: June 22.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Offence of using a firearm while committing an indictable offence — No conviction for underlying indictable offence — Facts established sufficient to prove an indictable offence but charges for that offence not laid — Whether offence requires conviction for the underlying indictable offence or whether it requires only proof of facts sufficient to ground an indictable offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1)(a).

Criminal law — Kienapple principle — Conviction precluding convictions for lesser and included offences from being entered — Conviction overturned on appeal but convictions for lesser and included offences not entered — Whether Court of Appeal erred in not entering convictions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 84(1), 85.

Jurisdiction — Supreme Court of Canada — No appeal to Supreme Court from judgment or order made in exercise of judicial discretion — Whether Supreme Court precluded from remitting matter of entering conviction to trial judge for determination — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 44 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623.

Respondent was arrested after pointing a loaded shotgun at a person and threatening to "blow him away". He was acquitted of unlawful confinement contrary to s. 247(2) of the *Criminal Code* which was the offence the Crown may have had in mind when it charged him of using a firearm while committing an indictable offence contrary to s. 83(1)(*a*). The trial judge, however, found respondent guilty under s. 83(1)(*a*), even though the count disclosed no indictable offence, because he held

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Julian Charles Pringle *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PRINGLE

N° du greffe: 19975.

1988: 13 octobre; 1989: 22 juin.

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit criminel — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Pas de déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent — Faits établis suffisants pour prouver un acte criminel mais aucune accusation relativement à cet acte — La déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent est-elle une condition préalable de l'infraction ou la preuve de faits suffisants pour fonder un acte criminel est-elle suffisante? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1)a).

Droit criminel — Principe de l'arrêt Kienapple — Déclaration de culpabilité empêchant l'inscription de déclarations de culpabilité relativement à des infractions moindres et comprises — Annulation de la déclaration de culpabilité en appel mais non-inscription de déclarations de culpabilité relativement aux infractions moindres et comprises — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en n'inscrivant pas de déclarations de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 84(1), 85.

Compétence — Cour suprême du Canada — Aucun appel à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire — La Cour suprême peut-elle renvoyer l'affaire relative à l'inscription de la déclaration de culpabilité au juge du procès pour décision? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 44 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623.

L'appelant a été arrêté après avoir braqué un fusil chargé sur une personne et l'avoir menacée de «la descendre». Il a été acquitté de l'infraction de séquestration prévue au par. 247(2) du *Code criminel* qui était l'infraction que le ministère public avait pu avoir à l'esprit en l'inculpant d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, en contravention à l'al. 83(1)*a*). Le juge du procès a cependant déclaré l'intimé coupable en vertu de l'al. 83(1)*a*) même si le chef

that the Crown had established that he had committed an assault as defined in the *Code*. Respondent pleaded guilty to possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 85 of the *Code*, and was found guilty of unlawfully pointing a firearm, contrary to s. 84(1) of the *Code*. The trial judge applied the *Kienapple* principle in respect to these counts and entered no conviction. The Court of Appeal quashed the conviction under s. 83(1) but made no disposition with respect to the two for which no conviction had been entered.

Two issues were before this Court. Firstly, whether a conviction can obtain under s. 83(1) absent a conviction for the indictable offence whose commission involved the use of a firearm. Secondly, whether the Court of Appeal erred when it did not enter the convictions for the two counts to which the *Kienapple* principle had been applied when the conviction giving rise to its application was overturned.

Held: The appeal should be dismissed.

A conviction for an offence under s. 83(1) cannot stand alone. This Court has identified the purpose of this section as a measure to enable the Crown to obtain additional penalties where a firearm is used during the commission or the attempt to commit an offence. This purpose can logically be achieved only if a sentence is tacked on to a previous one. A prerequisite, therefore, is a sentence for the conviction of the underlying and distinct offence, as opposed to only a finding of fact. The conviction and sentence for the underlying offence prerequisite to s. 83(1) need not be obtained and imposed contemporaneously. Furthermore, while it is desirable that the two offences be in separate counts if in the same charge, they could well be both in the same count.

It was not necessary to identify with certainty the underlying offence for disposing of the case at bar. If the offence of unlawful confinement was the underlying offence that the Crown had in mind at the time of the laying of the indictment, the Court of Appeal was justified in quashing the guilty verdict pronounced with respect to s. 83(1) as the respondent had been acquitted

d'accusation ne précisait aucun acte criminel, parce qu'il a jugé que le ministère public avait prouvé que l'intimé avait commis des voies de fait selon la définition du *Code*. L'intimé a plaidé coupable de port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, en contravention de l'art. 85 du *Code*, et il a été déclaré coupable d'avoir braqué une arme à feu sans excuse légitime, en contravention au par. 84(1) du *Code*. Le juge du procès a appliqué le principe de l'arrêt *Kienapple* à ces chefs d'accusation et n'a inscrit aucune déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité en vertu du par. 83(1), mais n'a rendu aucune décision quant aux deux chefs à l'égard desquels aucune déclaration de culpabilité n'avait été inscrite.

La Cour est saisie de deux questions. Premièrement, peut-il y avoir déclaration de culpabilité en vertu du par. 83(1) sans qu'il y ait préalablement une déclaration de culpabilité à l'égard de l'acte criminel au cours de la perpétration duquel une arme à feu aurait été utilisée? Deuxièmement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en n'inscrivant pas de déclaration de culpabilité relativement aux deux chefs à l'égard desquels le principe de l'arrêt *Kienapple* avait été appliqué lorsque la déclaration de culpabilité qui avait donné lieu à son application a été infirmée?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue au par. 83(1) n'est pas autonome. Selon l'analyse de cette Cour, ce paragraphe a pour but de permettre au ministère public d'obtenir des peines supplémentaires dans les cas où une arme à feu est utilisée lors d'une tentative de perpétration d'une infraction ou de la perpétration elle-même. Ce but ne peut logiquement être atteint que si une peine est ajoutée à une peine antérieure. Comme condition préalable, il doit y avoir une peine pour la déclaration de culpabilité de l'infraction sous-jacente et distincte, et non pas une simple constatation des faits. Il n'est pas nécessaire que la déclaration de culpabilité et la peine relatives à l'infraction sous-jacente qui constituent une condition préalable au regard de l'infraction prévue au par. 83(1) soient prononcées simultanément. Au surplus, bien qu'il soit souhaitable que les deux infractions fassent l'objet de chefs séparés si une seule accusation est portée, il est possible qu'elles fassent l'objet d'un seul chef.

Il n'est pas nécessaire d'identifier avec certitude l'infraction sous-jacente pour statuer en l'espèce. Si la séquestration était l'infraction sous-jacente qu'envisageait le ministère public au moment du dépôt de l'acte d'accusation, la Cour d'appel a eu raison d'annuler le verdict de culpabilité prononcé en vertu du par. 83(1) vu l'acquittement de l'intimé relativement à ce chef. Si ce

of the count of unlawful confinement. Alternatively, the trial judge committed an error in law in finding the accused guilty of having used a firearm while committing an assault. The accused was not charged with any count of assault, either in that count or in a distinct count, and accordingly could not be convicted of that offence.

The count, even though an accused may have been convicted of offences during which he used a firearm, must clearly indicate the offence for which the accused person is charged with having used a firearm.

Section 623 of the *Criminal Code* enables this Court to remit the case to the trial judge for a determination of whether guilty verdicts should be entered with respect to the two counts for which no convictions had been entered and to make any order that the Court of Appeal might have made. Section 44 of the *Supreme Court Act*, which states (with certain exception not applicable here) that "No appeal lies to the Supreme Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion", does not affect this power. It aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision.

This Court, while usually reluctant to intervene in a lower court's decision in the context of a discretionary power, should do so here given that the Court of Appeal neither addressed the question of whether or not it would be appropriate to return the matter to the trial judge nor exercise its discretion one way or the other. The Court of Appeal, on allowing the appeal under s. 613(2), might have ordered that the file be remitted to the trial judge pursuant to s. 613(8). This Court has the power to make this order by virtue of s. 623.

Cases Cited

Applied: *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; **referred to**: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Terlecki*, [1985] 2 S.C.R. 483.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 5(1), 83(1)(*a*), (*b*), (*c*), (*d*), (2), 84(1), 85, 244(1)(*b*), (*c*), 247(2), 302, 303, 613(1)(*a*), (2), (4), (6), (7), (8), 623(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 44(1).

n'était pas le cas, le juge du procès a commis une erreur de droit en déclarant l'accusé coupable d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration de voies de fait. Aucune accusation de voies de fait n'avait été portée contre l'accusé, que ce soit dans ce chef ou dans un chef distinct, et il ne pouvait donc pas en être déclaré coupable.

Même si l'accusé a pu être reconnu coupable d'infractions au cours desquelles il a utilisé une arme à feu, le chef doit clairement indiquer l'infraction au cours de laquelle il est inculpé d'avoir utilisé une arme à feu.

L'article 623 du *Code criminel* habilite cette Cour à renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il décide si des verdicts de culpabilité devraient être inscrits relativement aux deux chefs à l'égard desquels aucune déclaration de culpabilité n'a été inscrite et à rendre toute ordonnance que la Cour d'appel aurait pu rendre. L'article 44 de la *Loi sur la Cour suprême* qui prévoit (sous réserve de certaines exceptions sans importance en l'espèce) que «Nul appel ne peut être interjeté à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire», ne modifie pas ce pouvoir. Il ne vise qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire.

Bien qu'elle hésite habituellement à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure, cette Cour doit intervenir en l'espèce étant donné que la Cour d'appel n'a pas examiné la question de savoir s'il était opportun de renvoyer l'affaire au juge du procès et qu'elle n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière ou d'une autre. En faisant droit à l'appel en vertu du par. 613(2), la Cour d'appel aurait pu ordonner que le dossier soit renvoyé au juge du procès conformément au par. 613(8). Cette Cour a le pouvoir de rendre cette ordonnance en vertu de l'art. 623.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; **arrêts mentionnés**: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Terlecki*, [1985] 2 R.C.S. 483.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 5(1), 83(1)*a*), *b*), *c*), *d*), (2), 84(1), 85, 244(1)*b*), *c*), 247(2), 302, 303, 613(1)*a*), (2), (4), (6), (7), (8), 623(1).
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 44(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 15 O.A.C. 108, 29 C.C.C. (3d) 150, 52 C.R. (3d) 350, setting aside a conviction by Quinlan Dist. Ct. J. and entering an acquittal. Appeal dismissed.

David A. Fairgrieve, for the appellant.

James M. Novak, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

This is an appeal by the Crown against a judgment of the Court of Appeal of Ontario which set aside Mr. Pringle's conviction for using a firearm while committing an indictable offence, and entered an acquittal. The Crown asks this Court to restore the conviction or, in the alternative, if the acquittal is to be upheld, to remit the case to the trial judge for the entering of convictions on charges stemming from the same set of events. These latter convictions were not entered due to an application by the trial judge of the principle commonly known as the *Kienapple* principle: see *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

The Facts

Mr. Pringle suspected his wife of having an affair with her employer. He went to her place of employment with a loaded shotgun. He confronted the employer with the gun, pointed it at him and told him that he was going to "blow him away". He raised the gun but, when the employer moved towards him, he brought the gun back down. The police arrived, arrested him and charged him with four counts.

The Charge

Count 1: unlawful confinement of the employer, contrary to s. 247(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 15 O.A.C. 108, 29 C.C.C. (3d) 150, 52 C.R. (3d) 350, qui a infirmé une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Quinlan de la Cour de district et qui a inscrit un acquittement. Pourvoi rejeté.

David A. Fairgrieve, pour l'appelante.

James M. Novak, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

Il s'agit d'un pourvoi interjeté par le ministère public contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la déclaration de culpabilité de M. Pringle à l'égard de l'infraction d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel et qui a inscrit un acquittement. Le ministère public demande à la Cour de rétablir la déclaration de culpabilité ou, subsidiairement, au cas où l'acquittement serait confirmé, de renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il inscrive des déclarations de culpabilité à l'égard des chefs d'accusation découlant des mêmes faits. Le juge du procès n'a pas inscrit de déclaration de culpabilité à l'égard de ces derniers parce qu'il a appliqué le principe communément appelé le principe de l'arrêt *Kienapple*: voir *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Les faits

Soupçonnant que sa femme avait une liaison avec son employeur, M. Pringle s'est rendu au lieu de travail de celle-ci, muni d'un fusil chargé. Il a défié l'employeur avec son fusil, l'a braqué sur ce dernier et lui a dit qu'il allait [TRADUCTION] «le descendre». Il a levé le fusil mais, quand l'employeur s'est approché de lui, il a abaissé son arme. Les policiers sont arrivés, l'ont arrêté et ont porté contre lui quatre chefs d'accusation.

L'accusation

Premier chef: séquestration de l'employeur, infraction prévue au par. 247(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Count 2: using a firearm while committing an indictable offence, contrary to s. 83(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

Count 3: possession of a weapon (the shotgun) for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 85 of the *Criminal Code*.

Count 4: unlawfully pointing a firearm at the employer, contrary to s. 84(1) of the *Criminal Code*.

Count two did not disclose the indictable offence which the accused was alleged to have committed while using the firearm.

The trial judge acquitted the accused of the first count, that of unlawful confinement. This acquittal was not appealed and is not before us.

The trial judge found the accused guilty of the second count on the basis that the Crown had established beyond a reasonable doubt that Mr. Pringle had committed an assault as defined by s. 244(1)(*b*) or (*c*) of the *Criminal Code* as a result of Mr. Pringle's threat to shoot the employer.

Pringle pleaded guilty to count three and the judge found him guilty on the fourth count. However, no convictions were entered pursuant to an application of the *Kienapple* principle because of the conviction on count 2. The Court of Appeal quashed the conviction but made no disposition with respect to the two counts on which the convictions were not entered pursuant to *Kienapple v. The Queen*.

The only count on appeal below and in this Court is the count of using a firearm while committing an indictable offence.

The Issues

There are two issues before us:

1. Can there be a conviction under s. 83(1) without there first being a conviction for the

Deuxième chef: usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, infraction prévue à l'al. 83(1)*a*) du *Code criminel*.

Troisième chef: port d'arme (le fusil) dans un dessein dangereux pour la paix publique, infraction prévue à l'art. 85 du *Code criminel*.

Quatrième chef: braquer une arme à feu, sans excuse légitime, sur l'employeur, infraction prévue au par. 84(1) du *Code criminel*.

Le deuxième chef n'indique pas quel acte criminel l'accusé aurait perpétré en utilisant l'arme à feu.

Le juge du procès a acquitté l'accusé à l'égard du premier chef, celui de séquestration. L'acquittement n'a pas été porté en appel et nous n'en sommes pas saisis.

Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable à l'égard du deuxième chef étant donné que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Pringle avait commis des voies de fait, selon la définition donnée aux al. 244(1)*b*) ou *c*) du *Code criminel*, en menaçant de tirer sur l'employeur.

Pringle a plaidé coupable relativement au troisième chef et le juge l'a déclaré coupable quant au quatrième. Toutefois, aucune déclaration de culpabilité n'a été inscrite conformément au principe de l'arrêt *Kienapple* vu la déclaration de culpabilité inscrite à l'égard du deuxième chef. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité mais ne s'est pas prononcée sur les deux chefs à l'égard desquels aucune déclaration de culpabilité n'a été inscrite en conformité avec l'arrêt *Kienapple c. La Reine*.

Le seul chef ayant fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel et devant cette Cour est celui portant sur l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel.

Les questions en litige

La Cour doit trancher deux questions:

1. Peut-il y avoir déclaration de culpabilité en vertu du par. 83(1) sans qu'il y ait préalablement

indictable offence during the commission of which it is alleged that a firearm was used;

2. Having entered an acquittal, was the Court of Appeal wrong in not making an order in relation to counts three and four.

Relevant Legislative Provisions

The legislative provisions pertinent to the disposition of this appeal are ss. 83, 613(1)(*a*), (2), (8) and 623(1) of the *Criminal Code* and s. 44 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

Criminal Code

83. (1) Everyone who uses a firearm

(*a*) while committing or attempting to commit an indictable offence, or

(*b*) during his flight after committing or attempting to commit an indictable offence,

whether or not he causes or means to cause bodily harm to any person as a result thereof, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment

(*c*) in the case of a first offence under this subsection, except as provided in paragraph (*d*), for not more than fourteen years and not less than one year; and

(*d*) in the case of a second or subsequent offence under this subsection, or in the case of a first such offence committed by a person who, prior to the coming into force of this subsection, was convicted of an indictable offence or an attempt to commit an indictable offence, in the course of which or during his flight after the commission or attempted commission of which he used a firearm, for not more than fourteen years and not less than three years.

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

une déclaration de culpabilité à l'égard de l'acte criminel au cours de la perpétration duquel une arme à feu aurait été utilisée?

2. Après avoir ordonné l'acquittement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne rendant pas d'ordonnance relativement aux troisième et quatrième chefs?

Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes au regard du présent pourvoi sont l'art. 83, l'al. 613(1)*a*), les par. 613(2), (8) et 623(1) du *Code criminel* et l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.

Code criminel

83. (1) Quiconque utilise une arme à feu

a) lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel, ou

b) lors de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre un acte criminel,

qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

c) d'au plus quatorze ans et d'au moins un an, dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe, sauf dans les cas où l'alinéa *d*) s'applique; et

d) d'au plus quatorze ans et d'au moins trois ans, dans le cas d'une infraction au présent paragraphe subséquente à une première infraction ou dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe commise par une personne qui, avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait déjà été trouvée coupable d'avoir commis un acte criminel, ou d'avoir tenté de le commettre, en employant une arme à feu lors de cette perpétration ou tentative de perpétration ou lors de sa fuite après la perpétration ou tentative de perpétration.

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

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

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

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

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

. . .

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(*b*) order a new trial.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsections (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

623. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

Supreme Court Act

44. (1) No appeal lies to the Supreme Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

Decision of the Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 150

Dubin J.A. (as he then was), with whom Thorson and Grange JJ. concurred, held that s. 83 was adopted to impose additional liability on an accused who used a firearm while committing an indictable offence. The purpose of its enactment was, as stated by Dickson J. (as he then was) in *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284, to change the common law rule against multiple convictions and enable the Crown to obtain additional penalties where a firearm is used during the commission of an offence. Dubin J.A. also underlined the fact that s. 83(2) requires that the sentence for a conviction under s. 83(1) must be served con-

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

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

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

. . .

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)*a*), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

623. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente Partie, rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir tout règlement ou ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

Loi sur la Cour suprême

44. (1) Nul appel ne peut être interjeté à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en *equity* qui prend naissance ailleurs que dans la province de Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

L'arrêt de la Cour d'appel: (1986), 29 C.C.C. (3d) 150

Le juge Dubin (alors juge de la Cour d'appel), aux motifs duquel ont souscrit les juges Thorson et Grange, a conclu que l'art. 83 avait été adopté afin d'imposer une responsabilité supplémentaire à l'accusé qui utilise une arme à feu en commettant un acte criminel. L'adoption de cet article avait pour but, selon les motifs du juge Dickson (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284, de modifier la règle de *common law* interdisant les déclarations de culpabilité multiples et de permettre au ministère public d'obtenir des peines supplémentaires quand une arme à feu est utilisée pendant la perpétration

secutively to any other sentence arising from the same event or series of events. Consequently he held that in order for a person to be convicted of using a firearm under s. 83(1) there must be a conviction for the indictable offence in which it is alleged that the firearm was used.

Dubin J.A. held that in this case the accused was not convicted of the offence of unlawful confinement, the offence which the Crown had in mind when charging the accused under s. 83(1). He further found that the accused was not charged or convicted of assault, and therefore is presumed innocent of that offence in light of s. 5(1) of the *Criminal Code*. Since, in his opinion, a conviction for an offence under s. 83(1) cannot stand alone, he allowed the appeal, set aside the conviction and entered an acquittal.

Analysis

1. *Prior Conviction as Condition Precedent under s. 83(1)*

I am in full agreement with Dubin J.A.

The text alone of s. 83(1) does not permit one to determine with certainty if it is necessary that the accused be found guilty of the underlying offence before he can be found guilty of the offence of having used a firearm while committing the underlying offence.

The Crown claims that this question must be answered in the negative since nothing in the terms used in s. 83(1) indicates that the legislator intended such a requirement. It claims, more precisely, that it would have been possible for the legislator, if that had been his intention, to indicate clearly the necessity of a finding of guilt with respect to the underlying offence before an accused could be found guilty of an offence under s. 83(1).

I cannot share the Crown's opinion in this regard. The fact that such a requirement could

d'une infraction. Le juge Dubin a également souligné le fait qu'aux termes du par. 83(2) une peine imposée en vertu du par. 83(1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits. Il a donc décidé que pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 83(1), soit d'avoir utilisé une arme à feu, il fallait qu'il ait d'abord été déclaré coupable de l'acte criminel qu'il aurait perpétré en utilisant l'arme à feu.

Le juge Dubin a souligné qu'en l'espèce l'accusé n'avait pas été déclaré coupable de séquestration, infraction que le ministère public avait à l'esprit lorsqu'il a porté une accusation en vertu du par. 83(1). Il a en outre conclu que l'accusé n'avait pas été inculpé ni déclaré coupable de voies de fait, et que, par conséquent, il était présumé innocent de cette infraction vu les dispositions du par. 5(1) du *Code criminel*. Puisqu'à son avis une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue au par. 83(1) n'est pas autonome, il a fait droit à l'appel, infirmé la déclaration de culpabilité et inscrit un verdict d'acquittement.

L'analyse

1. *La nécessité d'une déclaration de culpabilité préalable à l'application du par. 83(1)*

Je suis tout à fait d'accord avec le juge Dubin.

Le texte du par. 83(1) ne permet pas à lui seul de déterminer avec certitude s'il est nécessaire que l'accusé soit déclaré coupable de l'infraction sous-jacente avant qu'il puisse être déclaré coupable de l'infraction d'avoir utilisé une arme à feu pendant la perpétration de l'infraction sous-jacente.

Le ministère public soutient que cette question doit recevoir une réponse négative puisque le texte du par. 83(1) n'indique pas que le législateur voulait qu'il en soit ainsi. Il soutient, plus précisément, que le législateur aurait pu, si telle avait été son intention, indiquer clairement qu'il fallait une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction sous-jacente avant que l'accusé puisse être déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 83(1).

Je ne puis partager l'avis du ministère public à cet égard. Le fait qu'une telle exigence eût pu être

have been expressly provided for does not automatically imply that such a requirement does not exist where it has not been expressly enacted. In my view, we must take many factors into account when determining whether the requirement exists or not, notably the nature and the purpose of the legislative provision, the goal the legislator seeks to attain, the result each solution would bring about, the wording of the section and, the counterproductive result, as regards the purpose, a given interpretation would result in.

The goal pursued by Parliament when enacting s. 83(1) was, as underlined by Dubin J.A. in the court of appeal, clearly identified by Dickson J. (as he then was) in the case of *McGuigan v. The Queen*, *supra*, at p. 318:

> It seems clear that what was intended in the enactment of s. 83 was to impose an additional penalty for what is, in effect, an aggravated form of robbery. Robbery can be committed without either the possession or the use of a firearm. The "use" of a "firearm" is not an essential element of the crime of robbery. A person may be convicted of that crime in the absence of a pistol, revolver or other firearms. [Emphasis added.]

The purpose of this statutory disposition was to enable the Crown to obtain additional penalties where a firearm is used during the commission or the attempt to commit an offence. The Crown argues that Dickson J.'s comments were only *obiter* since, in that case, both the underlying offence (robbery) and the use of a firearm during the commission of that offence were prosecuted and the accused was found guilty of both. I cannot accept this argument. The comments of Dickson J. were, under the circumstances of the case, more than an *obiter*. In my opinion, they were of general application and were necessary to the conclusion he arrived at. I do not contest the fact that this decision does not settle the question raised in the case at bar. Nonetheless, it is highly useful since the goal and purpose of s. 83(1) are well identified in it. Indeed, it seems to me indisputable that the goal and purpose of a provision remain the same, generally speaking, notwithstanding the circumstances in which the provision is relied upon.

expresse ne signifie pas automatiquement qu'elle n'existe pas quand elle n'est pas ainsi expressément énoncée. À mon avis, il faut considérer plusieurs facteurs pour décider si l'exigence existe ou non, notamment la nature et le but de la disposition législative, l'objectif visé par le législateur, le résultat que produirait chaque solution, le libellé de l'article et l'inefficacité qu'entraînerait, par rapport au but visé, une interprétation donnée.

L'objectif que voulait atteindre le législateur en adoptant le par. 83(1) a été, comme le souligne le juge Dubin, clairement énoncé par le juge Dickson dans l'arrêt *McGuigan c. La Reine*, précité, à la p. 318:

> Il semble clair que l'adoption de l'art. 83 avait pour but d'imposer une peine supplémentaire pour ce qui est, en réalité, une forme grave de vol qualifié. Le vol qualifié peut être commis sans possession ou usage d'une arme à feu. L'«usage» d'une «arme à feu» n'est pas un élément essentiel de l'acte criminel que constitue le vol qualifié. Une personne peut être déclarée coupable de ce crime en l'absence de pistolet, de revolver ou d'une autre arme à feu. [Je souligne.]

Cette disposition législative avait pour but de permettre au ministère public d'obtenir des peines supplémentaires lorsqu'une arme à feu est utilisée lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction. Le ministère public prétend que les observations du juge Dickson ne constituaient qu'un *obiter* puisque, dans cette affaire, l'accusé était poursuivi tant pour l'infraction sous-jacente (vol qualifié) que pour avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration de cette infraction et qu'il avait été déclaré coupable des deux infractions. Je ne puis accepter cet argument. Les observations du juge Dickson représentaient, vu les circonstances de l'affaire, plus qu'un *obiter*. À mon avis, il s'agissait d'observations d'application générale qui étaient nécessaires à la conclusion à laquelle il est parvenu. Je ne conteste pas le fait que cette décision ne règle pas la question soulevée en l'espèce. Néanmoins, elle est très utile car l'objectif et le but du par. 83(1) y sont énoncés avec clarté. De fait, il me semble indiscutable que l'objectif et le but d'une disposition restent les mêmes, en règle générale, peu importe le contexte dans lequel la disposition est invoquée.

The imposition of additional punishment, in this case minimum punishment, for using a firearm in the commission of an indictable offence could have been achieved by Parliament in more than one way.

One way would have been to do it through a sentencing provision, as the *Code* does for certain repeat offenders. Another way would have been to create an aggravated form of offence, such as was done for aggravated assaults. Noticeable is the fact that the additional punishment for the aggravated offence is obtained through the availability in either case of a higher maximum penalty sometimes coupled with a minimum sentence.

If the Crown were right we would have an aggravated offence with a maximum penalty (14 years) that is less than many indictable offences in the *Code* (murder, burglary in a dwelling house, robbery and others) and a minimum (1 year) which, at least in the case of murder, is a lesser one. The only way s. 83(1) will logically achieve the purpose this Court has identified as being the one Parliament is seeking, that is an additional penalty, is to provide for a sentence that will be tacked on to a previous one. This can only be achieved by the prerequisite of a sentence for the underlying offence, and that sentence can only be imposed (albeit a suspended sentence) if there has been a distinct conviction and not only a finding of fact as would be sufficient if the Crown's contention were right.

I should add that while the conviction and sentence for the underlying offence is a prerequisite to those under s. 83(1), this is not to say that they will not be obtained and imposed contemporaneously as in this case. Furthermore, while it is always preferable that, if in the same charge, the two offences be in separate counts, they could well be both in the same count. Of course to meet the prerequisite I have just set out, that is a distinct previous conviction, the count would have to be a truly duplicitous count (not to be confused with a multiplicitous count); that is the count would have

Le législateur disposait de plusieurs moyens pour frapper d'une peine supplémentaire, en l'espèce une peine minimale, l'utilisation d'une arme à feu pendant la perpétration d'un acte criminel.

Il aurait pu le faire au moyen d'une disposition sur la détermination de la peine, comme le *Code* en contient relativement à certains cas de récidive. Il aurait pu aussi créer une infraction plus grave, comme dans le cas des voies de fait graves. Il convient de noter que la peine supplémentaire qui frappe l'infraction plus grave peut, dans un cas comme dans l'autre, prendre la forme d'une peine maximale plus sévère parfois assortie d'une peine minimale.

Si le ministère public a raison, l'infraction plus grave serait assortie d'une peine maximale (14 ans) dont la sévérité est moins grande que celle de la peine qui frappe bon nombre d'actes criminels prévus dans le *Code* (meurtre, cambriolage dans une maison d'habitation, vol qualifié, etc.) et d'une peine minimale (1 an) qui, du moins dans le cas du meurtre, est moins sévère. Pour que le par. 83(1) puisse logiquement permettre d'atteindre le but que, selon l'analyse de cette Cour, le législateur vise, c'est-à-dire l'imposition d'une peine supplémentaire, il est nécessaire de prévoir une peine qui s'ajoutera à une peine déjà prévue. Cela suppose l'imposition préalable d'une peine pour l'infraction sous-jacente, et cette peine (encore qu'il puisse s'agir d'un sursis) ne peut être imposée que s'il y a d'abord eu une déclaration de culpabilité distincte et non pas une simple constatation de faits, laquelle serait suffisante si la prétention du ministère public était fondée.

Je me dois d'ajouter que, bien que la déclaration de culpabilité et la condamnation à l'égard de l'infraction sous-jacente soient une condition préalable à celles prévue au par. 83(1), cela ne veut pas dire qu'elles ne seront pas prononcées simultanément comme en l'espèce. Au surplus, bien qu'il soit toujours souhaitable que les deux infractions fassent l'objet de chefs séparés si une seule accusation est portée, elles pourraient tout de même faire l'objet d'un seul chef. Bien entendu, il faudrait, pour remplir la condition préalable que je viens d'énoncer, c'est-à-dire une déclaration de culpabi-

to be worded in such a way that it would be clear to the accused that he is in jeopardy of being found guilty of two offences, clearly identified, the underlying offence and the offence of having used a firearm while committing that offence. A charge of having used a firearm while committing an assault is not duplicitous but a charge under s. 83 and cannot be dealt with unless there is another count and conviction for assault.

But a charge of having committed an assault and of having used a firearm in the commission thereof, contrary to ss. 244(1)(*b*) and 83 of the *Criminal Code* meets the requirement. However, the judge must convict for assault in order to convict for the use of the firearm.

But as I said, duplicitous counts are highly undesirable because of all kinds of procedural complications and the better way is to have distinct counts or charges.

In the case at bar, the underlying offence, in the context of the charge of having used a firearm while committing a criminal offence, seems to be the offence of unlawful confinement. However, the terms used in the indictment do not permit us to be certain in this regard. Nonetheless, I am of the view that it is not necessary to identify with certainty this underlying offence for disposing of the case at bar.

If the offence of unlawful confinement was the underlying offence that the Crown had in mind at the time of the laying of the indictment, the Court of Appeal was justified in allowing the appeal and quashing the guilty verdict pronounced with respect to s. 83(1) since the respondent has been acquitted of the count of unlawful confinement of Mr. Standish, the employer.

If the offence was not unlawful confinement, the trial judge has nevertheless committed an error in law in finding the accused guilty of having used a firearm while committing an assault. The accused

lité préalable distincte, que le chef soit un chef véritablement double (à ne pas confondre avec un chef multiple); c'est-à-dire que le chef devrait être libellé de telle façon que l'accusé sache clairement qu'il risque d'être déclaré coupable de deux infractions, clairement identifiées, soit l'infraction sous-jacente et celle d'utilisation d'une arme à feu en commettant cette infraction. Une accusation d'utilisation d'une arme à feu en commettant des voies de fait n'est pas double, mais constitue une accusation aux termes de l'art. 83 et ne peut pas être jugée à moins qu'il existe un autre chef de voies de fait et une déclaration de culpabilité à cet égard.

Toutefois une accusation de voies de fait et d'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration de ce crime, infractions prévues à l'al. 244(1)*b*) et à l'art. 83 du *Code criminel*, satisfait à cette exigence. Le juge doit néanmoins déclarer un accusé coupable de voies de fait afin de le déclarer coupable d'utilisation d'une arme à feu.

Mais je le répète, les chefs doubles sont à éviter à cause des nombreuses difficultés de procédure qu'ils suscitent et la meilleure façon de procéder consiste à avoir des chefs ou des accusations distincts.

En l'espèce, l'infraction sous-jacente, dans le contexte de l'accusation d'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction criminelle, semble être la séquestration. Toutefois, les mots employés dans l'acte d'accusation ne nous permettent pas d'en être certains. Je suis néanmoins d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'identifier avec certitude cette infraction sous-jacente pour trancher cette affaire.

Si la séquestration était l'infraction sous-jacente qu'envisageait le ministère public au moment du dépôt de l'acte d'accusation, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel et d'annuler le verdict de culpabilité prononcé relativement au par. 83(1) car l'intimé a été acquitté relativement au chef de séquestration de l'employeur Standish.

S'il ne s'agit pas de séquestration, le juge du procès a néanmoins commis une erreur de droit en déclarant l'accusé coupable d'utilisation d'une arme à feu en commettant des voies de fait. Aucun

has not been charged with any count of assault, whether in that count or in a distinct count, and, as such, he could not have been and in fact has not been found guilty of such an offence.

Finally, the Crown's argument to the effect that the Court of Appeal committed an error of law in quashing the guilty verdict with respect to the offence under s. 83(1), since the accused had been convicted of offences during which he used a firearm, does not affect my conclusion. This argument seems to me to be without merit since, in my opinion, the count must clearly indicate the offence during which the accused person is charged with having used a firearm. Furthermore, the fact that the Crown raises this question demonstrates the importance of clearly identifying the underlying offence. This illustrates one of the many difficulties which could arise in the absence of a clear indication concerning the underlying offence.

2. *Returning the Matter to the Trial Judge*

The Crown argues that the Court of Appeal, after having allowed the appeal and quashed the guilty verdict with respect to the offence under s. 83(1), should have exercised its discretionary power conferred by virtue of s. 613(8) of the *Criminal Code* and should have remitted the case to the trial judge for a determination whether guilty verdicts should be entered with respect to counts 3 and 4.

Guilty verdicts were in fact pronounced with respect to these two offences but the guilty verdicts were not entered against the respondent in view of the *Kienapple* principle. The guilty verdict pronounced with respect to the offence under s. 83(1) having been quashed, the application of this principle is open to review.

Section 623 of the *Criminal Code* enables this Court, in the opinion of the appellant, to remit the case to the trial judge for a determination whether guilty verdicts should be entered with respect to counts 3 and 4 since it states, among others things, that this Court may make any order that the court of appeal might have made.

chef d'accusation de voies de fait n'a été porté contre l'accusé, que ce soit dans ce chef ou dans un chef distinct, et il ne pouvait donc pas en être déclaré coupable et de fait il ne l'a pas été.

Enfin, l'argument du ministère public selon lequel la Cour d'appel a commis une erreur de droit en annulant le verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue au par. 83(1), puisque l'accusé avait été déclaré coupable d'infractions lors de la perpétration desquelles il a utilisé une arme à feu, n'infléchit pas ma conclusion. Cet argument ne me semble pas bien fondé car, à mon avis, le chef doit préciser clairement l'infraction durant la perpétration de laquelle l'accusé aurait, suivant l'accusation, utilisé une arme à feu. De plus, le fait que le ministère public soulève cette question démontre pourquoi il est important d'identifier clairement l'infraction sous-jacente. Cela illustre en effet l'une des nombreuses difficultés qui pourraient se poser en l'absence d'indication claire quant à l'infraction sous-jacente.

2. *Le renvoi de l'affaire au juge du procès*

Le ministère public soutient que, après avoir fait droit à l'appel et annulé le verdict de culpabilité relativement à l'infraction prévue au par. 83(1), la Cour d'appel aurait dû exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 613(8) du *Code criminel* et renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il décide s'il y avait lieu d'inscrire un verdict de culpabilité à l'égard des troisième et quatrième chefs.

Des verdicts de culpabilité ont de fait été prononcés à l'égard de ces deux infractions, mais les verdicts de culpabilité n'ont pas été inscrits contre l'intimé en raison du principe de l'arrêt *Kienapple*. Comme le verdict de culpabilité prononcé relativement à l'infraction prévue au par. 83(1) a été annulé, l'application de ce principe peut être réexaminée.

De l'avis de l'appelante, l'art. 623 du *Code criminel* habilite cette Cour à renvoyer l'affaire au juge du procès afin qu'il décide si des verdicts de culpabilité auraient dû être inscrits relativement aux troisième et quatrième chefs car il prévoit notamment que cette Cour peut rendre toute ordonnance que la Cour d'appel aurait pu rendre.

The Respondent, on the other hand, argues that this Court does not have this power in view of s. 44 of the *Supreme Court Act*. This section states that "No appeal lies to the Supreme Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion" except in the case of certains exceptions with which we are not concerned in the case at bar.

Section 44 of the *Supreme Court Act*, in my view, aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision. In the case at bar, the Crown does not bring an appeal from a discretionary decision. It appeals from a judgment on the basis that it involves an error of law and in the course of this appeal asks for a revision of the exercise of a discretionary power ancillary to the contested decision. As such, s. 44 of the *Supreme Court Act* does not constitute an impediment to the request made by the Crown.

There remains to be determined, since it is a matter of discretion, whether this Court should exercise its discretion in the way requested by the Crown. This Court is usually reluctant to intervene and to quash a decision handed down by a lower court in the context of a discretionary power.

However, I am of the opinion that this Court should intervene given the circumstances of this case. The Court of Appeal did not exercise its discretion one way or the other. It seems rather that it did not even address the question whether it would be appropriate to return the matter to the trial judge. This is understandable since it appears that no request in this regard was made by the Crown and as well that no arguments concerning this question were made by the parties. As such, it is not a case where the appellant is unsatisfied with the way the Court of Appeal exercised its discretion and asks this Court to intervene. Consequently, this Court, in my view, should feel free to intervene and to exercise its own discretion as requested by the Crown.

This Court has the discretion and the power to make the order requested by the Crown. Section 613(8) of the *Criminal Code* clearly gives this

L'intimé soutient par contre que cette Cour n'est pas investie de ce pouvoir à cause de l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*. Aux termes de celui-ci, «Nul appel ne peut être interjeté à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire», sous réserve de certaines exceptions sans importance en l'espèce.

L'article 44 de la *Loi sur la Cour suprême* ne vise, à mon avis, qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire. En l'espèce, le ministère public n'interjette pas appel d'une décision discrétionnaire. Il se pourvoit contre un jugement en alléguant une erreur de droit et, dans ce contexte, demande que soit révisé l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accessoire à la décision contestée. Partant, l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême* ne constitue pas un obstacle à la demande présentée par le ministère public.

Il reste à décider, puisqu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, si cette Cour devrait exercer sa discrétion de la manière demandée par le ministère public. Cette Cour hésite habituellement à intervenir et à annuler la décision rendue par un tribunal d'instance inférieure dans le contexte d'un pouvoir discrétionnaire.

Je suis toutefois d'avis que cette Cour devrait intervenir étant donné les circonstances de l'espèce. En effet, la Cour d'appel n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière ou d'une autre. Il semble plutôt qu'elle n'ait même pas examiné la question de savoir s'il était opportun de renvoyer l'affaire au juge du procès. Ceci est d'ailleurs compréhensible puisqu'il appert que le ministère public n'a pas présenté de demande à cet effet et que les parties n'ont pas plaidé cette question. Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'un cas où l'appelante, insatisfaite de la manière dont la Cour d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire, demande à cette Cour d'intervenir. Par conséquent, cette Cour a, à mon avis, toute liberté pour intervenir et exercer son propre pouvoir discrétionnaire comme le demande le ministère public.

Cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance demandée par le ministère public. Le paragraphe 613(8) du *Code criminel*

power to the Court of Appeal by stating that where the Court of Appeal exercises any of the powers conferred by subss. (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires. Section 623 of the *Code*, on the other hand, states that this Court may make any order that the Court of Appeal might have made. Since the Court of Appeal might have ordered, upon allowing the appeal under s. 613(2), that the file, in virtue of s. 613(8), be remitted to the trial judge, this Court, by virtue of s. 623, has the power to make this order.

Thus, I am of the opinion that, given the circumstances of this case, we should, as in *R. v. Terlecki*, [1985] 2 S.C.R. 483, in dismissing the appeal, order that the file be remitted to the trial judge so that he may determine whether to register a conviction on counts 3 and 4 or on one of them and if so, to impose sentence.

I should finally mention the fact that the Crown did not bring an appeal from the trial judge's decision not to enter the guilty verdicts with respect to counts 3 and 4 and, consequently, the application of the *Kienapple* principle made by the trial judge to either or both those counts was and remains beyond our reach.

Accordingly, I would dismiss the appeal against the acquittal and order that the file be remitted to the trial judge for him to register a conviction or a stay in accordance with *Kienapple v. The Queen* as regards counts 3 and 4 and then to impose sentence.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: James M. Novak, Toronto.

attribue clairement ce pouvoir à la Cour d'appel puisqu'il dispose que lorsque celle-ci exerce des pouvoirs conférés par les par. (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige. L'article 623 du *Code*, par ailleurs, précise que cette Cour peut rendre toute ordonnance que la Cour d'appel aurait pu rendre. Comme la Cour d'appel aurait pu ordonner, en faisant droit à l'appel en application du par. 613(2), que le dossier, conformément au par. 613(8), soit renvoyé au juge du procès, cette Cour a, en vertu de l'art. 623, le pouvoir de rendre cette ordonnance.

Par conséquent, je suis d'avis qu'étant donné les circonstances de l'espèce, nous devrions, comme dans l'arrêt *R. c. Terlecki*, [1985] 2 R.C.S. 483, en rejetant le pourvoi, ordonner que le dossier soit renvoyé au juge du procès de façon qu'il puisse décider s'il y a lieu d'inscrire un verdict de culpabilité, à l'égard des troisième et quatrième chefs et ensuite de fixer la peine.

Je me dois finalement de mentionner le fait que le ministère public n'a pas interjeté appel de la décision du juge du procès de ne pas inscrire les verdicts de culpabilité à l'égard des troisième et quatrième chefs. Par conséquent, la décision du juge du procès d'appliquer le principe de l'arrêt *Kienapple* à ces deux chefs ou à l'un d'eux était et reste soustraite à notre pouvoir d'intervention.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté contre l'acquittement et d'ordonner que le dossier soit renvoyé au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration de culpabilité ou un arrêt des procédures conformément au principe de l'arrêt *Kienapple c. La Reine* à l'égard des troisième et quatrième chefs et ensuite qu'il fixe la peine.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: James M. Novak, Toronto.

Scott Conway *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CONWAY

File No.: 20877.

1988: December 16; 1989: June 22.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five-year period between charge and commencement of third trial — Whether accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Criminal law — Abuse of process — Crown seeking to try accused for a third time on same murder charge — Five-year period between charge and commencement of third trial — Crown objecting to accused's re-election for a trial before a judge alone — Crown not consenting to accused's plea to manslaughter — Whether a third trial in these circumstances constitutes an abuse of process.

Appellant was charged with first degree murder on August 29, 1982 and convicted of second degree murder in December 1983. Thirteen months later, the Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial. The second trial was set to commence on January 7, 1986. In December 1985, however, appellant's counsel was removed from the record and appellant was granted an adjournment to April 21, 1986, as he had been unable to retain new counsel. The jury failed to reach a verdict at the second trial and a mistrial was declared. The new counsel then informed the appellant that he could no longer represent him in proceedings held in Ottawa. Appellant sought to obtain a change of venue to Toronto but the application was opposed by the Crown and dismissed in August 1986. In the interim, the third trial had been set for September 22, 1986. At that time, appellant was still without counsel and, despite the Crown's objection, the trial was adjourned to November 10, 1986. Appellant found and ultimately retained a third counsel and, in order to accommodate counsel's schedule, the trial date was postponed to April 21, 1987.

Scott Conway *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CONWAY

N° du greffe: 20877.

1988: 16 décembre; 1989: 22 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Droit criminel — Abus de procédure — Le ministère public demande la tenue d'un troisième procès sur la même accusation de meurtre — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Opposition du ministère public à un nouveau choix de l'accusé en faveur d'un procès devant un juge seul — Refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable — Un troisième procès dans ces circonstances constitue-t-il un abus de procédure?

L'appelant a été inculpé de meurtre au premier degré le 29 août 1982 et déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en décembre 1983. Treize mois plus tard, la Cour d'appel a annulé ce verdict et ordonné un nouveau procès. Le deuxième procès a été fixé au 7 janvier 1986. Cependant, en décembre 1985, l'avocat de l'appelant s'est retiré du dossier et un ajournement au 21 avril 1986 a été accordé à l'appelant parce qu'il était incapable de retenir les services d'un nouvel avocat. Au deuxième procès, le jury n'a pu s'entendre sur un verdict et le procès a avorté. Le nouvel avocat a alors avisé l'appelant qu'il ne pourrait plus le représenter à des procédures tenues à Ottawa. L'appelant a demandé un changement du lieu du procès à Toronto mais cette demande a été contestée par la poursuite et rejetée. Entre-temps, la date du troisième procès avait été fixée au 22 septembre 1986. À cette date, l'appelant n'avait toujours pas d'avocat et, malgré l'opposition du ministère public, le procès a été remis au 10 novembre 1986. L'appelant a pu retenir les services d'un troisième avocat et, afin de permettre à ce dernier d'organiser son emploi

On that date, the Crown objected to appellant's application to re-elect to be tried before a judge alone. The same issue was before the Court of Appeal and the trial judge adjourned the matter to await its decision. At the onset of the third trial, on October 26, 1987, appellant entered a plea of not guilty on the charge of murder but guilty on the lesser included offence of manslaughter. The plea was not accepted by the Crown because the appellant would not agree to a joint submission for a sentence of 15 years. The appellant then brought an application to stay arguing that (1) holding a third trial in the circumstances would constitute an abuse of process and (2) his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated given the time elapsed since the beginning of the proceedings. The trial judge held that appellant's s. 11(*b*) right had been infringed and ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal set aside the order staying the proceedings and directed a new trial to proceed.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: A trial judge has a discretion to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings. While the doctrine of abuse of process is not limited to prosecutorial misconduct or improper motive, the prosecution in this case did not constitute an abuse of process. The judge's power to stay proceedings may only be exercised in the clearest of cases.

The main purpose of s. 11(*b*) of the *Charter* is to minimize the adverse effect on the person charged resulting from the pending disposition of an unresolved criminal charge. The focus of the protection is the impairment or prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the impairment or prejudice arising from the fact that he has been charged. The cut-off point after which a delay becomes unreasonable must be determined by balancing a number of factors including, among the most important ones, the prejudice suffered by the accused, the waiver of time periods, the inherent time requirements and the limitations on institutional resources. In deciding a s. 11(*b*) claim, the correct

du temps, le procès a été remis au 21 avril 1987. À cette date, le ministère public s'est opposé à la demande de l'appelant de changer son choix afin d'être jugé par un juge sans jury. La Cour d'appel avait été saisie de la même question et le juge du procès a ajourné le procès afin d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel. Au début du troisième procès, le 26 octobre 1987, l'appelant a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité à l'accusation de meurtre et un plaidoyer de culpabilité à l'accusation incluse d'homicide involontaire coupable. La poursuite a refusé ce plaidoyer parce que l'appelant n'a pas voulu acquiescer à une proposition commune de peine de 15 ans d'emprisonnement. L'appelant a ensuite présenté une demande d'arrêt des procédures soutenant que (1) tenir un troisième procès dans les circonstances constituerait un abus de procédure et (2) que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violé en raison du temps écoulé depuis le début des procédures. Le juge du procès a conclu que le droit de l'appelant en vertu de l'al. 11*b*) avait été violé et a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance d'arrêt des procédures et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. Bien que la doctrine de l'abus de procédure ne se limite pas aux cas de conduite blâmable de la poursuite et de motif illégitime, la conduite du ministère public en l'espèce ne constitue pas un abus de procédure. Le pouvoir du juge ne peut s'exercer que dans les cas les plus manifestes.

L'objet principal de l'al. 11*b*) de la *Charte* est de réduire autant que possible les effets préjudiciables pour l'accusé d'une accusation criminelle non encore décidée. Il s'agit surtout d'une protection contre l'atteinte ou le préjudice qui découle du retard à traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non l'atteinte ou le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé. Plusieurs facteurs doivent être soupesés pour déterminer le point précis auquel un délai devient déraisonnable. Les plus importants sont: le préjudice subi par l'accusé, la renonciation à invoquer certaines périodes, les délais inhérents et les limites des ressources institutionnelles. Pour trancher un litige fondé sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, la méthode appropriée consiste à évaluer le caractère

approach is to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time. A piecemeal analysis is generally not appropriate. As with other *Charter* guarantees, the individual claiming an infringement of his rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provisions. Under s. 11(*b*), the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time. There is no reason to require as a rule that the onus shift from the accused to the Crown at the threshold of "*prima facie* unreasonability".

Proceeding on the basis that s. 11(*b*) of the *Charter* extends to appellate proceedings, appellant's right to be tried within a reasonable time has not been infringed. The total five-year period resulted, for the most part, from the choices made by appellant in the conduct of his defence, as well as from the delays inherent in a trial, appeal and retrial on a murder charge. Appellant unequivocally requested, caused and consented to the delays between the date initially set for the second trial and the onset of the third. During that period, several adjournments were granted to accommodate appellant's need for legal representation. While appellant had the right to be represented by counsel of choice, the delays incurred in so doing could not be invoked in this case in his s. 11(*b*) claim. The same was true of the considerable delays resulting from appellant's pre-trial motion to re-elect for a trial before a judge alone. For the purpose of assessing the reasonableness under s. 11(*b*), an accused, and the Crown as well, must bear the consequences of their tactical decisions in the conduct of the trial. As regards prejudice, assuming that such prejudice is relevant in a claim made under s. 11(*b*), there was no evidence in the record that appellant would be prevented from having a fair trial. Balancing the delays, the prejudice to the appellant flowing from the passage of time, especially such passage of time which is not attributable to him, the nature and reasons for the delays, and the nature of the charge and other circumstances of the case, it could not be concluded that the overall lapse of time brings the appellant within the scope of s. 11(*b*).

Per Lamer J.: Section 11(*b*) of the *Charter* gives an accused the right to be tried within a reasonable time. The fundamental purpose of the section is to protect the rights set forth in s. 7. The concept of security of the person, in the context of s. 11(*b*), is not restricted to physical integrity but encompasses protection against

raisonnable des délais évalués globalement. Une analyse à la pièce ne convient généralement pas. Comme pour d'autres droits garantis par la *Charte*, quiconque prétend avoir été la victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11*b*), le champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global. Il n'y a aucune raison d'ériger en règle le déplacement du fardeau de la preuve de l'accusé au ministère public au stade de l'examen du caractère à première vue déraisonnable du délai.

Si l'on tient pour acquis que l'al. 11*b*) de la *Charte* s'étend aux procédures d'appel, le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable n'a pas été violé. Les choix faits par l'appelant dans la conduite de sa défense ainsi que les délais inhérents à un procès pour meurtre, à l'appel et au nouveau procès sur cette accusation, expliquent la plus grande part de la période de cinq ans. L'appelant a d'une manière non équivoque demandé, causé et accepté les délais intervenus entre la fin du deuxième procès et le début du troisième. Pendant cette période, plusieurs ajournements ont été accordés pour permettre à l'appelant de trouver un avocat. Bien que l'appelant ait le droit d'être représenté par l'avocat de son choix, il ne peut invoquer les délais survenus de ce fait pour soutenir sa demande fondée sur l'al. 11*b*). C'est tout aussi vrai pour les délais considérables qui ont résulté de la requête préalable au procès présentée par l'appelant en vue de faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge sans jury. Dans le cadre de l'évaluation du caractère raisonnable, pour les fins de l'al. 11*b*), l'accusé, ainsi que la poursuite, doivent supporter les conséquences des décisions de nature tactique qu'ils adoptent dans la conduite du procès. Pour ce qui est du préjudice, à supposer que le préjudice soit pertinent à une demande fondée sur l'al. 11*b*), rien dans la preuve au dossier n'indique que l'appelant ne pourrait bénéficier d'un procès équitable. Ayant soupesé les délais intervenus, le préjudice occasionné à l'appelant par le passage du temps, particulièrement celui qui ne lui est pas imputable, la nature et les motifs des délais, la nature de l'accusation ainsi que les autres circonstances de l'espèce, on ne peut conclure que le délai, pris dans son ensemble, suffit pour amener l'appelant dans le champ d'application de l'al. 11*b*).

Le juge Lamer: L'alinéa 11*b*) de la *Charte* confère au prévenu le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'objet fondamental de cette disposition est la protection des droits énoncés à l'art. 7. Dans le contexte de l'al. 11*b*), la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique, mais englobe aussi l'idée de

overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation. Actual impairment of an accused's security interest need not be proven to render s. 11(*b*) operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. The impairment of the accused's defence is not a factor to be considered under s. 11(*b*). The accused's right to mount a full and fair defence is more properly related to the right to a fair trial under s. 11(*d*) of the *Charter*.

To determine whether an accused's right under s. 11(*b*) has been infringed, the court should adopt a reasonableness test which involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors that may justify the delay, or continued impairment of the accused's interests: (1) waiver of time periods; (2) time requirements inherent in the nature of the case, and (3) limitations to institutional resources. The facts relevant to the waiver of delays and limitations to institutional resources, however, must be evaluated during the transitional period, which, in this case, ended May 14, 1987 (the date the judgment of this Court in *Rahey* was handed down), keeping in mind court practices on the part of counsel and of court officials. Indeed, it would be inaccurate to give meaning or the same probative value to behaviour which occurred or court records which were held prior to that judgment against a standard whose parameters were unknown to all. Finally, a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is not a condition precedent to the inquiry into reasonableness of the delay.

Here, appellant's s. 11(*b*) right has not been infringed. Most of the delay is easily explained by the fact that the appellant did not object to any of the additional delays and in fact requested many of them. During the transitional period, where there is not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. There is therefore waiver as regards those periods of time extending to May 14, 1987. The delays requested by the appellant during the same period, either when represented or not, constituted also a waiver of time. The appellant waived them clearly and unequivocally with full knowledge of his rights and the courts carried out their duty to ensure to their satisfaction that his waiver of time was clear,

protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. Pour que l'al. 11*b*) s'applique, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu réellement atteinte à l'intérêt de l'accusé en matière de sécurité. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de l'article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. L'atteinte à la défense de l'accusé n'est pas un facteur à considérer en vertu de l'al. 11*b*). Le droit de l'accusé de se constituer une défense pleine, entière et équitable se rapporte, à plus juste titre, au droit à un procès équitable que garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit conféré à l'accusé par l'al. 11*b*), le tribunal doit adopter un critère du caractère raisonnable qui implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé, à partir du moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, ainsi que de trois autres facteurs pouvant justifier le retard: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Les faits pertinents relativement à la renonciation à invoquer certains délais et aux limitations des ressources institutionnelles doivent cependant être évalués pendant la période de transition, qui en l'espèce s'est terminée le 14 mai 1987 (date de l'arrêt *Rahey* de cette Cour), compte tenu des pratiques observées par les avocats et les fonctionnaires de la cour. En fait, il ne serait pas approprié d'accorder le même sens ou la même valeur probante à des comportements ou à des dossiers de cour datant d'avant cet arrêt et de le faire en fonction d'une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. Enfin, une conclusion que le délai en question est à première vue excessif n'est pas une condition préalable à l'examen du caractère raisonnable du délai.

En l'espèce, le droit de l'appelant garanti par l'al. 11*b*) n'a pas été violé. La majeure partie de ce délai s'explique facilement par le fait que l'appelant ne s'est opposé à aucun des ajournements et qu'un grand nombre de ceux-ci ont été en réalité demandés par lui. Au cours de la période de transition, quand rien au dossier n'indique que l'accusé ou l'avocat de la défense s'y soient opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Il y a donc eu renonciation à l'égard des périodes allant jusqu'au 14 mai 1987. L'appelant a manifestement et incontestablement renoncé, en pleine connaissance de ses droits, à invoquer les délais résultant des ajournements qu'il a lui-même demandés, qu'il ait ou non alors été représenté par un avocat. Les tribunaux se sont acquittés de leur devoir de

unequivocal and informed. Concerning the period extending from May 14, 1987 to October 26, 1987, the delays were also justified.

Per Sopinka J. (dissenting): In the circumstances of this case, the Crown's actions in prosecuting the case did not justify a stay of proceedings on the basis of an abuse of process.

Section 11(*b*) of the *Charter* extends the procedural right to be tried within a reasonable time to appellate proceedings. The word "tried" must be interpreted in light of the intention of the provision. The purpose of s. 11(*b*) is to minimize the prejudice to an accused as a result of a criminal charge by ensuring that proceedings are completed within a reasonable time. Given that the prejudice to the accused will persist until all appellate proceedings have finished, s. 11(*b*) would be a shallow and illusory right if it were interpreted to apply only to the initial trial.

Section 11(*b*) is premised in part upon a desire to ensure that an accused's liberty and security are not unduly violated as a result of a failure to complete criminal proceedings within a reasonable time. An accused alleging a violation of s. 11(*b*) must thus persuade the court that *prima facie* the delay is unreasonable. The Crown must then justify the delay on the basis of any special features or circumstances of the case. The Crown can also justify the delay on the basis of conduct of the accused or his counsel, including waiver of delays. The Crown cannot, however, justify long periods of systemic delay even if such delays are beyond the control of the prosecution. The accused's right to counsel is part of the system and the failure or inability on the part of the accused to obtain counsel cannot justify unreasonable delay unless such failure or inability is attributable to the accused. A failure by the Crown to displace the *prima facie* case does not necessarily end the matter. In assessing the reasonableness of the delay, prejudice to the accused's liberty and security interest resulting from the delay must be considered. Prejudice to the accused's ability to make a full answer and defence may also be relevant.

In this case, the appellant's right to be tried within a reasonable time has been infringed. The delay was *prima facie* unreasonable and the Crown has failed to justify or satisfactorily explain substantial segments of the five-year period. In particular, the appellant could not be held solely responsible for the delays between the second trial in May 1986 and the third trial in October

s'assurer que cette renonciation par l'appelant à invoquer le temps écoulé a été claire, non équivoque et éclairée. Pour ce qui est de la période du 14 mai 1987 au 26 octobre 1987, le délai en question était justifié.

Le juge Sopinka (dissident): Dans les circonstances de l'espèce, la conduite de la poursuite ne peut justifier l'arrêt des procédures pour abus de procédure.

L'alinéa 11*b*) de la *Charte* étend le droit procédural d'être jugé dans un délai raisonnable jusqu'aux procédures d'appel. Il faut interpréter le mot «jugé» en fonction de l'objet de la disposition. L'alinéa 11*b*) a pour objet de réduire le plus possible, par la tenue des procédures dans un délai raisonnable, le préjudice causé à un accusé par le fait d'une accusation criminelle. Puisque ce préjudice dure jusqu'à ce que toutes les procédures d'appel soient terminées, ce serait une protection mince et illusoire si, par interprétation, on arrivait à conclure qu'il ne s'applique qu'au premier procès.

L'alinéa 11*b*) se fonde en partie sur l'idée d'assurer qu'il ne sera pas porté indûment atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé par le défaut de terminer les procédures criminelles dans un délai raisonnable. L'accusé qui invoque une violation de l'al. 11*b*) doit convaincre le tribunal que le délai est à première vue déraisonnable. Il incombe ensuite à la poursuite de justifier le délai en raison des circonstances ou caractéristiques spéciales de l'affaire. La poursuite peut aussi invoquer les retards occasionnés par les actes de l'accusé ou de son avocat, ce qui inclut la renonciation à se prévaloir des délais. La poursuite ne peut cependant pas justifier de longs délais inhérents au système, même si elle n'a pas de contrôle sur ceux-ci. Le droit de l'accusé à un avocat fait partie du système et l'impossibilité pour l'accusé de retenir les services d'un avocat ou l'échec de ses démarches en ce sens ne peuvent justifier des retards déraisonnables à moins que l'accusé ne soit lui-même responsable de cet échec ou de cette impossibilité. Le défaut de la poursuite de repousser la preuve *prima facie* ne règle pas nécessairement la question. Pour évaluer le caractère raisonnable du délai, il faut tenir compte du préjudice causé par le délai au droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière peut aussi compter.

En l'espèce, le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Le délai est, à première vue, déraisonnable et la poursuite n'a pas suffisamment justifié ou expliqué une grande partie du délai de cinq ans. Plus précisément, l'appelant ne peut être tenu seul responsable du temps écoulé entre le deuxième procès, en mai 1986, et le troisième procès, en octobre 1987; il

1987 and he did not unequivocally waive his right to a prompt trial. The Crown's objection to the appellant's application for a change of venue, in light of appellant's well known difficulties in retaining counsel, contributed to the delay. The appellant was also reasonably diligent in his attempt to find a lawyer but the Crown's insistence on unrealistically short adjournments made it difficult for him to obtain counsel on such short notice and hence caused new delays. Further, the appellant's request to re-elect to appear before a judge alone was reasonable given his earlier experience with jury trials and the Crown's refusal to consent contributed to the mounting delay. The appellant also demonstrated his sincerity in wanting to conclude the proceedings by offering to plead guilty to manslaughter. The appellant has demonstrated prejudice to his liberty and security interests and it is now highly unlikely that a fair trial is possible. A stay of proceedings should be ordered.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; **referred to**: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

By Lamer J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, aff'g (1987), 36 C.C.C. (3d) 289.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); Eur. Court H. R., *Wemhoff* case, judgment of June 27, 1968, Series A No. 7; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d)

n'a pas non plus manifestement renoncé à son droit à un procès expéditif. L'opposition de la poursuite à la demande de changement de lieu du procès, compte tenu des difficultés que l'appelant avait à se trouver un avocat, difficultés que la poursuite connaissait, a contribué aux délais. L'appelant a fait preuve de diligence raisonnable dans la recherche d'un avocat, mais l'insistance de la poursuite à demander des ajournements beaucoup trop courts lui a rendu difficile la tâche de se trouver un avocat et a donc causé de nouveaux délais. De plus, la demande présentée par l'appelant de faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge sans jury était raisonnable, vu son expérience antérieure des procès par jury, et le refus de la poursuite d'y consentir a contribué à augmenter les délais. L'appelant a aussi fait preuve de bonne foi en voulant mettre fin aux procédures en offrant d'inscrire un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable. L'appelant a fait la preuve du préjudice causé à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et il est improbable qu'il puisse maintenant avoir un procès équitable. Il y a lieu d'ordonner l'arrêt des procédures.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; **arrêts mentionnés**: *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, conf. [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, conf. (1987), 36 C.C.C. (3d) 289.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); Cour Eur. D. H., affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 7; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289; *Korponay c. Procu-*

289; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*b*), 24.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 429, 430 [rep. & subs. 1985, c. 19, s. 64], 465(1)(*b*) [am. c. 2 (2nd Supp.), s. 6; am. 1972, c. 13, s. 38; rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 58], 534(4) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 7; rep. & subs. 1985, c. 19, s. 125].

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, Arts. 5(3), 6(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 26 O.A.C. 389, allowing the Crown's appeal from a judgment of Smith J. (1987), 3 W.C.B. (2d) 218, ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Alan D. Gold and *Donald B. Bayne*, for the appellant.

Brian J. Gover and *Curt M. Flanagan*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises the question whether the appellant Conway should stand trial for a third time on a charge of murder. The facts are set out in ample detail by my colleague Justice Sopinka. While I agree with him and with the courts below that these facts do not disclose an abuse of process justifying a stay of proceedings, I cannot share his opinion that s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed in the circumstances of the present case.

Abuse of Process

In considering the submission based on abuse of process at trial, Smith J. directed himself as follows:

[T]he residual discretion in a Court to stay proceedings must not only be sparingly used, it must also be based on the prosecution being oppressive or vexatious, or follow upon the violation of the principles of fundamental

reur général du Canada, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, conf. [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*b*), 24.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 429, 430 [abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 64], 465(1)*b*) [mod. chap. 2 (2e supp.), art. 6; mod. 1972, chap. 13, art. 38; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 58], 534(4) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 7; abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 125].

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 5(3), 6(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 26 O.A.C. 389, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public d'un jugement du juge Smith (1987), 3 W.C.B. (2d) 218, ordonnant l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

Alan D. Gold et *Donald B. Bayne*, pour l'appelant.

Brian J. Gover et *Curt M. Flanagan*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi soulève la question de savoir si l'appelant Conway devrait subir un troisième procès sur une accusation de meurtre. Mon collègue le juge Sopinka présente un exposé très détaillé des faits. Bien qu'estimant comme lui et comme les tribunaux d'instance inférieure que ces faits ne révèlent pas d'abus de procédure justifiant la suspension de l'instance, je ne souscris pas à son opinion que, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu violation de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'abus de procédure

En examinant lors du procès le moyen tiré de l'abus de procédure le juge Smith a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] [N]on seulement un tribunal ne doit exercer qu'avec modération son pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance, mais il ne doit y avoir recours que dans le cas de poursuites oppressives ou

justice and fair play or, again, there must be some other form of misconduct on the part of the authorities or some ulterior motive.

He found that there was no evidence to indicate that the prosecution had been "anything but fair and competent". He then went on to consider the main element in the appellant's claim, namely, that, in the circumstances, an abuse of process resulted from the Crown's objection to the appellant's re-election to be tried by a judge without a jury, and from the Crown's refusal to accept a plea of guilty of manslaughter in the absence of agreement on a joint submission for a sentence of fifteen years. Smith J. did not find the Crown's position oppressive. He commented as follows on the insistence that there be a joint submission on sentencing:

> The Crown ought not to be taken to task for doing that. The Courts should encourage pre-trial discussions which have become much more frequent and numerous in recent years to the obvious benefit of the public. Such discussions are on their way to becoming completely institutionalized, at any rate. I feel compelled to say, though, that sentencing is for the courts and joint submissions, as is well understood by both Crown and Defence, are never binding upon the Court.

The Court of Appeal took a similar stand on this issue: (1988), 26 O.A.C. 389. In a unanimous decision, the Court (Cory J.A., as he then was, and Grange and McKinlay JJ.A.) rejected the appellant's submission that the Crown's requirement amounted to an abuse of process (at p. 395):

> So far as the Crown was concerned, the aspect of sentence was inextricably bound up with the acceptance of the plea. There was no duty or obligation upon the Crown to accept the plea and the court should not impose such an obligation.

As well, the Court of Appeal rejected the contention based on the Crown's objection to the re-election before a judge without a jury, holding

vexatoires, ou dans celui d'une violation des principes de justice fondamentale et de franc-jeu, ou encore lorsqu'il y a eu de la part des autorités quelque autre conduite blâmable ou un motif caché.

Selon lui, il n'y avait aucune preuve que la poursuite avait été menée [TRADUCTION] «d'une manière autre que compétente et équitable». Il a ensuite examiné le principal argument de l'appelant, soit que, dans les circonstances, ont constitué un abus de procédure l'opposition du ministère public à ce que l'appelant fasse le nouveau choix d'être jugé par un juge sans jury ainsi que le refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable en l'absence d'entente sur une proposition conjointe à une peine de quinze ans d'emprisonnement. Le juge Smith n'a rien trouvé d'oppressif dans la position du ministère public. Commentant le fait que le ministère public insistait pour obtenir une proposition conjointe relativement à la sentence, le juge Smith a dit:

> [TRADUCTION] Le ministère public n'est pas à blâmer pour cela. Les tribunaux devraient plutôt encourager les discussions préalables au procès, dont la fréquence et le nombre ont considérablement augmenté au cours des dernières années, à l'avantage manifeste du public. De toute façon, ces discussions sont en voie de s'institutionnaliser complètement. Je m'empresse toutefois de préciser que la détermination des peines relève de la compétence des tribunaux et que la cour, comme le savent très bien d'ailleurs la poursuite et la défense, n'est jamais liée par des propositions conjointes.

Sur cette question, la Cour d'appel a adopté une position analogue: (1988), 26 O.A.C. 389. En effet, dans un arrêt unanime, la cour (les juges Cory, maintenant juge de notre Cour, Grange et McKinlay) a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel l'exigence posée par le ministère public constituait un abus de procédure (à la p. 395):

> [TRADUCTION] Du point de vue du ministère public, la détermination de la peine était inséparablement liée à l'acceptation du plaidoyer. Le ministère public n'avait aucun devoir ni aucune obligation d'accepter le plaidoyer et la cour ne devrait pas imposer une telle obligation.

La Cour d'appel a en outre rejeté l'argument fondé sur l'opposition du ministère public au nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant sans

properly that "[t]he Crown could reasonably and properly determine that the issue should properly be determined by a jury as the representatives of the community" (p. 394).

I am in agreement with these findings in the courts below and would only add the following remarks.

A trial judge has discretion to stay proceedings in order to remedy an abuse of the court's process. This Court affirmed the discretion "where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, borrowing from *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.)) The judge's power may be exercised only in the "clearest of cases" (*Jewitt*, *supra*, at p. 137).

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

jury, ayant conclu [TRADUCTION] «[qu']il était raisonnable et légitime que le ministère public décide que la question devrait être tranchée par des jurés en leur qualité de représentants de la collectivité» (p. 394).

Je souscris à ces conclusions des tribunaux d'instance inférieure et je n'y ajouterais que les observations suivantes.

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire. Notre Cour a confirmé l'existence de ce pouvoir discrétionnaire «de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137, citant *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)) Le pouvoir du juge ne doit s'exercer que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137).

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

Stays for abuse of process are not limited to cases where there is evidence of prosecutorial misconduct. In delivering the reasons of the Court in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, Wilson J. made it clear that all relevant factors, including, but not restricted to, bad faith on the part of the Crown, are to be considered (at p. 659):

> To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

While Wilson J. appears to contemplate that a sufficient number of trials may alone render the prosecution "oppressive", she suggests later in her reasons that the threshold is higher than two inconclusive trials (at p. 660):

> A third trial may, indeed, stretch the limits of the community's sense of fair play but does not of itself exceed them.

In the present appeal, the evidence supports no suggestion of prosecutorial misconduct or improper motive. As well, in light of the comments in *Keyowski* with respect to the number of trials, little weight can attach to the fact that the Crown is attempting to try the appellant a third time. Does the Crown's stand with respect to the re-election and the plea tip the scales in favour of prosecutorial oppression? Under ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as they stood at the time material to this appeal, "an accused charged with murder anywhere in Canada except Alberta had no choice but to be tried by a superior court of criminal jurisdiction consisting of a judge of that court together with a jury" (*R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), at p. 293, appeal dismissed, [1989] 1 S.C.R. 1296).

La suspension d'instance pour abus de procédure ne se limite pas aux cas où on a prouvé la conduite blâmable de la poursuite. En prononçant les motifs de la Cour dans *R. v. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, le juge Wilson a clairement indiqué que tous les facteurs pertinents, notamment la mauvaise foi de la part du ministère public, doivent être pris en ligne de compte (à la p. 659):

> À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

Bien que le juge Wilson paraisse admettre qu'un trop grand nombre de procès puisse suffire à rendre les poursuites «oppressives», elle affirme plus loin dans ses motifs que le seuil se situe au-dessus de deux procès non concluants (à la p. 660):

> Il se peut bien qu'un troisième procès touche aux limites de ce qu'admet le sens du franc-jeu qu'a la société, mais à lui seul il ne dépasse pas ces limites.

En l'espèce, la preuve ne suggère aucune conduite blâmable ni motif illégitime de la part de la poursuite. Par ailleurs, compte tenu de l'arrêt *Keyowski* concernant le nombre de procès, on ne peut attacher beaucoup de poids au fait que le ministère public tente pour une troisième fois de faire subir un procès à l'appelant. L'attitude du ministère public à l'égard du nouveau choix et du plaidoyer fait-elle pencher la balance du côté d'une conduite oppressive de la poursuite? Suivant les art. 429 et 430 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, en vigueur à l'époque pertinente au présent pourvoi, [TRADUCTION] «une personne accusée de meurtre n'importe où au Canada, sauf en Alberta, n'avait d'autre possibilité que celle d'être jugée par une cour supérieure de juridiction criminelle avec jury» (*R. v. Turpin* (1987), 36

Proceeding on the footing that the applicable provisions of the *Code* were valid, the Crown objected to the proposed re-election on the ground that any such re-election would have been contrary to ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*. Such conduct does not in my view take the Crown's adversarial position too far. The Crown was entitled to conduct the prosecution on the basis that the applicable dispositions of the *Criminal Code* were constitutionally valid.

In addition, s. 534(4) of the *Criminal Code* expressly recognizes the Crown's option to refuse a plea of guilty to an offence other than the offence charged:

534. ...

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, where an accused ... pleads not guilty of the offence charged but guilty of any other offence arising out of the same transaction, whether or not it is an included offence, the Court may, with the consent of the prosecutor, accept such plea of guilty and, if such plea is accepted, the court shall find the accused ... not guilty of the offence charged and find him guilty of the offence in respect of which the plea of guilty was accepted and enter those findings in the record of the court. [Emphasis added.]

The requirement of prosecutorial consent is very strict and a plea of guilty which is not accepted by the prosecution is a "nullity" (*R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (Ont. C.A.), at p. 328, reasons of the Court delivered by Martin J.A.):

Where the accused pleads not guilty to the offence charged but guilty to the included offence, and the plea of guilty to the included offence is not accepted, the only plea that has been made is one of not guilty. The plea of guilty to the included offence is not in accordance with the provisions of s. 534(6) [s. 534(4) in R.S.C. 1970, c. C-34] and is a nullity.

To allow pleas of guilty to lesser offences to be recorded without the consent of the Crown would be to negate the very premises of the administration of criminal justice. There can be no deterrence

C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), à la p. 293, pourvoi rejeté, [1989] 1 R.C.S. 1296). Tenant pour avérée la validité des dispositions pertinentes du *Code*, le ministère public s'est opposé au nouveau choix par l'appelant parce que ce nouveau choix aurait été contraire aux art. 429 et 430 du *Code criminel*. Une telle conduite n'implique pas à mon avis que le ministère public a poussé trop loin son rôle contradictoire. Le ministère public était en droit de présumer, aux fins de la poursuite, que les dispositions applicables du *Code criminel* étaient constitutionnelles.

D'autre part, le par. 534(4) du *Code criminel* accorde expressément au ministère public la possibilité de refuser un plaidoyer de culpabilité relativement à une infraction autre que celle reprochée dans l'accusation:

534. ...

(4) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, la cour peut, avec le consentement du poursuivant, accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé [...] qui, tout en niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, s'avoue coupable d'une autre infraction reliée à la même affaire, qu'il s'agisse ou non d'une infraction incluse et, si ce plaidoyer est accepté, la cour doit déclarer l'accusé [...] non coupable de l'infraction dont il est inculpé, déclarer l'accusé [...] coupable de l'infraction à l'égard de laquelle son plaidoyer de culpabilité a été accepté et consigner ces déclarations au dossier de la cour. [Je souligne.]

Le consentement de la poursuite est une exigence très stricte et un plaidoyer de culpabilité que la poursuite refuse est frappé de «nullité» (*R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (C.A. Ont.), à la p. 328, motifs rédigés par le juge Martin au nom de la cour):

[TRADUCTION] Lorsque l'accusé plaide non coupable de l'infraction dont il est inculpé, mais coupable de l'infraction incluse, et que le plaidoyer de culpabilité relativement à l'infraction incluse n'est pas accepté, le seul plaidoyer qui existe est celui de non-culpabilité. Le plaidoyer de culpabilité relatif à l'infraction incluse, n'étant pas conforme au par. 534(6) [le par. 534(4) des S.R.C. 1970, chap. C-34], est frappé de nullité.

Permettre que des plaidoyers de culpabilité relativement à des infractions moindres soient inscrits sans le consentement du ministère public serait la négation même des principes qui sous-tendent l'ad-

of crime nor any reinforcement of fundamental social values if a person charged with committing a particular offence is convicted and sentenced with respect to another offence of that person's choice. That is why the requirement of consent under s. 534(4) of the *Criminal Code* is so strict. Nevertheless, that provision furnishes some tools for tailoring the generally cumbersome system of criminal justice to the particular needs of individual cases. It makes room for a rational exercise by the Crown of its discretionary power, having regard to the interests of society and of the accused in each particular case.

These are some of the considerations which explain why the Crown has a discretion to accept pleas of guilty to lesser offences. I do not believe that this discretion shields the Crown from the application of the doctrine of abuse of process. There may be some cases in which the Crown is found to exercise this discretion unreasonably or oppressively. The Court of Appeal implicitly contemplated such cases when it wrote that "[t]he proper exercise of a Crown discretion cannot amount to an abuse of process" (p. 394). In view of the rationale underlying this discretion, however, one would expect such cases to be exceptional. The present appeal is not one of those exceptional cases. The position of the Crown with respect to the plea has been consistent throughout the proceedings. There has been no abrupt change of position or *volte-face*, nor did the Crown unfairly renege on expectations it had generated in the appellant.

For these reasons, to hold a third trial in the circumstances would not in my view "violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" nor would it constitute an "abuse of a court's process through oppressive and vexatious proceedings". The present case is not one of the "clearest

ministration de la justice criminelle. Il ne peut y avoir ni dissuasion du crime ni renforcement des valeurs sociales fondamentales si une personne accusée d'avoir commis une certaine infraction est déclarée coupable d'une infraction différente, qu'elle a choisie, et condamnée pour cette infraction. D'où le caractère très strict de l'exigence du consentement que pose le par. 534(4) du *Code criminel*. Cette disposition fournit néanmoins certains moyens d'adapter le système de justice criminelle, si lourd en général, aux besoins particuliers de cas individuels. Elle permet au ministère public d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon rationnelle, en tenant compte des intérêts de la société et de l'accusé dans chaque cas particulier.

Ces quelques facteurs expliquent pourquoi le ministère public a le pouvoir discrétionnaire d'accepter des plaidoyers de culpabilité relativement à des infractions moindres. Je ne crois pas que ce pouvoir discrétionnaire ait pour effet de soustraire le ministère public à l'application de la théorie de l'abus de procédures. Il peut y avoir des cas où l'on juge que le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière déraisonnable ou oppressive. C'est précisément ce genre de cas qu'envisage implicitement la Cour d'appel quand elle dit: [TRADUCTION] «[l]'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du ministère public ne saurait équivaloir à un abus de procédure» (p. 394). Toutefois, étant donné la philosophie qui sous-tend ce pouvoir discrétionnaire, ces cas devraient être exceptionnels. Or la présente instance n'est pas un de ces cas exceptionnels. Tout au cours des procédures, le ministère public a maintenu la même position vis-à-vis du plaidoyer. Il n'y a eu de sa part ni volte-face ni brusque changement d'attitude. Le ministère public n'a pas non plus déçu des attentes qu'il aurait créées chez l'appelant.

Pour ces raisons, j'estime que, dans les circonstances, la tenue d'un troisième procès ne violerait pas «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ni ne constituerait un «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». La présente affaire n'est pas un des

of cases" to which the Chief Justice referred in *Jewitt*, *supra*.

Right to Be Tried Within a Reasonable Time

I now turn to the question whether the appellant's right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter* was infringed. At the outset, counsel for the Crown conceded that "the period of approximately five years between the Appellant's arrest and the commencement of his third trial was *prima facie* excessive and, as such, it warranted examination by the learned trial judge". This admission assumes that the protection afforded by s. 11(*b*) extends until the final adjudication of the charge. The Crown made no submissions to this Court on the question of whether this protection stops after the person charged has been tried once within a reasonable time. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, there were some comments suggesting that the application of s. 11(*b*) to further proceedings such as appeals and retrials flows from the purpose of the guaranteed right. This is consistent with the views of the Supreme Court of the United States that the speedy trial guarantee extends to delays "occasioned by an unduly long appellate process" (*United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), at p. 312). Lamer J. (the Chief Justice concurring) stated that the computation "must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time" (*Rahey*, *supra*, at p. 611). La Forest J. (McIntyre J. concurring) remarked that the word "tried" used in s. 11(*b*) "means "tried" in the sense of "adjudicated" and thus clearly encompasses the conduct of a judge in rendering a decision" (p. 632). The parties argued this appeal on a footing consistent with the above views expressed in *Rahey*. Assuming without deciding that these views support the position adopted by the parties in this appeal, I am disposed to proceed on this basis.

«cas les plus manifestes» dont parle le Juge en chef dans l'arrêt *Jewitt*, précité.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

J'aborde maintenant la question de savoir s'il y a eu atteinte au droit de l'appelant, garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable. Dès le départ, l'avocat de la poursuite a concédé que [TRADUCTION] «la période d'environ cinq ans entre l'arrestation de l'appelant et le début du troisième procès était à première vue excessive et, à ce titre, justifiait que le juge du procès en fasse l'examen». Cette concession suppose que la protection de l'al. 11*b*) subsiste jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue relativement à l'infraction. Le ministère public n'a pas abordé devant nous la question de savoir si cette protection cesse dès que l'inculpé a subi son procès une fois dans un délai raisonnable. Il ressort de certaines observations faites dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, que l'application de l'al. 11*b*) à des procédures ultérieures, telles que des appels et de nouveaux procès, découle de l'objet visé par le droit garanti. Ces observations concordent avec l'opinion de la Cour suprême des États-Unis que la garantie d'un procès expéditif s'étend aux retards [TRADUCTION] «occasionnés par un processus d'appel excessivement long» (*United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), à la p. 312). Le juge Lamer (avec l'appui du Juge en chef) a déclaré que le calcul du délai «se poursuit [. . .] jusqu'à la toute fin de l'histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable» (*Rahey*, précité, à la p. 611). Le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre) a souligné que le mot «jugé» employé à l'al. 11*b*) «signifie [. . .] en anglais «*tried*» dans le sens de «*adjudicated*» et vise donc clairement la conduite adoptée par le juge en rendant sa décision» (p. 632). Les parties ont plaidé l'appel en s'appuyant sur les points de vue exprimés dans *Rahey*. Présumant, sans toutefois en décider, que ces points de vue appuient la position adoptée par les parties au présent pourvoi, je suis disposée à procéder sur cette base.

Section 11(b) of the Charter

Section 11(*b*) of the *Charter* states:

11. Any person charged with an offence has the right	**11.** Tout inculpé a le droit:
. . .	. . .
(*b*) to be tried within a reasonable time;	*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

In the opinion of the Supreme Court of the United States, the speedy trial guarantee in the American Bill of Rights "is designed to minimize the possibility of lengthy incarceration prior to trial, to reduce the lesser, but nevertheless substantial, impairment of liberty imposed on an accused while released on bail, and to shorten the disruption of life caused by arrest and the presence of unresolved criminal charges" (*United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), at p. 8, adopted in *Loud Hawk*, *supra*, at p. 311). These words very aptly describe the main purpose for the right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter*, namely, to minimize the adverse effect on the person charged resulting from the pending disposition of an unresolved criminal charge. The focus of the protection is "the impairment or prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the impairment or prejudice arising from the fact that he has been charged" (*Rahey*, *supra*, at p. 624, *per* Wilson J.) The right recognizes that, with the passage of time, subjection to a criminal trial gives rise to restrictions on liberty, inconveniences and pressures detrimental to the mental and physical health of the individual.

The protection afforded by s. 11(*b*) of the *Charter* is not expressed in absolute terms. That provision implicitly allows for a reasonable exposure to the very dangers which are ultimately sought to be minimized. Some measure of impairment of the protected interests may validly result from the prosecution of persons charged. This in effect accommodates the important community interest of preventing crime through the conviction of persons guilty of a criminal offence. For the Supreme Court of the United States, the right to a speedy trial "is necessarily relative. It is consistent with delays and depends upon circumstances. It secures rights to a defendant. It does not preclude

L'alinéa 11b) de la Charte

L'alinéa 11*b*) de la *Charte* énonce:

11. Any person charged with an offence has the right	**11.** Tout inculpé a le droit:
. . .	. . .
(*b*) to be tried within a reasonable time;	*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Selon la Cour suprême des États-Unis, la garantie d'un procès expéditif énoncée dans le Bill of Rights américain [TRADUCTION] «vise à réduire au minimum les possibilités d'une longue incarcération avant le procès, à réduire l'atteinte, moindre mais néanmoins importante, à la liberté de l'inculpé libéré sous caution et à diminuer la durée du bouleversement causé dans la vie de l'inculpé par son arrestation et par des accusations criminelles sur lesquelles on n'a pas encore statué» (*United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), à la p. 8, conclusion adoptée dans la décision *Loud Hawk*, précité, à la p. 311). Cela décrit très exactement l'objet principal du droit, garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable, qui est de réduire autant que possible les effets préjudiciables pour l'inculpé d'une accusation criminelle non encore décidée. Il s'agit surtout d'une protection contre «l'atteinte ou le préjudice qui découle du temps pris pour traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non l'atteinte ou le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé» (*Rahey*, précité, à la p. 624, le juge Wilson). Ce droit reconnaît qu'avec le passage du temps le fait d'être poursuivi au criminel entraîne des restrictions à la liberté et engendre des inconvénients et des contraintes qui nuisent à la santé mentale et physique de l'individu.

La protection offerte par l'al. 11*b*) de la *Charte* n'est pas exprimée en termes absolus. Cette disposition admet implicitement que l'on peut être exposé, à un degré raisonnable, aux dangers mêmes qu'elle vise en définitive à minimiser. Il peut légitimement, dans une certaine mesure, être porté atteinte à ces droits protégés, dans les poursuites criminelles. Cela vise sans doute à à servir l'intérêt important de la collectivité à réprimer le crime par la condamnation des auteurs de crimes. Pour la Cour suprême des États-Unis, le droit d'être jugé promptement [TRADUCTION] «est nécessairement relatif. Il admet des retards et sa nature dépend des circonstances. Il confère des

the rights of public justice" (*Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), at p. 87).

Accordingly, the cut-off point after which a delay becomes unreasonable must be determined by balancing a number of factors. A balancing approach was favoured by this Court in *Rahey*, although not all concurring members of the Court necessarily agreed on how the balancing was to be effected nor on what were the specific factors to be considered. I doubt there can ever be an exhaustive and unanimous list of factors, but among the most relevant ones considered by the courts generally, and in particular, by this Court in *Rahey*, are: prejudice suffered by the accused, waiver of time periods, inherent time requirements and limitations on institutional resources. Certainly the prejudice suffered by the accused is an important consideration. While some degree of impairment may necessarily result from the mere passage of time, in my view, greater weight in the overall assessment of reasonableness should attach to impairment resulting from delays not attributable to the person charged.

Waiver involves a consideration of whether any delays were requested, caused or consented to by the person charged. Such delays as a rule do not weigh meaningfully in favour of the unreasonableness of the overall time period and "should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness" (*Rahey*, *supra*, at p. 612, *per* Lamer J.) In effect, when delays are caused, requested or consented to by an accused, it may generally be assumed that the accused benefits from the resulting protraction of the proceedings, although the ultimate decision will of course have to be made having regard to all the circumstances in each particular case. This is not to say that an accused will necessarily be at fault for contributing to the protraction of the proceedings. An accused has the right to make a full answer and defense and, to this end, to choose the manner in which to exercise this right in accordance with the law. Neither for that matter will blame be imputed to the Crown or the judicial system when a claim under s. 11(*b*) succeeds. The Crown is free to use

Par conséquent, plusieurs facteurs doivent être soupesés afin de déterminer le point précis auquel un délai devient déraisonnable. C'est la démarche adoptée par notre Cour dans *Rahey* quoique tous les juges, d'accord sur le résultat, n'aient pas nécessairement été d'accord sur la manière de le faire ni sur les facteurs précis à prendre en considération. Je doute qu'il soit jamais possible d'en dresser une liste exhaustive qui ferait l'unanimité, mais parmi les facteurs les plus pertinents retenus par les tribunaux en général, et particulièrement par notre Cour dans *Rahey*, se trouvent: le préjudice subi par l'accusé, la renonciation à invoquer certaines périodes, les délais inhérents et les limites des ressources institutionnelles. Certes le préjudice subi par l'accusé est une considération importante. Même si une certaine atteinte aux droits résulte nécessairement du passage du temps, j'estime que, pour en évaluer globalement le caractère raisonnable, il faut attacher une plus grande importance aux atteintes résultant de délais non imputables à l'inculpé.

La question de la renonciation exige qu'on détermine si l'inculpé a requis ou causé des délais, ou y a consenti. De tels délais, règle générale, n'auront pas beaucoup de poids dans l'examen du délai déraisonnable et «doi[ven]t normalement être exclu[s] de l'évaluation du caractère raisonnable» (*Rahey*, précité, à la p. 612, le juge Lamer). En fait, quand les délais sont causés, demandés ou acceptés par l'accusé, on peut supposer que ce ralentissement des procédures bénéficie en général à l'accusé, bien que la décision finale doive bien sûr tenir compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier. Cela ne veut pas dire qu'un accusé doive nécessairement être blâmé parce qu'il a contribué au ralentissement des procédures. L'accusé a droit à une défense pleine et entière et, à cette fin, il a le choix de la façon dont il entend exercer ce droit conformément aux règles de droit. On ne blâmera pas non plus le ministère public ou le système judiciaire dans les cas où l'al. 11*b*) est invoqué avec succès. Le ministère public est libre d'exercer comme il l'entend son pouvoir discrétion-

its prosecutorial discretion as it seems fit, provided that it does not conduct the prosecution in an abusive manner. We are not here concerned with fault but with the reasonableness of the overall delays in bringing an accused to justice.

Also relevant in the balancing test is a consideration of the "time requirements inherent in the nature of the case" and of any "limitations to institutional resources" (*Rahey*, *supra*, at p. 608, *per* Lamer J.) The first of these factors is concerned with an estimation of the total time which would be required to process the charge, given, among others, the complexity and the nature of the case. In assessing the reasonableness under s. 11(*b*) of the *Charter*, "one must overlook the lapse of time inherent in the case, together with any resulting inconvenience to the accused" (*Rahey*, *supra*, at p. 634, *per* La Forest J.) The second element makes some allowance for delays which may have been caused by any limitations on the resources of the judicial system.

In deciding a claim made under s. 11(*b*) of the *Charter*, the correct approach is in my view to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time. A piecemeal analysis is generally not appropriate. In a case where each individual period, taken in isolation from the others, may constitute a reasonable delay, the total period may nevertheless be unreasonable for the purpose of s. 11(*b*). The case of *Rahey* illustrates the point. While each adjournment initiated by the judge was for a short period, the accumulation of all nineteen adjournments over the span of eleven months was held to infringe s. 11(*b*). However, nothing prevents a court from focussing on specific time periods which may be significant in the overall assessment, as going to the weight to give to specific delays, as opposed to their reasonableness.

In balancing the relevant factors, I cannot subscribe to the two-step onus requirement suggested by my colleague Sopinka J. As I understand his views, once the person charged has satisfied the court that the total time is "*prima facie* unreasonable", the onus then shifts to the Crown to justify the delay. However, as with other *Charter* guaran-

naire en matière de poursuite en autant qu'il ne le fasse pas de manière abusive. Il ne s'agit pas ici de jeter un blâme mais de déterminer la raisonnabilité des délais pris globalement à traduire un accusé en justice.

Sont également pertinents les «délais inhérents à la nature de l'affaire» et les «limitations des ressources institutionnelles» (*Rahey*, précité, à la p. 608, le juge Lamer). Le premier de ces facteurs concerne une estimation du temps global requis pour procéder sur l'accusation, compte tenu, notamment, de la complexité de l'affaire et sa nature. Dans l'appréciation du caractère raisonnable aux fins de l'al. 11*b*) de la *Charte*, «il faut [. . .] faire abstraction du délai inhérent à l'affaire, ainsi que de tout inconvénient qui en découle pour l'accusé» (*Rahey*, précité, à la p. 634, le juge La Forest). Le second élément tient compte des délais inhérents aux limites des ressources du système judiciaire.

Pour trancher un litige fondé sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, la méthode appropriée consiste à mon avis à évaluer le caractère raisonnable des délais évalués globalement. Une analyse à la pièce ne convient généralement pas. Dans un cas où chaque période prise isolément peut constituer un délai raisonnable, il est néanmoins possible que la durée globale soit déraisonnable aux fins de l'al. 11*b*). L'affaire *Rahey* illustre bien ce point. Chaque ajournement décidé par le juge était de courte durée, mais la somme de dix-neuf ajournements sur une période de onze mois a été considérée comme une violation de l'al. 11*b*). Cependant, rien n'empêche un tribunal de centrer son attention sur certaines périodes précises qui peuvent être importantes dans l'évaluation globale des délais, pour déterminer le poids à donner à cette fin à des retards spécifiques, par opposition à leur caractère raisonnable.

Dans l'évaluation de ces facteurs, je ne puis souscrire au fardeau de preuve en deux temps que propose mon collègue le juge Sopinka. Selon son point de vue, si je le comprends bien, dès lors que l'inculpé démontre que le temps global écoulé est «déraisonnable à première vue», le fardeau de preuve de justifier ce délai retombe sur le minis-

tees, the individual claiming an infringement of his or her rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provision. Under s. 11(*b*) of the *Charter*, the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time. It may be that a *de facto* shift of the burden of proof occurs in the minds of individual judges in the overall assessment of reasonableness. In this connection, Lamer J. remarked in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 942-43:

> I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is *not* a condition precedent to the inquiry into the reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the four criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to justify additional delay. Such a period, of course, is, I should repeat, no more than a reference point. It may well be that a balancing of the four criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. What does happen, and that is a reality that must be acknowledged, is that there comes a time when the judge turns from the applicant to the Crown to be told what is exceptional in the case. [Emphasis added.]

Unlike Sopinka J., I see no reason of principle or policy to enshrine in a rule such a *de facto* shift or "reference point", especially at a threshold admittedly as ambiguous as "*prima facie* unreasonability". Some elements relevant to the assessment can best be established by the person charged. For instance, if prejudice is an issue, then the person charged is best suited to establish that element. As remarked earlier, prejudice resulting from delay requested, caused or consented to by the person charged may be weighed differently from prejudice resulting from delay originating elsewhere. Accordingly, the courts might expect the person charged to give a *prima facie* account of the causes for the delays. As well, one would expect the person charged, and not the Crown, to properly inform the court as to what could have been the

tère public. Toutefois, comme c'est le cas pour d'autres droits énoncés dans la *Charte*, quiconque prétend avoir été victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11*b*) de la *Charte*, ce champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global. Il se peut que, dans l'esprit des juges qui procèdent à l'appréciation générale du caractère raisonnable, il y ait en fait un déplacement de la charge de la preuve. À ce propos, le juge Lamer dit, dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 942 et 943:

> Je m'empresse d'ajouter qu'il *n*'est *pas* nécessaire de conclure que le délai en cause est à première vue excessif pour en examiner le caractère raisonnable, c.-à-d., pour entreprendre l'équilibration des quatre critères développés ci-dessus. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Une telle période n'est bien sûr, je le répète, rien de plus qu'un point de référence. Il se peut qu'une équilibration des quatre critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, une fois encore, une évaluation et une appréciation des critères. Ce qui se produit effectivement, et c'est une réalité qu'il faut bien reconnaître, est qu'à un moment donné le juge va s'adresser non au requérant mais à la poursuite pour se faire expliquer ce que l'affaire a d'exceptionnel. [Je souligne.]

À la différence du juge Sopinka, je ne vois aucune raison de principe ou de politique (*public policy*) qui justifierait d'ériger en règle un tel déplacement effectif de la charge de la preuve ou un tel «point de référence», surtout au stade de l'examen d'un critère aussi ambigu que le «caractère déraisonnable à première vue». Certains éléments pertinents à l'évaluation peuvent être plus facilement mis en preuve par l'inculpé. Par exemple, si le préjudice est en débat, c'est l'inculpé qui est le mieux placé pour prouver cet élément. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le préjudice résultant d'un délai demandé, causé ou accepté par l'inculpé peut être apprécié différemment de celui découlant d'un délai ayant une origine autre. Par conséquent, les tribunaux seraient en droit de s'attendre que l'inculpé donne une explication *prima*

shortest possible delays in view of the available institutional resources and as to what should be the best frame of reference with which to compare the delays incurred in that person's case. Given the importance of the facts in individual cases where an unreasonable interval of time is alleged, I am of the view that a more flexible or functional approach is appropriate.

In light of this general framework, I now propose to consider the facts with a view to assessing the reasonableness of the overall lapse of time in the present case. Since my assessment of the facts as they relate to a breach of s. 11(*b*) of the *Charter* differs substantially from that of my colleague Sopinka J., it is necessary for me to consider them in some detail. I hasten to point out that while a consideration of the facts may be necessary in the course of a determination whether the right to be tried within a reasonable time was breached, that question is one of law in the present case. In this connection, I would adopt the following remarks of the Court of Appeal (at p. 393):

> In the case before us, there are no findings as to credibility and there are no facts in dispute. Upon the same facts which were before the trial judge, we cannot agree with his conclusion of law.

Assessment of Reasonableness

By way of preliminary remark, I find that the Crown's actions show an overall and sustained concern to proceed as quickly as possible. In his oral pleading before this Court, counsel for the appellant himself emphasized the Crown's insistence on close trial dates. The Crown never asked for an adjournment nor brought any interlocutory proceedings. It repeatedly objected to adjournments requested by the appellant. On the other hand, an examination of the proceedings suggests that the appellant adopted a course of conduct not always consistent with an assertion of his right to be tried quickly. On several occasions in these proceedings the appellant was not represented by counsel when he appeared on dates set for trial.

facie des causes du délai. De même, on s'attendrait que ce soit l'inculpé, et non pas le ministère public, qui informe le tribunal des délais les plus courts possible, compte tenu des ressources institutionnelles dont on disposait, ainsi que des meilleurs points de comparaison pour évaluer les délais qui se sont produits dans son cas. Étant donné l'importance des faits dans chaque cas où l'on invoque le caractère excessif des délais, j'estime qu'il y a lieu d'adopter une approche plus souple ou plus fonctionnelle.

C'est à la lumière de ces énoncés de portée générale que j'entends maintenant examiner les faits pour déterminer si, pris globalement, les délais sont raisonnables en l'espèce. Comme mon appréciation des faits en ce qui concerne la violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* diffère sensiblement de celle de mon collègue le juge Sopinka, il m'apparaît nécessaire d'en faire un examen quelque peu détaillé. Je m'empresse de souligner que, bien qu'un examen des faits puisse être nécessaire pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, cette question en est une de droit en l'espèce. Je fais miennes à ce propos les remarques suivantes de la Cour d'appel (à la p. 393):

> [TRADUCTION] Il n'y a eu en l'espèce aucune conclusion concernant la crédibilité et les faits sont incontestés. Nous fondant sur les mêmes faits que ceux dont disposait le juge du procès, nous ne pouvons souscrire à sa conclusion de droit.

L'appréciation du caractère raisonnable

Comme remarque préliminaire, j'estime que les actes du ministère public démontrent un intérêt certain et soutenu à procéder le plus rapidement possible. Dans sa plaidoirie orale devant nous, le procureur de l'appelant a lui-même souligné l'insistance du ministère public pour obtenir des dates rapprochées pour les procès. Le ministère public n'a jamais demandé d'ajournement ni formé de procédures interlocutoires. Il s'est opposé de façon répétée aux ajournements demandés par l'appelant. En revanche, il ressort d'un examen des procédures que l'appelant a agi d'une manière qui n'était pas toujours compatible avec le droit qu'il revendiquait d'être jugé promptement. À plusieurs occasions, l'appelant n'était pas représenté par

This caused a number of adjournments to be granted, as the courts may have been reluctant to proceed on a charge of murder while the appellant did not have the benefit of counsel. The reasons for these adjournments play an important, albeit not necessarily conclusive, role in solving the question at hand.

The first such incident occurred in November 1985. The appellant's second trial was set in June 1985 to proceed before Osborne J. on January 7, 1986. But in November 1985, Mr. Shore, who was counsel at the first trial and still counsel of record, brought an application to be removed from the record. The application, after being refused once, was allowed on the ground that it had been made clear to the court by the appellant that he did not wish to be represented by Mr. Shore anymore. On the January date scheduled for the second trial, the appellant explained why he appeared without the benefit of counsel:

> Brian Greenspan is willing to be retained. It is just a matter of when he can be available and when the court will be available. As I said back in December—actually it was in November. It was in Assignment Court on November 15th, I believe it was, and at that time the Crown was aware that I was attempting to have Mr. Shore taken off the record and Mr. Greenspan put on the record because at that time he had agreed to take the case. [Emphasis added.]

The appellant preferred to be represented by Mr. Greenspan. In granting the appellant's request for an adjournment, Osborne J., who had previously allowed Mr. Shore's application to be removed from the record, said:

> Mr. Conway appeared at an Assignment Court in June of 1985. At that time this date for trial was set. Some time between June and November 1985 Mr. Conway or his father decided it would be appropriate Mr. Greenspan be retained. Mr. Greenspan has appeared for Mr. Conway before the Court of Appeal. Further to that, Mr. Conway's trial counsel, Mr. Shore, asked to be removed from the record. I exceeded [*sic*] to that request upon receiving confirmation that Mr. Conway did not wish to be represented by Mr. Shore. As I indicated at that time, there is a difference between

avocat lorsqu'il a comparu aux dates fixées pour son procès et, pour cette raison, plusieurs ajournements ont été accordés, car les tribunaux ont peut-être hésité à instruire une accusation de meurtre alors que l'appelant n'était pas représenté par avocat. Les motifs de ces ajournements jouent un rôle important, quoique non nécessairement déterminant, dans la solution de la question dont nous sommes saisis.

Le premier incident de ce genre a eu lieu en novembre 1985. En juin 1985, le deuxième procès de l'appelant avait été fixé au 7 janvier 1986 et devait se dérouler devant le juge Osborne. En novembre 1985, cependant, Me Shore, qui avait été l'avocat de l'appelant à son premier procès et qui était encore inscrit au dossier, a demandé de se retirer du dossier. La demande, rejetée une première fois, fut accordée par la suite parce que l'appelant avait indiqué clairement à la cour qu'il ne voulait plus être représenté par Me Shore. Au jour prévu pour le second procès, en janvier, l'appelant a expliqué pourquoi il comparaissait sans avocat:

> [TRADUCTION] Brian Greenspan est prêt à fournir ses services. Il reste à déterminer quand il pourra être disponible et quand l'audience pourra avoir lieu. Comme je l'ai dit en décembre [. . .] en fait, c'était en novembre. C'était à l'audience de fixation du rôle, le 15 novembre je crois. À ce moment-là, le ministère public savait que j'essayais de faire retirer Me Shore du dossier et de le faire remplacer par Me Greenspan parce qu'il avait alors accepté de prendre la cause en charge. [Je souligne.]

L'appelant préférait être représenté par Me Greenspan. En faisant droit à la demande d'ajournement présentée par l'appelant, le juge Osborne, qui avait précédemment autorisé que Me Shore se retire du dossier, a dit:

> [TRADUCTION] Monsieur Conway a comparu à l'audience de fixation du rôle en juin 1985. La date d'aujourd'hui a alors été fixée pour le procès. Entre juin et novembre 1985, M. Conway, ou son père, a décidé qu'il y avait lieu de retenir les services de Me Greenspan. Celui-ci a déjà comparu pour M. Conway devant la Cour d'appel. À la suite de cela, Me Shore, l'avocat qui représentait M. Conway au procès, a demandé de se retirer du dossier. J'ai accédé à cette demande dès qu'il m'a été confirmé que M. Conway ne voulait pas être représenté par Me Shore. Comme je l'ai dit à ce

permitting a solicitor to be removed from the record and forcing an accused to be represented by counsel not of his choosing. [Emphasis added.]

Consequently, it was the appellant's late-in-the-day choice of counsel which caused the removal of Mr. Shore from the record one month prior to the second trial and which brought about the adjournment to April 21, 1986.

There is a second period of time, from May 1986 to November 1986, during which the appellant was not successful in retaining a particular counsel. After the second trial, on May 1, Mr. Greenspan indicated to the appellant that he could not represent him anymore in proceedings held in Ottawa. As an appearance was scheduled in Assignment Court at the end of the month to set the date of the third trial, there was an immediate need for counsel. Nevertheless, the appellant took the position that efforts should be made to move the proceedings to Toronto, where Mr. Greenspan perhaps could be retained, before finding and retaining counsel able to represent him in Ottawa. This explains why Mr. Greenspan was instructed to bring an application for a change of venue. If the application was successful, he could be retained by the appellant. Otherwise, the appellant would then look for and retain another counsel. The trial judge found as a fact that the decision to make the application was taken "[i]n the three-week interval that intervened between May 26 and June 16, 1986". The application was heard and dismissed on August 8, and, as a result, the appellant was still not represented at the end of the summer. In the June appearance in Assignment Court, where the date of September 22, 1986 was set for the trial, Mr. Shore, who spoke for (but did not represent) the appellant, explained:

If the trial is going to take place in Ottawa, the counsel will no doubt be different than if the trial is going to take place in Toronto or in Kingston or in Sudbury. So, let's find out where the trial is going to take place. Mr. Greenspan is prepared to bring the application [for change of venue] in July. Once the

moment-là, il y a une différence entre permettre qu'un avocat se retire du dossier et forcer un accusé à être représenté par un avocat qu'il n'a pas choisi lui-même. [Je souligne.]

C'est donc le choix tardif d'un avocat par l'appelant qui a entraîné le retrait de Me Shore du dossier un mois avant le deuxième procès et qui a provoqué l'ajournement au 21 avril 1986.

Il y a une deuxième période, celle de mai à novembre 1986, au cours de laquelle l'appelant n'a pas réussi à retenir les services d'un avocat en particulier. Le 1er mai, à la suite du deuxième procès, Me Greenspan a fait savoir à l'appelant qu'il ne pouvait plus le représenter dans le cadre de procédures tenues à Ottawa. Comme il devait comparaître à la fin du mois à l'audience de fixation du rôle pour que soit fixée la date du troisième procès, l'appelant avait besoin d'un avocat immédiatement. Sa position fut cependant qu'avant de trouver et d'engager un avocat pouvant le représenter à Ottawa, il fallait d'abord essayer d'obtenir un changement du lieu des procédures en faveur de Toronto, où il pourrait peut-être retenir les services de Me Greenspan. C'est la raison pour laquelle Me Greenspan a été chargé de présenter une demande de changement du lieu du procès. Si cette demande était accueillie, l'appelant pourrait retenir ses services, sinon l'appelant tenterait alors de retenir les services d'un autre avocat. Selon la conclusion de fait du juge du procès, la décision de faire la demande a été prise [TRADUCTION] «[a]u cours des trois semaines qui se sont écoulées entre le 26 mai et le 16 juin 1986». La demande a été entendue et rejetée le 8 août, si bien qu'à la fin de l'été l'appelant n'avait toujours pas d'avocat. À l'audience de fixation du rôle tenue au mois de juin, au cours de laquelle la date du procès a été fixée au 22 septembre 1986, Me Shore, qui parlait au nom de l'appelant (mais qui ne le représentait pas), a dit:

[TRADUCTION] Si le procès a lieu à Ottawa, l'avocat ne sera sans doute pas le même que si le procès se tient à Toronto, à Kingston ou à Sudbury. Décidons donc du lieu du procès. Me Greenspan est prêt à présenter une demande [de changement du lieu du procès] en juillet.

locale is decided the appropriate counsel can be chosen by Mr. Conway. [Emphasis added.]

In the context of an application for a stay under s. 11(*b*) of the *Charter*, this "wait-and-see" position adopted by the appellant is anything but an assertion of his right to be tried quickly. It is more akin to the assertion of an unyielding desire to be represented by a particular counsel. At this juncture, I wish to add that the delays incurred by the appellant in securing legal aid might have been significant in the overall assessment had the record disclosed that such financial assistance had been initially sought prior to the scheduled appearance in Assignment Court on May 26. Difficulties in obtaining legal aid did not prevent the appellant from instructing Mr. Greenspan to file a motion for change of venue.

While an accused, in his dealings with the judicial process, benefits from the right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter*, this Court remarked in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, that the right to retain counsel has to be exercised with reasonable diligence in light of the circumstances. Delivering the reasons of the majority of the Court, with all members of the Court concurring on this particular point, Lamer J. wrote (at p. 11): "[A]ccused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer."

The issue under s. 11(*b*) in the present instance is not whether the appellant had the right to be represented by a counsel of his choice: he had that right (*Ross*, *supra*). Rather, the issue is whether, having incurred considerable delays in so doing, the appellant can successfully invoke such delays in his claim that his right to be tried within a reasonable time has been infringed. In my view, he cannot. The adjournment of nearly four months granted on January 7, 1986, was brought about by the appellant's decision to change counsel one month prior to a trial date set some seven months earlier. It must have been patently obvious to

Une fois le lieu déterminé, M. Conway pourra choisir l'avocat qui le représentera. [Je souligne.]

Dans le contexte d'une demande de suspension d'instance fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, cette temporisation de la part de l'appelant cadre bien mal avec sa revendication du droit d'être jugé promptement. Cela s'apparente davantage à l'irréductible désir d'être représenté par un avocat en particulier. Je tiens à préciser ici que le fait que l'appelant ait dû attendre pour obtenir de l'aide juridique aurait pu être un élément important à prendre en considération dans l'appréciation générale s'il ressortait du dossier qu'il avait initialement demandé cette aide financière avant la comparution à l'audience de fixation du rôle prévue pour le 26 mai. Or, ses difficultés pour obtenir de l'aide juridique n'ont pas empêché l'appelant de charger Me Greenspan de présenter une requête en changement du lieu du procès.

Bien que, dans le processus judiciaire, tout accusé bénéficie du droit à un avocat, aux termes de l'al. 10*b*) de la *Charte*, notre Cour a dit dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, que le droit de retenir les services d'un avocat doit s'exercer avec une diligence raisonnable eu égard aux circonstances. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, et auxquels sur ce point, tous les membres de la Cour ont souscrit, le juge Lamer dit, à la p. 11: «[L]'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.»

Le point en litige ici au regard de l'al. 11*b*) n'est pas de savoir si l'appelant avait le droit d'être représenté par l'avocat de son choix: il avait ce droit (*Ross*, précité). Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu des délais considérables que cela a provoqué, l'appelant peut être admis à invoquer ces délais pour prétendre à la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, il ne peut pas. L'ajournement de près de quatre mois qui a été accordé le 7 janvier 1986 résulte de sa décision de changer d'avocat, décision prise un mois avant la date du procès fixée quelque sept mois auparavant. Il devait être évident pour tous à

everyone concerned at the time that this change in position would jeopardize holding the trial as scheduled. Indeed, when the appellant appeared unrepresented on January 7, Osborne J. felt he had no choice but to grant the adjournment requested by the appellant since, in his view, to proceed on a charge of murder with an unrepresented accused might result in invalidating the proceedings. With respect to the events of May 1986, after the second trial, as an appearance in Assignment Court was scheduled at the end of the month, there was a short-term need for counsel. The appellant chose to hold-out and attempt to move the proceedings to another city in order to accommodate his desire to be represented by Mr. Greenspan, before even considering alternative choices for counsel available in the Ottawa region. Yet, there was a serious possibility that the application for a change of venue would not be granted. There was also a virtual certainty that the application would not be decided for a number of months.

The course of conduct adopted by the appellant is all the more fraught with consequence by reason of warnings given to him when he appeared unrepresented at dates set for his trial. For instance, at the conclusion of the January 1986 appearance, Osborne J. explained to the appellant the urgency of his need for legal representation:

HIS LORDSHIP: . . .

Mr. Conway, would you stand up for a minute. Let there be no misunderstanding about this. You have a problem. The problem focuses on your present circumstances which leave you unrepresented. I want to do what is reasonable, and I emphasize the word "reasonable" and give you time to secure counsel. You have until April 21st, 1986. I find it hard to believe that you will not be able to acquire competent counsel from Ottawa or from outside Ottawa by that time. You are on bail for circumstances which I know nothing about. You have complete flexibility in obtaining counsel. To put it as bluntly as I can, if you do not obtain counsel by April 21st, that is your problem. Subject to the views of the then presiding trial judge the trial will proceed at that time. We cannot let the matter drag on any further. It is as simple as that. I ask you one question. Do you understand what I have said?

ce moment-là que ce changement de tactique pouvait avoir comme conséquence l'impossibilité de tenir le procès à la date prévue. Effectivement, lorsque l'appelant a comparu sans avocat le 7 janvier, le juge Osborne a estimé qu'il n'avait d'autre choix que d'accorder l'ajournement demandé par l'appelant car, selon lui, la tenue d'un procès sur une accusation de meurtre alors que l'inculpé n'était pas représenté par avocat aurait pu entraîner la nullité du procès. Pour ce qui est des événements de mai 1986, c'est-à-dire après le deuxième procès, l'appelant avait besoin d'un avocat à brève échéance, puisqu'une comparution à l'audience de fixation du rôle était prévue pour la fin du mois. Avant même d'envisager un autre choix parmi les avocats de la région d'Ottawa, l'appelant a décidé d'attendre et de tenter d'obtenir un changement du lieu du procès dans une autre ville afin d'être représenté, comme il le souhaitait, par Me Greenspan. Pourtant il était tout à fait possible que la demande de changement du lieu soit rejetée. Il était en outre presque certain que la décision sur cette requête ne serait pas rendue avant plusieurs mois.

La conduite de l'appelant est d'autant plus lourde de conséquences qu'on lui avait fait des mises en garde lorsqu'il avait comparu sans avocat aux dates fixées pour son procès. À titre d'exemple, à la fin de l'audience tenue en janvier 1986, le juge Osborne a expliqué à l'appelant qu'il devait d'urgence retenir les services d'un avocat:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: . . .

Monsieur Conway, levez-vous une minute s'il vous plaît. Vous avez un problème, ne vous y trompez pas. Ce problème vient de ce que vous n'êtes pas représenté par un avocat. Je veux faire ce qui est raisonnable, j'insiste sur le mot «raisonnable», et vous donner le temps d'engager un avocat. Vous avez jusqu'au 21 avril 1986. Je conçois mal que vous ne puissiez pas dans ce délai trouver à Ottawa ou en dehors d'Ottawa un avocat compétent. Vous êtes en liberté sous caution par suite d'événements dont je ne connais rien. Vous avez toutes facilités d'obtenir les services d'un avocat. Je ne mâcherai pas mes mots; si vous ne retenez pas les services d'un avocat d'ici au 21 avril, c'est votre problème. Sous réserve de l'opinion du juge qui présidera, le procès ira de l'avant à cette date. Nous ne pouvons permettre que cette affaire traîne plus longtemps. C'est aussi simple que cela. Je vous pose une question: Comprenez-vous ce que je viens de dire?

THE ACCUSED: Yes.

HIS LORDSHIP: Further to that, I would start now with or without the assistance of your family and I would suggest you first determine whether Mr. Greenspan is available as of April 21st. If he is not, immediately commence looking for some other counsel. Whether Mr. Shore will see fit to help you with those endeavors is entirely up to him. [Emphasis added.]

This warning was reiterated by Watt J. at the conclusion of the September 1986 appearance, where once again the appellant had appeared unrepresented on a trial date set in the previous month of June:

HIS LORDSHIP: Well, Mr. Conway, this particular matter has dragged on long enough. You are going to have to do one of two things, either get a lawyer or go it alone. I think Mr. Morin's suggestion that if anyone were to walk into his office, he would want some time to prepare the case is one that is obviously reasonable. I don't really think that his suggestion of the length of time is unreasonable. But I am telling you right now, whether any of what my brother judges have said before has sunk in or not, that when I fix a date for this trial it is going ahead and it is going ahead whether or nor you have a lawyer. Whether or not you get a lawyer is entirely due to your own efforts. If you are not prepared to expend those efforts to get [a] lawyer to assist him as you can in the preparation of the case, you had better be content to go your third trial by yourself [*sic*]. Do you understand that? [Emphasis added.]

THE ACCUSED: Yes.

After January 7, 1986, and most assuredly since September 22, 1986, the appellant was well aware of the possible consequences of his failure to secure counsel. It had been made clear to him that an uncompromising insistence on retaining specific counsel could result in his having to undergo a trial with the assistance of no counsel at all.

On September 22, 1986, being the date set for the third trial, as the appellant was still unrepresented, Watt J. granted the adjournment requested by the appellant and rescheduled the trial to commence on November 10. Further adjournments

L'ACCUSÉ: Oui.

SA SEIGNEURIE: Dans le même ordre d'idées, je vous engage à commencer dès maintenant à chercher, avec ou sans l'aide de votre famille, et je vous conseille de déterminer d'abord si Me Greenspan sera disponible à partir du 21 avril. S'il ne l'est pas, commencez immédiatement à chercher un autre avocat. Quant à savoir si Me Shore jugera bon de vous aider dans vos recherches, il est seul à pouvoir en décider. [Je souligne.]

Cette mise en garde a été répétée par le juge Watt à la fin de l'audience de septembre 1986 à laquelle l'appelant avait encore une fois comparu sans avocat, bien que la date en question ait été celle fixée pour le procès au mois de juin précédent:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: Eh bien, M. Conway, cette affaire a assez traîné. Vous allez devoir choisir: ou bien vous engagez un avocat, ou bien vous vous débrouillez tout seul. Quand Me Morin dit que, si quelqu'un s'adressait à lui, il aurait besoin de temps pour se préparer, je crois que cela est manifestement raisonnable. Je ne crois vraiment pas que ce qu'il mentionne comme temps de préparation soit déraisonnable. Mais je vous dis franchement, que vous ayez compris ou non ce que vous ont déjà dit les autres juges, que, quand j'en aurai fixé la date, le procès ira de l'avant et il ira de l'avant que vous soyez ou non représenté par un avocat. Quant à savoir si vous aurez un avocat, cela ne tient qu'à vous. Si vous n'êtes pas prêt à faire les efforts nécessaires pour retenir les services d'un avocat et à l'aider autant que vous le pouvez à préparer votre défense, vous allez devoir vous contenter de subir votre troisième procès sans l'assistance d'un avocat. Avez-vous compris? [Je souligne.]

L'ACCUSÉ: Oui.

Après le 7 janvier 1986 et très certainement depuis le 22 septembre 1986, l'appelant était conscient des conséquences de l'absence de représentation par un avocat. On lui avait fait comprendre clairement que, s'il tenait obstinément à être représenté par un avocat de son choix, il pourrait se voir obligé de subir son procès sans l'assistance d'aucun avocat.

À la date fixée pour le troisième procès, le 22 septembre 1986, comme l'appelant n'avait toujours pas d'avocat, le juge Watt a ajourné le procès au 10 novembre à la demande de l'appelant. Plus tard au cours de l'automne de 1986, soit le 2 octobre et

were requested by the appellant later in the fall of 1986, on October 2, and again on November 4. The appellant had found counsel, Mr. Bayne, who expressed his availability to represent him, but could not take his case before the following spring. Speaking for (but not representing) the appellant, in making the November 4 application for a remand of the trial date, Mr. Bayne explained that he was starting a murder trial in January and could not be ready before April. He added that in the circumstances of the case it would not be unreasonable to adjourn until April:

> I point out that between the first and the second trials there is in excess of two years and even after the Court of Appeal ordered the new trial in 1985 this trial did not take place before fifteen months after and so in terms of chronology this request would not be an unreasonable delay between the second and third trial and frankly an accused person needs, simply in ordinary circumstances, there is a need of time to catch his breath between trials. [Emphasis added.]

The expression of a need to catch one's breath during six months is hardly an assertion of the right to be tried quickly. This is all the more true in light of the fact that, to paraphrase Mr. Bayne, the appellant had already benefitted from six months to "catch his breath". As well, the statement that this six-month delay "in terms of chronology" would not be "an unreasonable delay between the second and third trial" suggests an acquiescence in the reasonableness of all delays incurred thus far. As noted in the Court of Appeal (at p. 392):

> Significantly Mr. Bayne, when he made this request for an adjournment, stated that it would not result in an unreasonable delay in the proceedings and that the respondent needed a breathing spell between the second and third trial.
>
> It is to be noted that this comment appears to contradict the allegation that the respondent was actively seeking to have a speedy trial of the charge.

In dealing with the request for an adjournment made by Mr. Bayne on November 4, 1986, the Crown and the court could not have been more accommodating to the accused. While objecting to

le 4 novembre, l'appelant a demandé d'autres ajournements. Il avait trouvé un avocat, Me Bayne, qui s'était dit disponible pour le représenter, mais ne pouvait pas se charger de sa cause avant le printemps suivant. Le 4 novembre, parlant pour l'appelant (mais sans le représenter), Me Bayne a demandé que soit reportée la date du procès et a expliqué qu'il commençait un procès pour meurtre en janvier et ne pouvait être prêt avant le mois d'avril. Il a ajouté que, vu les circonstances, il ne serait pas déraisonnable d'accorder un ajournement au mois d'avril:

> [TRADUCTION] Je signale que plus de deux ans se sont écoulés entre le premier procès et le deuxième et que, même après que la Cour d'appel eut ordonné la tenue d'un nouveau procès en 1985, ce procès n'a eu lieu que quinze mois plus tard, de sorte que, du point de vue chronologique, cette demande n'entraînerait pas un retard déraisonnable entre le deuxième procès et le troisième et, franchement, dans des circonstances normales, un accusé a tout simplement besoin de temps entre les procès pour reprendre son souffle. [Je souligne.]

Or, dire qu'on a besoin de six mois pour reprendre son souffle ce n'est pas revendiquer le droit d'être jugé promptement, à plus forte raison quand on sait, pour reprendre l'expression de Me Bayne, que l'appelant avait déjà eu six mois pour «reprendre son souffle». D'autre part, la déclaration selon laquelle, «du point de vue chronologique», ce délai de six mois ne représenterait pas «un retard déraisonnable entre le deuxième procès et le troisième» est susceptible d'être interprétée comme une admission du caractère raisonnable des délais intervenus jusqu'alors. Comme l'a souligné la Cour d'appel (à la p. 392):

> [TRADUCTION] Fait révélateur, Me Bayne, au moment où il a présenté cette demande d'ajournement, a dit que cela ne retarderait pas indûment les procédures et que l'intimé avait besoin de reprendre son souffle entre le deuxième et le troisième procès.
>
> Notons que cette observation paraît contredire l'allégation que l'intimé cherchait activement à obtenir que l'accusation soit instruite promptement.

Face à la demande d'ajournement faite par Me Bayne le 4 novembre 1986, le ministère public et ce tribunal n'auraient pas pu être plus obligeants envers l'accusé. Tout en contestant cette demande,

the request for an adjournment, the Crown agreed not to proceed until the end of a trial also scheduled to begin on November 17. The adjournment was refused and the trial date of November 10 was left "to stand". On December 4, the parties appeared before Watt J. for a direction as to the commencement date. The trial co-ordinator had informed the solicitors of record that the date of April 21, 1987 had been set for the third trial. It appears that this date had been set at the request of the Chief Justice of the Supreme Court of Ontario, himself petitioned to do so by Mr. Greenspan. In the December 4 appearance, the Crown objected to this postponement of the trial date, while Mr. Bayne once again took the position that "[t]he earliest reasonable commencement date would be April" for the third trial. In confirming the date of April 21, 1987 for the third trial, Watt J. said:

> There can be little doubt that this case has taken an inordinate amount of time to come to trial. The harsh reality is, however, that in the event that an earlier trial date is fixed than that suggested, the accused will go unrepresented upon a third trial for second degree murder. The likelihood of appellate reversal and the consequent trauma of yet another, a fourth trial, is of no little significance.

I cannot adhere to the view that the Crown can be said to have caused these delays, nor can I attribute them to so-called systemic delays. The postponement of the trial date from September 22, 1986 to April 21, 1987 in effect served to accommodate the schedule of the first counsel found by the appellant since May 1, 1986 and to allow the appellant to prepare fully his defense for the third trial. In this connection, the record before this Court contains affidavits signed by seven criminal lawyers from the Ottawa region. Six of them were approached by Mr. Bayne between October 1, 1986 and October 31, 1986 who inquired whether they would be available to represent the appellant at his November 10, 1986 trial date. All six answered that they could not, due to the preparation time required for such a case and to prior professional commitments. One of the six also attested having been approached by the appellant

le ministère public a convenu de ne procéder qu'après un autre procès qui devait également débuter le 17 novembre. L'ajournement fut refusé et la date fixée pour le procès, soit le 10 novembre, confirmée. Le 4 décembre toutefois, les parties ont comparu devant le juge Watt, pour obtenir des directives quant à la date du début du procès. Le coordonnateur des procès avait informé les avocats au dossier que la date du troisième procès avait été fixée au 21 avril 1987. Il semble que cette date ait été fixée à la demande du Juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario sur requête de M. Greenspan. À la comparution du 4 décembre, le ministère public s'est opposé à ce nouvel ajournement alors qu'encore une fois Me Bayne affirmait que le troisième procès [TRADUCTION] «pourrait débuter en avril au plus tôt». En confirmant la date du 21 avril 1987 pour le troisième procès, le juge Watt a dit:

> [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que cela a pris un temps démesurément long pour que cette affaire parvienne au stade du procès. La dure réalité est toutefois que, si le procès était fixé à une date antérieure à celle proposée, l'accusé ne serait pas représenté par un avocat à un troisième procès pour meurtre au deuxième degré. Or la probabilité de l'annulation du verdict par la cour d'appel et le traumatisme qui résulterait d'un autre procès, le quatrième, sont des considérations à ne pas négliger.

Je ne peux souscrire au point de vue selon lequel les délais en question peuvent être imputés au ministère public. Je ne crois pas non plus qu'il s'agisse de ce qu'on appelle des délais systémiques. Le report de la date du procès du 22 septembre 1986 au 21 avril 1987 avait pour but de tenir compte de l'emploi du temps du premier avocat qu'ait trouvé l'appelant depuis le 1er mai 1986 et de permettre à l'appelant de préparer à fond sa défense pour le troisième procès. À ce sujet, le dossier devant nous contient des affidavits signés par sept avocats criminalistes de la région d'Ottawa. Six d'entre eux avaient été contactés, entre le 1er octobre et le 31 octobre 1986, par Me Bayne qui leur a demandé s'ils seraient en mesure de représenter l'appelant le 10 novembre 1986, date fixée pour son procès. Les six ont répondu que non en raison d'engagements antérieurs et du temps de préparation nécessaire pour une affaire de ce

on August 8, 1986, with respect to the trial then scheduled for September 22. The seventh lawyer was approached by the appellant himself "in mid-September of 1986" and was asked if he was available to represent the appellant "on a second degree murder trial to begin within the next six to eight weeks". He turned the appellant down for the same reasons given by the others. Some of these lawyers were approached three weeks or less before the date set for trial. These affidavits show that the appellant began looking for an alternative choice of counsel only after the application for a change of venue was dismissed, in mid-August of 1986, some four months after being initially committed to Assignment Court to set a date for his third trial. The affidavits also establish that a more serious attempt to retain counsel was made in the month of October, although then any possibility of success was even slimmer given the time required to prepare the case. This evidence only shows that the appellant waited until the last moment to seek legal representation and temporarily found himself trapped in a vicious circle. The net result was that the third trial was ultimately postponed until April 21, 1987 to accommodate the appellant's need for legal representation.

At the onset of the third trial to be held before Callon J., on April 21, 1987, the appellant informed the court that he would eventually be bringing a motion to stay based on abuse of process. He then told the court that the issue of abuse of process was pending before this Court in the *Keyowski* case. Mr. Bayne further informed the court he would be making an application re-electing to be tried before a judge sitting without a jury. He informed Callon J. that the issue whether a person accused of murder had a constitutional right to be tried without a jury was to be heard in mid-May by the Ontario Court of Appeal in the case of *Turpin*. Mr. Bayne added that he acted as counsel in that case. There was discussion between Mr. Bayne, the Crown counsel and the court to the effect that the Court of Appeal might very well reserve judgment for a few months on an issue of this importance. Ultimately, Callon J. adjourned the matter "as a necessity" to Assignment Court

genre. L'un des six a également déclaré avoir été contacté par l'appelant le 8 août 1986 au sujet du procès qui était alors prévu pour le 22 septembre. Le septième avocat avait été contacté vers «la mi-septembre 1986» par l'appelant lui-même qui lui a demandé s'il serait disponible pour le représenter [TRADUCTION] «à un procès pour meurtre au deuxième degré devant avoir lieu dans les six ou huit prochaines semaines». Il a refusé pour les mêmes raisons. Certains de ces avocats ont été contactés trois semaines ou moins avant la date fixée pour le procès. Ces affidavits démontrent que l'appelant n'a commencé à se chercher un autre avocat qu'après le rejet de la demande de changement de lieu, à la mi-août 1986, soit quatre mois après avoir été convoqué pour fixer la date de son troisième procès. Les affidavits établissent aussi qu'une tentative plus sérieuse de trouver un avocat a été faite en octobre, bien qu'à ce moment-là, les chances de succès fussent encore plus minces, vu le temps requis pour préparer la cause. Cette preuve démontre encore que l'appelant a attendu jusqu'à la dernière minute pour essayer de trouver un avocat qui le représente et qu'il s'est trouvé pris dans un cercle vicieux. Comme résultat net, le troisième procès a finalement été remis au 21 avril 1987 afin d'accommoder le besoin de l'appelant de se faire représenter par un avocat.

Le 21 avril 1987, au début du troisième procès qui devait avoir lieu devant le juge Callon, l'appelant a informé le tribunal de son intention de présenter une requête pour arrêt de procédures fondé sur un abus du processus judiciaire. Il a signalé ensuite que notre Cour avait été saisie de la question de l'abus de procédure dans l'affaire *Keyowski*. Me Bayne a en outre informé ce tribunal qu'il allait faire une demande pour que l'appelant puisse faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge siégeant sans jury. Il a indiqué au juge Callon que la question de savoir si une personne inculpée de meurtre avait le droit constitutionnel d'être jugée sans jury devait être entendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la mi-mai dans l'affaire *Turpin* et que lui-même occupait dans cette dernière affaire. Me Bayne, l'avocat de la poursuite et la cour ont alors discuté de la possibilité que, étant donné l'importance de cette question, la Cour d'appel prenne l'affaire en délibéré pendant

on June 1, 1987, in an attempt to benefit from the views of the higher courts on the two issues before him. He said:

> Putting it positively, it is appropriate to indicate that the trial has been adjourned as a necessity, and certainly with some reluctance on my part, because of a very important legal issue to be determined by the superior courts, namely, the Ontario Appeal Court and the Supreme Court of Canada and if this court were to proceed on issues that were at variance with those decisions, then the accused would be exposed to a fourth trial . . . .

On June 1 the date for the commencement of the third trial was set for October 26, 1987, at which time the appellant offered a plea of guilty to the lesser offence of manslaughter. This plea was refused by the Crown who insisted on proceeding with a trial on the charge of murder. Mr. Bayne then brought the motion to stay which gave rise to the present proceedings.

At his appearance on April 21, 1987, being the previous date set for the third trial, it was actually foreseen by Mr. Bayne that bringing a pre-trial motion which would steer the proceedings into the midst of a heated *Charter* debate on the right not to be tried by a jury was likely to postpone the trial for a very considerable time. As a matter of fact, there was an appeal to this Court from the decision of the Court of Appeal in *Turpin* in which judgment was released only recently. The purpose of the pre-trial motion was to avoid any risk of a second hung jury. That may be a legitimate purpose. But, in retrospect, does the possibility of a second hung jury outweigh two additional years of subjection to a pending trial? That is the course upon which the appellant chose to embark. It is hardly consistent with his claim today that such delays were unreasonable. For the purposes of the assessment of reasonableness under s. 11(*b*) of the *Charter*, an accused, and for that matter, the

plusieurs mois. Finalement, afin de pouvoir bénéficier des opinions des instances supérieures sur les deux questions soumises, le juge Callon a, [TRADUCTION] «par nécessité», ajourné l'affaire au 1er juin 1987, date d'une autre audience de fixation du rôle. Le juge Callon a dit:

> [TRADUCTION] Pour l'exprimer positivement, il y a lieu de préciser que le procès a été remis par nécessité et, bien entendu, avec une certaine hésitation de ma part, en raison d'une question de droit très importante qui doit être tranchée par les tribunaux d'instance supérieure, c'est-à-dire la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada, et si nous devions rendre sur ces questions une décision différente des leurs, l'accusé courrait alors le risque d'avoir à subir un quatrième procès . . .

Le 1er juin, le début du troisième procès a été fixé au 26 octobre 1987. À ce moment-là, l'appelant a offert un plaidoyer de culpabilité sur l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. Ce plaidoyer a été refusé par le ministère public qui tenait à ce que le procès porte sur l'accusation de meurtre. Me Bayne a alors présenté la requête pour arrêt des procédures qui est à l'origine du présent pourvoi.

Lors de sa comparution le 21 avril 1987, c'est-à-dire la date antérieurement fixée pour le troisième procès, Me Bayne avait en fait prévu que la présentation avant le procès d'une requête qui entraînerait les procédures dans un débat animé sur la question du droit, en vertu de la *Charte*, de ne pas être jugé par un jury, retarderait probablement de façon considérable la tenue du procès. Comme question de fait, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Turpin* a été porté en appel devant notre Cour qui a seulement récemment rendu jugement. La requête préalable au procès visait à écarter tout risque que, pour une seconde fois, les jurés soient incapables de s'entendre sur un verdict. Ce but peut être légitime mais, réflexion faite, la possibilité que le jury se trouve encore une fois dans une impasse doit-elle peser davantage que la perspective de deux autres années en attente de procès? C'est pourtant la voie qu'a choisie l'appelant et cela concorde mal avec son assertion actuelle que les délais en question sont excessifs. Pour les fins de la détermination du caractère raisonnable en vertu de l'al. 11*b*) de la *Charte*,

Crown as well, must bear the consequences of their tactical decisions in the conduct of the trial.

In *Rahey*, Lamer J. stated (at p. 612):

> If an accused requests, causes or consents to a delay, it should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness, but such waiver must be clear, unequivocal and informed.

Although technically the decisions and conduct of the appellant may amount to something less than waiver, in my view, he in fact unequivocally requested, caused and consented to the delays between the date initially set for the second trial and the onset of the third. In considering the issue of "waiver" in the context of s. 11(*b*), it must be remembered that it is not the right itself which is being waived but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness. Crucial to the exclusion of a time period is "the accused's awareness of the consequences" (*Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394) of his decisions causing delays to be incurred. Any waiver is "dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard" (pp. 394-95). I have no doubt that in the present case the words of Osborne J. and Watt J. made the appellant sufficiently aware of the limit to which the judicial process could stretch in order to accommodate his choice of counsel. The appellant understood the risks of having to undergo a trial by himself, yet on January 7, September 22 and November 10, 1986, he appeared unrepresented as a result of the less than diligent exercise of his right to counsel. This course of conduct is in my view tantamount to a waiver of the time periods discussed above in the assessment of the reasonableness of the overall delay. At minimum, these intervals of time should not be used by the appellant to support his claim that the charges laid against him have been standing for an unreasonable period of time. They were brought about by the accused through an exercise of his right to counsel severely lacking in diligence and in full awareness of the possible risks associated with lack of legal representation. These considerations

l'accusé, comme d'ailleurs le ministère public, doivent supporter les conséquences des décisions de nature tactique qu'ils adoptent dans la conduite du procès.

Dans l'arrêt *Rahey*, le juge Lamer dit (à la p. 612):

> Le délai demandé, causé ou accepté par un accusé doit normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable, mais cette renonciation doit être claire, sans équivoque et éclairée.

Quoique les décisions et la conduite de l'appelant puissent, à strictement parler, ne pas constituer une renonciation, j'estime qu'en réalité l'appelant a d'une manière non équivoque demandé, causé et accepté les délais intervenus entre la date initialement fixée pour le deuxième procès et le début du troisième. Dans l'examen de la question de la «renonciation», dans le contexte de l'al. 11*b*), il ne faut pas perdre de vue que la renonciation ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l'inclusion de certaines périodes dans l'appréciation générale du caractère raisonnable. Est cruciale quant à l'exclusion d'une période donnée «la connaissance par l'accusé des conséquences» (*Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394) de ses décisions qui causent des délais. Pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection» (pp. 394 et 395). Je n'entretiens aucun doute qu'en l'espèce les propos des juges Osborne et Watt étaient suffisants pour faire comprendre à l'appelant jusqu'où le processus judiciaire pouvait aller pour répondre à son désir d'être représenté par l'avocat de son choix. L'appelant n'était pas sans se rendre compte qu'il risquait d'avoir à subir son procès sans avocat, pourtant, le 7 janvier, le 22 septembre et le 10 novembre 1986, il a comparu sans avocat à cause de son peu de diligence à exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Cette conduite équivaut, selon moi, à une renonciation à l'inclusion des périodes susmentionnées dans l'appréciation du caractère raisonnable du temps global. À tout le moins, l'appelant ne devrait pas pouvoir invoquer ces laps de temps à l'appui de son allégation que les accusations ont pesé contre lui pendant une période déraisonnablement longue. Les délais ont été occasionnés par

go to the weight to be attributed to the periods from January 7 to April 21, 1986 as well as the period between the end of second trial (May 1, 1986) and the scheduled commencement of the third (October 26, 1987) in the assessment of the reasonableness of the overall delay.

Much of the delay that remains is in my view attributable to the time requirements and the risks involved in the disposition of a charge of murder. Early on in these proceedings, there was a period of almost sixteen months between the charge and the conviction and sentence resulting from the first trial. The preliminary hearing commenced in January 1983, roughly five months after the laying of the charge. In the appellant's words, the two court days originally scheduled for the hearing "were not sufficient". The hearing was consequently adjourned and concluded the following May. The record does not disclose whether this circumstance results from the unavailability of court rooms, the unavailability of key witnesses or some other reason. While in their appearance before this Court neither the Crown nor the appellant accounted for this delay, it is relevant to the weight of this four-month period that the judge presiding at the preliminary hearing is not empowered to adjourn for more than eight clear days unless it is the case that "the accused, whether or not he is in custody, and the prosecutor consent to the proposed adjournment" (s. 465(1)(*b*) of the *Criminal Code*). At the conclusion of the hearing, the appellant was committed to trial. He then brought an application to quash the committal. During the period from June 21 to December 2, 1983, at which time the application was denied, the appellant requested and obtained adjournments of his trial in order to allow the application to proceed. I would not take this period into account in assessing the overall reasonableness. The trial commenced on December 6, 1983 and a verdict of guilty of second degree murder was soon thereafter returned by the jury, that is, on December 15, 1983.

l'accusé, qui a manqué de diligence dans l'exercice de son droit à un avocat et qui était pleinement conscient des risques auxquels il s'exposait s'il n'était pas représenté. Ces remarques visent la période du 7 janvier au 21 avril 1986 et la période allant de la fin du deuxième procès (le 1er mai 1986) à la date prévue pour le début du troisième procès (le 26 octobre 1987), ainsi que l'importance qu'il y a lieu de leur attribuer dans l'appréciation du caractère raisonnable de la totalité du délai.

La plupart des autres délais sont, à mon avis, largement imputables au temps requis pour arriver à un verdict sur une accusation de meurtre et aux risques inhérents à ce processus. À partir du début de ces procédures, une période de près de seize mois s'est écoulée entre le moment où l'accusation a été portée et celui de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la peine à l'issue du premier procès. L'enquête préliminaire a débuté en janvier 1983, soit environ cinq mois après l'inculpation. Pour reprendre les mots de l'appelant, les deux jours d'audience initialement prévus [TRADUCTION] «étaient insuffisants». L'audition a donc été ajournée et s'est terminée au mois de mai de la même année. Le dossier ne révèle pas si cette situation est attribuable à la non-disponibilité de salles d'audience, à la non-disponibilité de témoins clés, ou à quelque autre raison. Quoique ni l'appelant ni le ministère public n'aient expliqué ce délai lors de l'audition devant nous, il ne faut pas oublier que le juge siégeant à l'enquête préliminaire n'est pas autorisé à ordonner un ajournement de plus de huit jours francs, à moins que «le prévenu sous garde ou non, et le poursuivant ne consentent à l'ajournement projeté» (al. 465(1)*b*) du *Code criminel*). À la fin de l'audience, l'appelant a été renvoyé à procès. Il a alors présenté une requête en annulation du renvoi à procès. Au cours de la période du 21 juin au 2 décembre 1983, date à laquelle la requête a été rejetée, l'appelant a demandé et obtenu des ajournements de son procès afin que sa demande en annulation puisse être entendue. Je ne tiendrais donc pas compte de cette période aux fins de l'appréciation du caractère raisonnable en général. Le procès a débuté le 6 décembre 1983 et, peu de temps après, soit le 15 décembre 1983, le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

The appeal that followed occupied the next thirteen months. This appeal was successful and a new trial was ordered. While this additional delay is not incurred in all cases, it is not unusual for a person convicted of murder to avail himself of the right to appeal conferred by the *Criminal Code*. The right to appeal against a conviction is one of the safeguards in the criminal justice system designed to ensure that persons are not found guilty of an offence unless the case of the prosecution is established beyond a reasonable doubt in full accordance with the law. The efficacy of this safeguard is maximized when the Court of Appeal exercises its discretion to direct that a verdict of acquittal be entered in the record. In such a case, it is certain that no subsequent proceedings can be taken upon the same charge. But on appeal there is also the possibility of a new trial. This possibility is a concession to the societal interest in prosecuting persons charged with an offence. The option of granting a complete immunization because of a legal error at trial may discourage courts from exercising their power of review. In this sense, the possibility of holding a new trial "enhances the probability that appellate courts will be vigilant to strike down previous convictions that are tainted with reversible error" (*United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 121). These are but some of the considerations which come into play when weighing the delay incurred in appellate review, assuming as I have for the purpose of this opinion that s. 11(*b*) of the *Charter* may apply although the person charged was initially tried within a reasonable time.

L'appel qui a suivi a occupé les treize mois suivants. Il a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Certes, un tel délai n'intervient pas dans tous les cas, mais il n'est pas rare qu'une personne déclarée coupable de meurtre se prévale du droit d'appel conféré par le *Code criminel*. Le droit d'en appeler d'une déclaration de culpabilité est l'une des mesures de protection que comporte le système de justice criminelle, destiné à assurer qu'une personne ne soit déclarée coupable d'une infraction, que si la poursuite n'en apporte la preuve hors de tout doute raisonnable en totale conformité avec la loi. L'efficacité de cette mesure de protection est à son maximum lorsque la Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire pour ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement au dossier. En pareil cas, il est certain qu'aucune autre procédure ne pourra être engagée par la suite relativement à la même accusation. Mais l'appel présente également la possibilité d'un nouveau procès. Cette possibilité tient compte de l'intérêt de la société à ce que les personnes accusées d'un crime soient poursuivies. Si une erreur de droit commise au procès devait entraîner une immunité totale, les tribunaux pourraient hésiter à exercer leur pouvoir de révision. En ce sens, la possibilité d'ordonner la tenue d'un nouveau procès [TRADUCTION] «crée une plus grande probabilité que les cours d'appel veilleront à annuler les déclarations de culpabilité entachées d'une erreur donnant lieu à révision» (*United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 121). Ce sont là quelques-unes des considérations qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'évaluer le délai qu'occasionne un appel, présumant, comme je le fais aux fins de l'espèce, que l'al. 11*b*) de la *Charte* s'applique même dans le cas où l'inculpé a été jugé une première fois dans un délai raisonnable.

The Court of Appeal recorded the appellant's acquiescence in the reasonableness of the delays involved in the disposition of his appeal (at p. 391):

> It should be noted that the respondent conceded that the appeal proceeded expeditiously and that there was no undue delay occasioned by either party in those appeal proceedings.

La Cour d'appel a pris note de l'acceptation par l'appelant du caractère raisonnable des délais entraînés par son appel (à la p. 391):

> [TRADUCTION] Il faut noter que l'intimé a reconnu que l'appel s'est déroulé de façon expéditive et que ni l'une ni l'autre partie n'a retardé indûment les procédures d'appel.

Likewise, no serious objection could be taken to the interval of less than one month occupied by the second trial.

It is finally necessary to consider the prejudice suffered by the appellant. The appellant was imprisoned some thirteen months while the appeal was pending and he was granted interim judicial release subject to bail conditions before and after the successful appeal.

I consider it necessary to make two brief remarks in connection with the assessment of prejudice in the present case. First, the trial judge emphasized the deterioration of the situation of the appellant's family. He noted that the family has "expended in excess of $130 000 in legal fees" and that the "family home has had to be sold". As well, he described in detail the detrimental effect that the events since August 1982 have had on the psychological and physical health of all members of the family. Smith J. also considered the effect the events had on the victim's family and concluded as follows:

> The accused and his family are devastated as any close-knit family would be. I do not, in saying this, make light of the devastation visited upon the family of the victim, Mr. Warren Leach, as a result of his untimely demise in this fashion . . . .

In this connection, appellant made a number of submissions and adduced evidence "as to the impact of the proceedings on individual members of the Appellant's family".

While the problems experienced by the appellant's family may have affected him to some extent, the plight of the Conway family *per se* is of no help in determining the matter at hand. Nor for that matter is the situation of the victim's family. Understandably, these tragic events have caused much grief and sorrow to be felt by a number of friends, family relations and other persons. However, it would most certainly strain the integrity of the judicial process if, as part of a determination under s. 11(*b*) of the *Charter*, courts were to engage in a balancing of the financial and emotional loss incurred by the respective families of the person charged and the victim. The right to a

De même, aucune objection sérieuse ne pouvait être soulevée à l'égard de la période de moins d'un mois qu'a occupé le deuxième procès.

Finalement, il y a lieu de considérer le préjudice qu'a subi l'appelant. Il est demeuré environ treize mois en prison en attendant que l'appel soit entendu. Avant et après l'appel, qui a été accueilli, il a obtenu une mise en liberté provisoire sur cautionnement assortie de certaines conditions.

Deux brèves observations s'imposent relativement à l'appréciation du préjudice subi en l'espèce. En premier lieu, le juge du procès a souligné la détérioration de la situation familiale de l'appelant, signalant que sa famille a [TRADUCTION] «dépensé plus de 130 000 $ en frais de justice» et que la «maison familiale a dû être vendue». De plus, il s'est livré à une description détaillée de l'effet néfaste que les événements survenus depuis août 1982 ont eu sur la santé psychique et physique de tous les membres de la famille de l'appelant. Le juge Smith a en outre examiné l'effet de ces événements sur la famille de la victime pour conclure:

> [TRADUCTION] Les effets ont été dévastateurs pour l'accusé et sa famille, comme ils l'auraient été dans le cas de tout autre famille unie. En disant cela, je ne minimise pas la souffrance infligée à la famille de la victime, M. Warren Leach, du fait qu'il est mort ainsi prématurément . . .

Sur ce point, l'appelant a soumis plusieurs arguments et a mis en preuve [TRADUCTION] «l'impact produit par les procédures sur les membres individuels de la famille de l'appelant.»

Bien que les problèmes vécus par sa famille aient pu affecter l'appelant, l'infortune de la famille Conway n'est en soi d'aucun secours dans la résolution de la question en litige. Il en va de même d'ailleurs de la situation de la famille de la victime. Les événements tragiques de cette affaire ont sûrement été la cause de beaucoup de chagrin et de douleur pour nombre d'amis, de membres de la famille et d'autres personnes, et cela se comprend. Toutefois, l'intégrité du processus judiciaire serait certainement compromise si, dans le cadre d'une décision fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, les tribunaux se mettaient à soupeser le préjudice financier et émotif qu'ont subi respectivement les

trial within a reasonable time seeks to prevent the overlong subjection of the person charged to the pressures inherent to a pending criminal accusation. The prejudice suffered by that person alone is relevant to the inquiry.

Second, assuming for the present purposes only that such prejudice is relevant in a claim made under s. 11(*b*) of the *Charter*, there is in my view no evidence suggesting that it is no longer possible for the appellant to benefit from a fair trial before his peers. The unanimous Court of Appeal wrote (at p. 394): "There is not, in our opinion, any special prejudice to the accused (in the sense of preventing a fair trial)". There is no evidence that a witness for the defense is no longer available or can no longer testify, nor can there be any suggestion that no impartial jury can be found, should that be the route chosen for the third trial. Though by reason of the time elapsed the witnesses' recollection may be weaker, I see no reason to presume, as my colleague Sopinka J., that "the witnesses will have little independent recollection of the events" (p. 1716). The presence of transcripts from the first two trials would in my view contribute to ensuring the fairness of the trial in that all the evidence which is helpful to the defense has been preserved.

On the whole I do not find it possible on the facts before us to hold that the delays incurred in the course of the proceedings against the appellant are unreasonable within the meaning of s. 11(*b*) of the *Charter*. I am satisfied that the total five-year period is sufficiently explained by the delays inherent in a trial on a charge of murder, appeal and retrial of that charge, as well as by delays which were brought about by the appellant in his time-consuming attempts at securing particular counsel as outlined above. Balancing the delays which occurred in the present case, the prejudice to the appellant flowing from the passage of time, especially such passage of time which is not attributable to him, the nature and reasons for the delays, and the nature of the charge and other circumstances of the case, I cannot conclude that the

familles de l'inculpé et de la victime. Le droit à un procès dans un délai raisonnable vise à éviter que l'inculpé soit indûment soumis aux contraintes qu'engendre une accusation criminelle. Seul le préjudice subi par l'inculpé est pertinent dans ce contexte.

En deuxième lieu, présumant pour les fins du présent débat que ce préjudice soit pertinent dans le cadre de la revendication du droit énoncé à l'al. 11*b*) de la *Charte*, aucune preuve n'indique, selon moi, que l'appelant ne peut plus obtenir un procès équitable devant ses pairs. La Cour d'appel a été unanime à affirmer (à la p. 394): [TRADUCTION] «À notre avis, l'accusé n'a pas subi de préjudice particulier (en ce sens qu'un procès équitable serait devenu impossible)». Rien dans la preuve n'établit qu'un témoin de la défense n'est plus disponible ou ne peut plus témoigner, ni qu'il serait impossible de trouver un jury impartial si tel était la voie choisie pour le troisième procès. Quoique le passage du temps ait pu estomper les souvenirs des témoins, je ne vois aucune raison de supposer, ainsi que le fait mon collègue le juge Sopinka, que «Les témoins auront [...] peu de souvenirs personnels des événements» (p. 1716). La transcription des deux premiers procès est de nature à contribuer, selon moi, à assurer l'équité du procès, car tous les éléments de preuve qui pourraient être utiles à la défense ont été conservés.

Sur le tout, compte tenu des faits devant nous, il ne m'est pas possible de conclure que les délais intervenus au cours des procédures engagées contre l'appelant sont déraisonnables au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte*. J'estime que les délais inhérents à un procès pour meurtre, à l'appel et au nouveau procès sur cette accusation, ainsi que les délais dus aux nombreuses tentatives de l'appelant, échelonnés dans le temps, pour retenir les services d'un avocat de son choix, comme je l'ai souligné, fournissent une explication suffisante quant à la période globale de cinq ans qui s'est écoulée depuis le début des procédures. Ayant soupesé les délais intervenus en l'espèce, le préjudice occasionné à l'appelant par le passage du temps, particulièrement celui qui ne lui est pas imputable, la nature et les motifs des délais, la nature de l'accusation

overall lapse of time brings the appellant within the scope of s. 11(*b*).

Commenting on the appellant's course of conduct in the exercise of his right to counsel, the Court of Appeal said (at pp. 392-93):

It seems to be clear that the respondent did not, at any time between the 1st of May, 1986 and the 21st of April, 1987, assert a desire to have his trial brought on in a prompt and speedy manner. It is perfectly reasonable and understandable that he should be anxious to retain able and experienced counsel. However, it is scarcely reasonable to hold the system at fault for the delays occasioned by the respondent's efforts to retain counsel and to provide such counsel with the time required to prepare for and fit the trial into his or her schedule. Those delays should not be attributable to the Crown or be deemed to be "systemic" delays. Particularly this is so as the respondent was at all relevant times represented by counsel who did not at any time object to the various adjournments and in fact actively sought them.

It would be, in my view, ironic indeed that the prosecution should be reproached for its sustained insistence in bringing an accused to trial "within a reasonable time", while an accused who chooses to trade delays for a tactical advantage should, for that reason, succeed in invoking his s. 11(*b*) *Charter* right. At the end of the day in this particular case, a greater priority was attached by the appellant to the retaining of specific counsel and to re-electing to be tried without a jury than to a speedier adjudication. Such conduct stops the 11(*b*) clock from ticking in favour of the person charged.

To conclude otherwise would open the door not only to abuses but to unfortunate results as well, such as the possibility of systematic refusals by trial judges to grant adjournments, thereby possibly resulting in the denial of legitimate requests by an accused. Such inflexible policies could not be in the best interest of the administration of justice, just as such results could not be within the intent and purpose of the right of an accused to be tried within a reasonable time.

ainsi que les autres circonstances de l'espèce, je ne puis conclure que le délai, pris dans son ensemble, suffit pour amener l'appelant dans le champ d'application de l'al. 11*b*).

Commentant la conduite de l'appelant dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat, la Cour d'appel dit (aux pp. 392 et 393):

[TRADUCTION] Il semble évident qu'en aucun moment entre le 1er mai 1986 et le 21 avril 1987 l'intimé n'a manifesté le désir d'être jugé promptement et expéditivement. Il est parfaitement raisonnable et compréhensible qu'il souhaite retenir les services d'un avocat compétent et expérimenté. Il n'est cependant guère raisonnable d'imputer au système les délais résultant des tentatives de l'intimé d'engager un avocat et de donner à cet avocat le temps qu'il lui fallait pour se préparer et pour se libérer en vue du procès. Ces délais ne devraient pas être attribués au ministère public ni considérés comme «systémiques», d'autant plus que l'intimé, aux époques en question, était représenté par un avocat qui ne s'est jamais opposé aux différents ajournements et qui, en fait, s'est appliqué à les obtenir.

Il serait vraiment ironique, me semble-t-il, que l'on reproche à la poursuite sa persistance à vouloir faire juger un accusé «dans un délai raisonnable» alors qu'un accusé qui choisit d'encourir des délais contre un avantage sur le plan de la tactique pourrait, pour cette raison, invoquer avec succès le bénéfice d'un droit garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*. En dernière analyse, l'appelant en l'espèce a cru plus important de retenir les services d'un avocat de son choix ainsi que de faire un nouveau choix afin de pouvoir subir son procès sans jury que de se faire juger dans de plus brefs délais. Une telle conduite empêche le temps écoulé de jouer en faveur de l'inculpé qui veut se prévaloir de l'al. 11*b*).

Toute autre conclusion ouvrirait la porte non seulement à des abus mais aurait des conséquences déplorables, telles la possibilité que les juges du procès refusent systématiquement d'accorder des ajournements, déniant, ce faisant, des demandes légitimes d'ajournement présentées par un accusé. Une politique aussi inflexible ne peut servir les intérêts de l'administration de la justice, tout comme un tel résultat ne peut être visé par le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Disposition of the Appeal

In agreement with a unanimous Court of Appeal, I would accordingly dismiss the appeal. This however does not end the matter since the appellant submits that, should his appeal be unsuccessful, this Court should enter a verdict of manslaughter and remand the matter for sentencing. Assuming without deciding that this Court has the discretion to make such an order, I would nevertheless deny it. To grant this alternative relief would amount to allowing the appellant to circumvent the requirement of prosecutorial consent prescribed by s. 534(4) of the *Code*. As the Crown has not changed its position with respect to the plea of guilty of manslaughter, it would still be considered a nullity and could not be entered in the record if the appellant offered it at trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—The facts of this case are fully set out in the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and I will not repeat them here.

This appeal raises the same issue as that in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, that is, whether or not the accused's rights under s. 11(*b*) have been violated.

In my reasons for judgment in *Mills*, I gave my views as to what is the nature of the right protected by that section as well as to what should be the proper test to be followed when the court of competent jurisdiction is faced with an alleged violation of the right to a trial within a reasonable delay.

Section 11(*b*) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize once again that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension albeit society surely has an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases. The section is concerned with ensuring respect for the interests of the individual and the societal interest finds no

Dispositif

En conséquence, d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cela ne clôt cependant pas l'affaire puisque l'appelant prétend qu'au cas où il serait débouté de son pourvoi, notre Cour devrait inscrire un verdict d'homicide involontaire coupable et renvoyer l'affaire pour la détermination de la peine. Tenant pour acquis, sans pour autant en décider que notre Cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, je refuserais néanmoins de le faire. Accorder cette conclusion subsidiaire reviendrait à autoriser l'appelant à contourner l'exigence du consentement du poursuivant, prescrite au par. 534(4) du *Code*. Comme le ministère public n'a pas changé sa position à l'égard du plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable, ce plaidoyer serait toujours considéré comme nul et ne pourrait pas être inscrit au dossier si l'appelant l'offrait lors du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Tous les faits de la présente affaire sont exposés dans les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je ne les répéterai pas ici.

La question soulevée par ce pourvoi est identique à celle qui se posait dans les affaires *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588: y a-t-il eu violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*)?

Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Mills*, j'ai donné mon opinion sur la nature du droit protégé par cette disposition ainsi que sur le critère à appliquer par le tribunal compétent dans un cas où l'on prétend avoir subi une atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

L'alinéa 11*b*) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugés dans un délai raisonnable. Je souligne encore une fois que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective, quoique la société ait certainement intérêt à ce que les infractions criminelles soient poursuivies promptement et efficacement. Cet alinéa vise à assurer le respect des intérêts de l'individu et ne fait aucune mention de l'intérêt

expression in s. 11(*b*) though, evidently, incidental satisfaction (see *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1311, judgment delivered on May 4, 1989). In my view, the fundamental purpose of s. 11(*b*) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person of which no one may be deprived except in accordance with the principles of fundamental justice. The purpose of s. 11(*b*) can, in other words, be ascertained by reference to s. 7 of the *Charter*. Section 11(*b*) is designed to protect, in a specific manner and setting, the rights set forth in s. 7, though, of course, the scope of s. 7 extends beyond those manifestations of the rights to liberty and security of the person which are found in s. 11. Hence, the focus for the analysis and proper understanding of s. 11(*b*) must be the individual, his or her interests and the limitation or infringement of those interests.

Historically, the concept of trial within a reasonable time has been closely associated with the remedy of *habeas corpus* and bail and has thus focused on the liberty interest of the accused, specifically on preventing unduly lengthy detention prior to trial. However, under s. 11(*b*), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity but rather encompasses protection against overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal prosecution, including stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors. Although, to some extent, these negative consequences are unavoidable, one of the purposes of s. 11(*b*) is to limit the impact of such forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur.

It can be inferred from that premise that the role of the courts will be to consider whether the delay is reasonable or not. Unfortunately, reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Yet, there is an advantage to be found when dealing with time as reasonableness can be deter-

collectif quoique, évidemment, il y satisfasse incidemment (voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1311, jugement rendu le 4 mai 1989). À mon avis, l'objet fondamental de l'al. 11*b*) est d'assurer, dans une structure précise, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne dont nul ne peut être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le but de l'al. 11*b*) peut, en d'autres termes, être découvert en se référant à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 11*b*) est conçu pour protéger, d'une manière et dans un cadre précis, les droits énoncés à l'art. 7, quoique la portée de cet article soit plus large que ces manifestations des droits à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on trouve à l'art. 11. Ainsi l'analyse et la bonne compréhension de l'al. 11*b*) doivent avoir comme point focal l'individu, ses intérêts et leur limitation ou les atteintes dont ils font l'objet.

Historiquement, la notion de procès dans un délai raisonnable a été étroitement associée à l'*habeas corpus* et au cautionnement et a donc été centrée sur l'intérêt de l'accusé à jouir de sa liberté et, plus précisément, sur la prévention d'une détention prolongée indûment avant le procès. En vertu de l'al. 11*b*), toutefois, la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique, mais englobe aussi l'idée de protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante, y compris la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée ainsi que la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs. Si ces conséquences pénibles sont dans une certaine mesure inévitables, l'un des objets de l'al. 11*b*) est de limiter l'effet de ces différentes formes de préjudice envers l'accusé, en circonscrivant le laps de temps au cours duquel elles peuvent se produire.

De là on peut conclure que la tâche des tribunaux consistera à examiner s'il s'agit ou non d'un délai raisonnable. Malheureusement, la notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. Il y a toutefois un avantage dans le cas du délai, puisque le caractère raisonnable est déterminable

mined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, such as arraignment, the preliminary inquiry, the trial and the time elapsed between.

In *Mills* and *Rahey*, I sketched out what I think should be the test for determining whether the delay was reasonable or not. If it is obvious that the liberty of the accused is limited from the day he is charged, as regards the security of the person, we are dealing largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost. The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right. Since the actual impairment need not be proven by the accused to render the section operative, an objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. In that respect, whether the accused's ability to mount a full and fair defence is or is not impaired is not relevant to a determination of whether there has elapsed an unreasonable period of time, as that goes to the fairness of the trial and is more properly related to the right to a fair trial than to the right to be tried within a reasonable time. Indeed, too speedy a trial might sometimes violate an accused's right to a fair trial, such as when little or no time to prepare is given. In my view, our test of reasonableness involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors that may justify the delay, or continued impairment of the accused's interests: (1) waiver of time periods; (2) time requirements inherent in the nature of the case, and (3) limitations to institutional resources. Consequently, we are not concerned with the conduct of the parties; if there is an explanation for this delay then there should not be a violation of s. 11(*b*) giving rise to the minimal appropriate remedy, a stay of proceedings.

grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l'interpellation, l'enquête préliminaire, le procès et l'intervalle de temps les séparant.

Dans les affaires *Mills* et *Rahey*, j'ai esquissé ce que je crois devrait être le critère à appliquer pour déterminer si un délai est raisonnable ou non. Il est évident que la liberté de l'accusé est restreinte dès le jour de son inculpation mais, pour ce qui est de la sécurité de la personne, nous avons largement affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu'au prix de difficultés et de frais considérables. La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit. Puisqu'il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il y a eu effectivement préjudice pour que l'article soit applicable, une norme objective s'avère être le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de l'article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. Dans cette optique, la question de savoir si la capacité de l'accusé de présenter une défense complète et équitable a été compromise n'a aucune pertinence lorsqu'il s'agit de décider si le temps écoulé est déraisonnable, car cela relève de l'équité du procès et se rapporte davantage au droit à un procès équitable qu'au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. De fait, un procès hâtif pourrait dans certaines situations constituer une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, ce qui est notamment le cas quand on lui alloue peu ou point de temps pour se préparer. À mon avis, notre critère du caractère raisonnable implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé à partir du moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs pouvant justifier le retard: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Par conséquent, la conduite des parties ne revêt pour nous aucun intérêt; si le délai peut s'expliquer, il ne devrait pas y avoir de violation de l'al. 11*b*) donnant lieu à l'arrêt des procédures, ce qui est la réparation minimale qu'il convient d'accorder en pareil cas.

In *Mills*, I also elaborated on a secondary but still fundamental issue arising out of a potential violation of s. 11(*b*), whether or not the time which has elapsed prior to the coming into force of the *Charter* may properly be taken into consideration in assessing the reasonableness of delay, and if so, whether such delay should receive the same weight as delay subsequent to the coming into force of the *Charter*. As that case was the first one to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(*b*), the full scope of the section and the nature of the obligation it has imposed upon the government and the courts had remained uncertain for the period prior to the rendering of that judgment.

I was of the view that, given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, namely a stay of proceedings, a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(*b*).

However, this is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of that judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give meaning or the same probative value to behaviour which occurred or court records which were held prior to that judgment against a standard the parameters of which were unknown to all. Consequently, facts relevant to two of the criteria of reasonableness which have been elaborated in that judgment, waiver of delay and limitations to institutional resources, must be evaluated during the transitional period keeping in mind court practices on the part of counsel and of court officials. Indeed, as regards waiver, while I said (at p. 929):

> Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed.

De plus, dans l'affaire *Mills*, j'ai traité d'une question connexe, mais néanmoins fondamentale, découlant de la possibilité d'une violation de l'al. 11*b*): celle de savoir si on peut à bon droit tenir compte ou non du délai couru avant l'entrée en vigueur de la *Charte* dans l'évaluation du caractère raisonnable du délai et, dans l'affirmative, s'il faut accorder autant de poids à ce délai qu'à celui qui est postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*. Comme l'affaire *Mills* était la première qui avait offert à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11*b*), la portée de cet alinéa et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux demeuraient incertaines avant le jugement rendu dans cette affaire-là.

Pour ma part, j'estimais que, vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. l'arrêt des procédures, une période transitoire était utile et même s'imposait pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11*b*).

Cela ne veut toutefois pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure à ce jugement-là, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié d'accorder le même sens ou la même valeur probante à des comportements ou à des dossiers de cour datant d'avant ce jugement-là et de le faire en fonction d'une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. Par conséquent, les faits pertinents relativement à deux des critères du caractère raisonnable élaborés dans ce jugement-là, soit la renonciation à invoquer le délai et les limitations des ressources institutionnelles, doivent être évalués, pendant la période de transition, eu égard aux pratiques suivies par les avocats et par les fonctionnaires de la cour dans le cadre d'un procès. En fait, j'ai dit au sujet de la renonciation (à la p. 929):

> Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans les cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée.

I also added that:

> It should also be noted that the issue of waiver, or consent to delay, will necessitate modifications to current court practices. Provisions will have to be made for properly recording the reasons for adjournments, waiver, or consent to delay by the accused, noting the period of delay to which consent is given and ensuring that such consent is informed.

I also went on to say that silence by the accused or defence counsel in the face of requests for delay by the Crown, does not necessarily, during the transitional period, carry the same consequences as after this period. Where there is not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. To do otherwise would be to retrospectively attach meaning to behaviour and court records, when those were not intended at the time. This is not to say that the law pertaining to the question of waiver was uncertain prior to that case. Nevertheless, statements in our courts, at the time of remands or postponements, were not made and records thereof were not kept with s. 24 applications based on s. 11(*b*) alleged violations in mind. For similar reasons, while delay which is due to limited institutional resources is still a factor to be considered and weighed, it will be open to the courts, during the transitional period, to excuse any passage of time as long as it is the result of actual institutional limitations. I finally added that under no circumstances are such transitional measures to apply to persons who are charged subsequently to the rendering of that judgment.

However, the majority did not rule on the issue relating to the waiver of delay in circumstances such as those of this case until this Court's judgment in *Rahey*. Applying the above principles to this case, I am of the view that the transitional period cannot be said to have ended before May 14, 1987, that is when *Rahey* was handed down. From the day he was charged until May 14, 1987, the delays cannot be given the same consequences

Mais j'ai ajouté:

> Il faut aussi noter que la question de la renonciation, ou de l'acceptation du délai, va exiger des changements dans les pratiques judiciaires actuelles. Des dispositions devront être adoptées pour la consignation appropriée des motifs d'ajournement, des renonciations ou des acceptations du délai par le prévenu, avec une énonciation de la période de délai qui est acceptée et l'assurance que cette acceptation est éclairée.

J'ai poursuivi en signalant qu'au cours de la période de transition, le silence de l'inculpé ou de l'avocat de la défense devant les demandes de délai de la poursuite n'entraîne pas nécessairement les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien n'indique au dossier que l'inculpé ou l'avocat de la défense s'y sont opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Conclure autrement attribuerait rétroactivement un sens à un comportement et à des dossiers de cour alors que tel n'était pas le but à ce moment-là. Je n'entends pas par là que le droit en matière de renonciation était incertain avant cet arrêt-là. Néanmoins, les déclarations faites et enregistrées devant nos tribunaux au moment d'ajournements ou de reports ne l'ont pas été dans l'optique de demandes en vertu de l'art. 24 qui seraient fondées sur des allégations de violation de l'al. 11*b*). Pour des raisons semblables, bien que le délai imputable aux ressources institutionnelles limitées soit encore un facteur dont il faut tenir compte, il appartiendra aux tribunaux, au cours de la période de transition, d'excuser tout laps de temps du moment qu'il découle de limitations institutionnelles réelles. Finalement, j'ai dit que ces mesures transitoires ne devront en aucune façon s'appliquer aux personnes qui seront inculpées après le prononcé de cet arrêt-là.

Ce n'est toutefois que dans l'affaire *Rahey* que cette Cour à la majorité a statué sur la question de la renonciation à invoquer le délai dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce. Appliquant à la présente instance les principes énoncés ci-dessus, je suis d'avis que la période de transition ne peut être considérée comme ayant pris fin avant le 14 mai 1987, soit la date à laquelle a été rendu l'arrêt *Rahey*. À partir du jour où l'appelant a été inculpé jusqu'au 14 mai 1987, on ne saurait attribuer aux délais les mêmes consé-

as after this period, from May 14 to October 26, 1987.

Before turning to the instant case, I only want to say once again that there is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred and that this Court should refrain from legislating one. In reality, however, when judges assess the situation in individual cases, they will be measuring the delays against some norm each judge considers to be *prima facie* the tolerable limit for the ordinary, average case. I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is not a condition precedent to the inquiry into reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to explain additional delay. Such a period, of course, is no more than a reference point. It may well be that a balancing of the criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. It is the application under s. 24(1) which triggers the inquiry, not the passage of a certain period of time. The amount of time elapsed determines who of the Crown or accused the judge will call upon to explain the case being unusual.

With this in mind, we can now apply the criteria to the facts in this case. The appellant was charged on August 29, 1982, and it is only on October 26, 1987, that the third trial resumed. In between, many events have slowed down the proceedings and the delay that occurred, if unexplained, is surely *prima facie* unreasonable. This is conceded by the Crown. A careful review of the proceedings throughout confirms that most of it is easily explained by the fact that the appellant did not object to any of the additional delays and did in fact ask for many of them. As I mentioned earlier, silence by the accused or defence counsel in the face of remands and postponements, cannot, during the transitional period, be given the same consequences as after this period. Where there is

quences qu'après cette période, c'est-à-dire du 14 mai au 26 octobre 1987.

Avant d'en venir à la présente espèce, je veux simplement répéter qu'il n'existe pas de moment magique passé lequel une violation sera réputée s'être produite et que cette Cour devrait s'abstenir d'en fixer un. En réalité toutefois, les juges, en examinant chaque situation, évalueront les délais selon une norme qu'ils estiment constituer à première vue la limite de ce qui est tolérable dans un cas ordinaire ou moyen. Je m'empresse d'ajouter qu'une conclusion que le délai en question est à première vue excessif n'est pas une condition préalable à l'examen du caractère raisonnable du délai, c.-à-d. l'évaluation et l'équilibration des critères énoncés plus haut. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Cette période n'est évidemment qu'un simple point de référence. Il se peut qu'une équilibration des critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, encore une fois, une évaluation et une appréciation des critères. C'est la demande fondée sur le par. 24(1) qui déclenche l'examen, et non le passage d'un certain laps de temps. Le laps de temps détermine à qui, de la poursuite ou de l'accusé, le juge demandera de justifier en quoi l'affaire est inhabituelle.

Gardant cela présent à l'esprit, nous pouvons maintenant appliquer les critères aux faits de la présente instance. L'appelant a été inculpé le 29 août 1982 et c'est seulement le 26 octobre 1987 que le troisième procès a repris. Entre-temps, les procédures ont été ralenties par plusieurs événements et le délai intervenu, s'il reste inexpliqué, est assurément déraisonnable à première vue. Le ministère public le reconnaît d'ailleurs. Un examen attentif de l'ensemble des procédures nous confirme que la majeure partie de ce délai s'explique facilement par le fait que l'appelant ne s'est opposé à aucun des ajournements et qu'un grand nombre de ceux-ci ont été en réalité demandés par lui. Comme je l'ai déjà mentionné, on ne saurait, au cours de la période de transition, attribuer au

not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. There is therefore waiver as regards those periods of time extending to May 14, 1987, which all happened prior to the rendering of *Rahey*. As regards delays requested by the accused, I do not think that one could dispute that the accused, either when represented or not, waived them clearly and unequivocally with full knowledge of the rights and that the courts carried out their duty to ensure to their satisfaction that the waiver of time by the accused was clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver would have on the right. Concerning the period extending from May 14, 1987 to October 26, 1987, I just want to recall that on April 21, 1987, the third trial began before Callon J. and on this occasion, the accused asked the trial judge to re-elect to be tried by a judge sitting without a jury. As the question whether the accused had a right to make such a re-election was to be argued in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Turpin* in May 1987, and as Callon J. did not want to risk making a decision that was inconsistent with the view of the Court of Appeal, the matter was adjourned until June 1, 1987 for assignment court, when trial for murder was set for October 26, 1987. The court fixed an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar, taking into account the charge, the number of witnesses, the complexity and the history of the case. It is my opinion that there is a justification to the delay.

The appellant has not, in my view, established a violation of his s. 11(*b*) right. I should add that, had the events taken place after our decision in *Rahey*, I would not consider the very long period of time elapsed from the end of the second trial until the scheduled start of the third trial, almost eighteen months, as having been acquiesced to as a result of lack of objection, and would agree with

silence de l'accusé ou de l'avocat de la défense devant des ajournements et des reports, les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien au dossier n'indique que l'accusé ou l'avocat de la défense s'y soient opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Il y a donc eu renonciation à l'égard des périodes allant jusqu'au 14 mai 1987, c'est-à-dire celles antérieures à l'arrêt *Rahey*. Pour ce qui est des ajournements demandés par l'accusé, je tiens pour incontestable que l'accusé, qu'il fût ou non représenté par un avocat, a, d'une manière claire et non équivoque et en pleine connaissance de ses droits, renoncé à les invoquer et que les tribunaux se sont acquittés de leur devoir de s'assurer que cette renonciation par l'accusé à invoquer le temps écoulé a été claire, non équivoque et éclairée en ce qui concerne le droit en question et l'effet d'une renonciation sur ce droit. Pour ce qui est de la période du 14 mai 1987 au 26 octobre 1987, je me contente de rappeler que le troisième procès a débuté devant le juge Callon le 21 avril 1987 et qu'à cette occasion l'accusé a demandé au juge d'être autorisé à faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge siégeant sans jury. Puisque la question du droit de l'accusé à un tel choix devait être débattue devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Turpin* en mai 1987 et comme le juge Callon ne voulait pas courir le risque de rendre une décision incompatible avec l'opinion de la Cour d'appel, l'affaire a été ajournée au 1er juin 1987, date prévue pour la tenue d'une audience de fixation du rôle, et le procès pour meurtre a alors été fixé au 26 octobre 1987. La cour a accordé en toute objectivité un temps réaliste pour la préparation d'une cause du genre dont il s'agit en l'espèce, tenant compte à cette fin de la nature de l'accusation, du nombre de témoins, de la complexité de l'affaire et de son déroulement. J'estime que le délai en question est justifié.

À mon avis, l'appelant n'a pas établi une violation du droit garanti par l'al. 11*b*). Je devrais ajouter que, si les événements en question étaient survenus postérieurement à l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Rahey*, je n'aurais pas considéré le très long laps de temps entre la fin du deuxième procès et la date prévue pour le début du troisième, soit environ dix-huit mois, comme ayant

my brother Sopinka in finding a violation of s. 11(*b*) of the *Charter*. However, applying the transitional period approach, I am of the opinion that the appellant's silence during most of that period should be construed as acquiescence in the delay as there is no indication in the record of an objection by the accused or defense counsel. Consequently, I would dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal is from the Ontario Court of Appeal (1988), 26 O.A.C. 389, which allowed the appeal from the decision of Smith J. of the High Court of Ontario. Pursuant to s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Smith J. ordered a stay of proceedings by reason of the unreasonable delay in resolving a criminal charge of murder against the appellant.

In October of 1987, more than five years after the appellant was charged with murder, a third trial was scheduled to commence. At that time the appellant brought a motion for a stay of proceedings based on an alleged violation of s. 11(*b*) of the *Charter* and abuse of process. The facts and procedural background are obviously central to the determination of this appeal and must therefore be considered in some detail.

Facts

On August 29, 1982, during the course of a bonfire party, a fight occurred between the appellant Conway and one Warren Leach. The appellant was then 21 years of age. There had been a history of animosity between the appellant and Leach. Leach was stabbed sixteen times and died as a result of these injuries. Later that same day, the appellant was arrested on a charge of first degree murder in connection with Leach's death.

The appellant was detained in custody until September 13, 1982, at which time he was granted judicial interim release. The preliminary hearing was held in part on January 12 and 13, 1983, and was continued and concluded four months later on

été accepté du fait de l'absence d'opposition et j'aurais conclu à une violation de l'al. 11*b*) de la *Charte*, ainsi que le fait mon collègue le juge Sopinka. Appliquant toutefois la méthode qui tient compte de la période de transition, je suis d'avis que le silence de l'appelant au cours de la majeure partie de cette période doit s'interpréter comme une acceptation du délai, puisque le dossier ne fait mention d'aucune opposition de la part de l'accusé ou de l'avocat de la défense. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 26 O.A.C. 389, qui a accueilli l'appel de la décision du juge Smith de la Haute Cour de l'Ontario. En application de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge Smith avait ordonné la suspension des procédures en raison du délai déraisonnable à juger l'accusation de meurtre portée contre l'appelant.

Le troisième procès devait débuter en octobre 1987, plus de cinq ans après l'inculpation de l'appelant pour meurtre. À cette date, l'appelant a présenté une motion en suspension des procédures, en invoquant la violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* et l'abus de procédure. Les faits et le déroulement des procédures sont au cœur de la décision à rendre sur le présent pourvoi et doivent donc être examinés en détail.

Les faits

Le 29 août 1982, au cours d'un fête autour d'un feu de joie, l'appelant et un nommé Warren Leach se sont battus. L'appelant avait alors 21 ans. Il y avait depuis longtemps de l'animosité entre l'appelant et Leach. Leach a été poignardé seize fois et est mort de ses blessures. Plus tard, le même jour, l'appelant a été arrêté et accusé du meurtre au premier degré de Leach.

L'appelant a été incarcéré jusqu'au 13 septembre 1982, puis remis en liberté provisoire en attendant son procès. L'enquête préliminaire s'est tenue en partie les 12 et 13 janvier 1983 et s'est poursuivie quatre mois plus tard, le 9 et le 19 mai 1983,

May 9 and 19, 1983 when the original two days scheduled in January proved insufficient to complete the inquiry. The appellant was committed to stand trial on the charge of first degree murder.

On June 24, 1983, the trial was adjourned on consent until December 5, 1983 to deal with the appellant's application to quash the committal for first degree murder. The application was dismissed, and on September 13, 1983 the trial date of December 6, 1983 was confirmed. Shortly thereafter, almost 16 months after the charge, on December 15, 1983, the jury returned a verdict of not guilty of first degree murder but guilty of the lesser included offence of second degree murder. The appellant was sentenced to life imprisonment without eligibility of parole for ten years. The appellant was represented at this trial by Mr. Leonard Shore.

The appellant launched an appeal of his conviction which was heard in December 1984. The appellant was represented by Mr. Brian Greenspan. On January 24, 1985, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal partly on the grounds that the trial judge incorrectly instructed the jury relating to provocation. A new trial was ordered. The appellant was in custody for over thirteen months between December 14, 1983 and February 1, 1985. On the later date he was released on bail.

The appellant appeared in Assignment Court on March 4, 1985 and, upon adjournment, again on June 25, 1985, at which time a date for the second trial was set for January 7, 1986. On November 15, 1985, counsel who had represented the appellant during his first trial, Mr. Shore, brought an application to be removed from the record. The appellant was in the process of retaining Mr. Greenspan to conduct the second trial. Mr. Shore's application was refused by Osborne J. due to a concern that new counsel would be unable to prepare by January 7, 1986.

However, Mr. Shore applied again on December 5, 1985, and this time his application to be

parce que les deux jours retenus en janvier ne suffisaient pas pour terminer l'enquête. L'appelant a été renvoyé à son procès sur l'accusation de meurtre au premier degré.

Le 24 juin 1983, le procès a été reporté au 5 décembre 1983, du consentement des parties, pour permettre l'audition de la demande de l'appelant d'annuler le renvoi à son procès sur l'accusation de meurtre au premier degré. La demande a été rejetée et, le 13 septembre 1983, la date du procès fixée au 6 décembre 1983 a été confirmée. Peu après, le 15 décembre 1983, soit presque 16 mois après le dépôt de l'accusation, le jury a rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, mais un verdict de culpabilité de l'infraction moindre et comprise de meurtre au deuxième degré. L'appelant a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans admissibilité à la libération conditionnelle avant dix ans. À ce procès, l'appelant était représenté par Me Leonard Shore.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité; cet appel a été entendu en décembre 1984 et l'appelant y était représenté par Me Brian Greenspan. Le 24 janvier 1985, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel en partie parce que le juge du procès avait commis une erreur dans les directives qu'il avait données au jury sur la provocation. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. L'appelant a été incarcéré pendant plus de treize mois, du 14 décembre 1983 au 1er février 1985, puis a été libéré sous cautionnement.

L'appelant a comparu lors d'une audience de fixation du rôle, le 4 mars 1985, puis après ajournement, une autre fois le 25 juin 1985; la date de son deuxième procès a alors été fixée au 7 janvier 1986. Le 15 novembre 1985, Me Shore, l'avocat qui avait représenté l'appelant à son premier procès a demandé l'autorisation de se retirer du dossier. L'appelant cherchait à obtenir les services de Me Greenspan pour le représenter au deuxième procès. Le juge Osborne a rejeté la demande de Me Shore parce qu'il craignait que le nouvel avocat ne puisse être prêt pour le 7 janvier 1986.

Cependant, le 5 décembre 1985, Me Shore a renouvelé sa demande et cette fois, le juge Osborne

removed from the record was granted by Osborne J. On December 10, 1985, Osborne J. further directed that the trial was to proceed on January 7, 1986. This left the appellant one month to obtain new counsel before the second trial. Conway did not succeed in obtaining new counsel and appeared unrepresented at the scheduled start of his second trial on January 7, 1986. The appellant gave Osborne J. at this time a list of 11 criminal lawyers including Mr. Greenspan who had stated they could not take the case due to the short time before the trial date. Although the Crown and the court expressed some concern at the delay, the matter was adjourned to April 21, 1986 in order to allow the appellant to retain new counsel.

The second trial began on April 21, 1986 with Mr. Greenspan acting as counsel for the appellant. On May 1, 1986, after two days of deliberations, the jury failed to reach a verdict and a mistrial was declared.

The matter again came up in Assignment Court on May 26, 1986. The appellant was unrepresented but a lawyer from Mr. Shore's office spoke on his behalf. Mr. Greenspan had indicated to the accused that it would not be possible for him to act as counsel again in proceedings held in Ottawa. There was an adjournment until June 16, 1986 in order to enable the appellant to attend with counsel to fix a date for the third trial. At that time, although Mr. Shore spoke on his behalf, the appellant still had not retained counsel. A trial date was nevertheless set for September 22, 1986. A change of venue application to move the proceedings to Toronto brought by Mr. Greenspan was dismissed on August 8, 1986.

After the second trial the appellant applied for assistance under the Ontario Legal Aid Plan. This application had been made prior to the appellant's appearance on June 16, 1986 to set a date for trial. However, Conway had not been granted Legal Aid by the time of the June 16 appearance. After being refused twice, the appellant was finally granted Legal Aid on certain financial conditions in July of 1986.

lui a accordé l'autorisation de se retirer du dossier. Le 10 décembre 1985, le juge Osborne a aussi statué que le procès débuterait le 7 janvier 1986. Il restait un mois à l'appelant pour se trouver un autre avocat pour le deuxième procès. Conway n'a pas trouvé de nouvel avocat et a comparu sans avocat à la date prévue pour le début du procès, le 7 janvier 1986. L'appelant a alors présenté au juge Osborne une liste de onze avocats criminalistes, dont Me Greenspan, qui avaient déclaré ne pouvoir accepter de représenter l'appelant en raison de la très grande proximité de la date du procès. Bien que la poursuite et le juge se soient dits inquiets des délais, l'affaire a été reportée au 21 avril 1986 pour permettre à l'appelant de trouver un autre avocat.

Le deuxième procès a commencé le 21 avril 1986; Me Greenspan représentait l'appelant. Le 1er mai 1986, après deux jours de délibérations, le jury n'a pu s'entendre sur un verdict et ce procès a avorté.

À une nouvelle audience de fixation du rôle tenue le 26 mai 1986, l'appelant n'était pas représenté, mais un avocat du cabinet de Me Shore agissait en son nom. Me Greenspan avait avisé l'accusé qu'il ne lui serait plus possible de le représenter dans des procédures qui se dérouleraient à Ottawa. La cause a été remise au 16 juin 1986 afin de permettre à l'appelant de se présenter avec un avocat à l'audience de fixation de la date de son troisième procès. À cette date, bien que Me Shore ait parlé au nom de l'appelant, celui-ci n'avait pas encore retenu les services d'un avocat. La date du procès a néanmoins été fixée au 22 septembre 1986. La demande de changement du lieu du procès présentée par Me Greenspan pour faire tenir le procès à Toronto a été rejetée le 8 août 1986.

Après le deuxième procès, l'appelant a présenté une demande au Régime d'aide juridique de l'Ontario. Il avait fait cette demande avant de comparaître à l'audience de fixation de la date du procès du 16 juin 1986. Lors de cette comparution, la demande présentée à l'aide juridique par Conway n'avait pas encore été acceptée. Après deux refus, l'appelant a finalement été admis à l'aide juridique en juillet 1986, sous certaines conditions financières.

On the date set for the third trial, September 22, 1986, the appellant sought an adjournment as he had not been successful in retaining new counsel. The request was granted over the objection of the Crown and the trial was set for November 10, 1986. On October 2, 1986, the accused brought an application to adjourn the trial date as Donald Bayne, the new counsel, was only able to represent the appellant if an adjournment were granted. The application was denied. A further application was brought on November 4, 1986 and it was also denied. From mid-September until the end of October 1986 at least seven criminal lawyers were approached to represent the appellant at his scheduled trial of November 10, 1986. Affidavits from these lawyers were filed indicating their inability to represent the appellant at this short notice.

On further application, O'Brien J. ordered that the trial not proceed until immediately after the disposition of another unrelated murder trial which was set to commence on November 17, 1986. On December 4, 1986, the appellant brought another application to adjourn before Watt J. This time, the request made by Mr. Bayne was granted and the date for the trial was set for April 21, 1987.

On April 21, 1987, the appellant appeared before Callon J. and indicated that he wished to re-elect to be tried by a judge sitting without a jury. The question whether the *Criminal Code* gave an accused this right was scheduled to be argued before the Ontario Court of Appeal in May of 1987 (subsequently reported as *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, appeal dismissed [1989] 1 S.C.R. 1296). The matter was adjourned by Callon J. until the June 1, 1987 Assignment Court. Callon J. felt it best to await the decision of the Court of Appeal. Subsequently, at the June 1, 1987 Assignment Court the date of October 26, 1987 was set for the third trial.

At the onset of the third trial, on October 26, 1987, the appellant appeared before Smith J. and entered a plea of not guilty on the charge of murder but guilty on the lesser included offence of manslaughter. The plea was not accepted by the Crown because the appellant would not agree to a

À la date fixée pour le troisième procès, le 22 septembre 1986, l'appelant a demandé un ajournement parce qu'il n'avait pas réussi a retenir les services d'un nouvel avocat. L'ajournement a été accordé malgré l'opposition de la poursuite et le procès a été fixé au 10 novembre 1986. Le 2 octobre 1986, l'accusé a présenté une demande de report de la date du procès parce que Me Donald Bayne, le nouvel avocat, ne pouvait agir pour l'appelant que s'il y avait remise du procès. Cette demande a été rejetée. Une nouvelle demande présentée le 4 novembre 1986 a aussi été rejetée. De la mi-septembre jusqu'à la fin d'octobre 1986, sept avocats au moins ont été contactés pour assurer la défense de l'accusé au procès fixé au 10 novembre 1986. Les affidavits de ces avocats ont été produits pour établir l'impossibilité pour eux de représenter l'appelant à aussi brève échéance.

À l'occasion d'une nouvelle demande, le juge O'Brien a ordonné de ne pas tenir le procès avant la conclusion d'un autre procès pour meurtre, sans lien avec l'espèce, qui devait débuter le 17 novembre 1986. Le 4 décembre 1986, l'appelant a présenté au juge Watt une autre demande d'ajournement. Cette fois, la demande de Me Bayne a été accueillie et le procès fixé au 21 avril 1987.

Le 21 avril 1987, l'appelant a comparu devant le juge Callon et a indiqué qu'il voulait changer son choix et être jugé par un juge sans jury. La question de savoir si le *Code criminel* accorde ce droit à un accusé devait être débattue devant la Cour d'appel de l'Ontario en mai 1987 (décision publiée *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, pourvoi rejeté, [1989] 1 R.C.S. 1296). Le juge Callon a ajourné l'affaire à l'audience de fixation du rôle du 1er juin 1987. Le juge Callon estimait préférable d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel. Le 1er juin 1987, à l'audience d'appel du rôle, la date du troisième procès a été fixée au 26 octobre 1987.

Au début du troisième procès, le 26 octobre 1987, l'appelant a comparu devant le juge Smith et a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité relativement à l'accusation de meurtre et un plaidoyer de culpabilité relativement à l'accusation comprise d'homicide involontaire coupable. La poursuite a

joint submission for a sentence of 15 years. The appellant consequently brought an application to stay on the basis that holding a third trial in the circumstances would constitute an abuse of process and, as well, on the basis that in view of the time elapsed since the beginning of these proceedings, there had been a violation of his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Charter*.

The appellant was incarcerated for a period of thirteen and a half months including the period immediately after his arrest and after the first trial prior to the Court of Appeal's decision. While on bail the appellant was subject to several restrictions including a provision that he not reside at his family home in Barrhaven. He was also required to report to the Manotick detachment of the Ontario Provincial Police on a weekly basis. As well, the length and number of proceedings over five years required that the appellant appear in court for two trials, one appeal and frequently for the purpose of obtaining trial dates and adjournments.

The appellant adduced evidence demonstrating that he suffered from stress, anxiety and stigmatization as a result of the delay. The uncertainty which he faced was exacerbated by the length of the delay. The delay resulted in the continued disruption of the appellant's family life and social life. His education was disrupted and his health suffered. The defence put forward by the appellant was self-defence and provocation. Determination of these issues will depend on *viva voce* evidence. The appellant alleges that his right to a fair trial has been prejudiced.

Judgments Below

High Court

On November 6, 1987, Smith J. endorsed an order staying the proceedings against the appellant. In oral reasons for judgment Smith J. held that the facts and circumstances surrounding the prosecution of the appellant did not justify a stay on the grounds of an abuse of process. Smith J.

refusé le plaidoyer de culpabilité parce que l'appelant n'a pas voulu acquiescer à une proposition commune de peine de 15 ans d'emprisonnement. L'appelant a ensuite présenté une demande de suspension des procédures pour le motif que la tenue d'un troisième procès dans ces circonstances constituerait un abus de procédure et pour celui qu'en raison du temps écoulé depuis le début des procédures son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte* avait été violé.

L'appelant a été incarcéré pendant treize mois et demi, si l'on ajoute la période d'incarcération qui a suivi son arrestation à celle qui va de la fin du premier procès jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel. Pendant qu'il était en liberté sous cautionnement, l'appelant était assujetti à un certain nombre de restrictions, notamment celle de ne pas résider chez ses parents, à Barrhaven. Il devait aussi se présenter toutes les semaines au poste de la police provinciale de l'Ontario à Manotick. De plus, la durée et le nombre des procédures au cours des cinq années ont exigé que l'appelant comparaisse au tribunal pour deux procès, pour un appel et à de nombreuses autres occasions pour la fixation des dates des procès ou leurs ajournements.

L'appelant a soumis des éléments de preuve pour établir qu'il souffrait de stress et d'angoisse et avait été marqué par tous ces retards. L'incertitude dans laquelle il vivait était encore aggravée par la durée des délais qui, en outre, bouleversaient constamment sa vie familiale et sociale. Ses études avaient été perturbées et sa santé en était affectée. La défense de l'appelant consiste à invoquer la légitime défense et la provocation. Le sort de ces moyens de défense dépend d'une preuve par témoins. L'appelant soutient que son droit à un procès équitable est compromis.

Les jugements d'instance inférieure

La Haute Cour

Le 6 novembre 1987, le juge Smith a contresigné une ordonnance d'arrêt des procédures engagées contre l'appelant. Dans ses motifs oraux, le juge Smith a déclaré que les faits et les circonstances de la poursuite de l'appelant ne justifiaient pas l'arrêt des procédures pour le motif d'abus de

held that a court's discretion to issue a stay based on an abuse of process must be sparingly used. Abuse of process requires oppressive or vexatious conduct on behalf of the prosecution or some misconduct which offends the principles of fundamental justice. Although Smith J. felt that he could consider whether the Crown's failure to accept a plea of manslaughter unless the accused agreed to a joint submission on sentencing comprised an abuse of process, he concluded that the Crown had acted in a fair and competent manner.

However, after examining the nature of the proceedings and the more than five-year delay between the charge and the scheduled date of the third trial, Smith J. held that the appellant's s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time had been infringed. Therefore, a stay on the charge of second degree murder was ordered on the basis that the length of time taken to resolve the matter was due largely to systemic delay. Smith J. rejected the assertions of the Crown that the appellant had in essence waived his right to assert unreasonable delay as a result of the adjournments made necessary due to the difficulty he experienced in retaining counsel. The five-year period was said to be due largely to systemic delay which was unnecessary.

Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal in a unanimous decision set aside the order staying the proceedings and directed a new trial to proceed. The Court of Appeal agreed with the court below that the conduct of the prosecution did not constitute an abuse of process. Neither the failure of the Crown to accept a plea of guilty to manslaughter nor the refusal to consent to a trial before a judge alone were held to constitute an abuse of process.

The Court of Appeal stated that even if the overall time between the charge and the stay raises

procédure. Le juge Smith a affirmé que la cour devait exercer avec retenue le pouvoir discrétionnaire qu'elle possède d'arrêter les procédures pour abus de procédure. L'abus de procédure exige que la poursuite se comporte de manière oppressive ou vexatoire ou qu'elle adopte une conduite blâmable qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale. Bien que le juge Smith ait estimé qu'il aurait pu voir un abus de procédure dans le refus de la poursuite d'accepter le plaidoyer de culpabilité sur l'accusation d'homicide involontaire coupable parce que l'accusé n'acquiesçait pas à la recommandation conjointe relative à la peine, il a conclu que le ministère public avait agi avec équité et compétence.

Cependant, après avoir examiné la nature des procédures et le délai de plus de cinq ans écoulé entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour le troisième procès, le juge Smith a conclu que le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable, garanti par l'al. 11*b*), avait été violé. Il a donc ordonné l'arrêt des procédures relatives à l'accusation de meurtre au deuxième degré parce que le temps pris pour résoudre l'affaire résultait largement de délais inhérents au système. Le juge Smith a rejeté l'affirmation de la poursuite selon laquelle l'appelant avait implicitement renoncé au droit d'invoquer le retard injustifié à cause des ajournements rendus nécessaires par ses difficultés à se trouver un avocat. Le délai de cinq ans a été attribué largement à des délais inhérents au système, mais inutiles.

La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario, à l'unanimité, a infirmé l'ordonnance d'arrêt des procédures et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a confirmé l'avis du tribunal de première instance que le comportement du ministère public ne constituait pas un abus de procédure. Ni le refus de la poursuite d'accepter le plaidoyer de culpabilité sur l'accusation d'homicide involontaire coupable, ni le refus de consentir à un procès devant un juge seul ne constituaient, aux yeux de la cour, un abus de procédure.

La Cour d'appel a affirmé que, même si le temps écoulé depuis le dépôt de l'accusation et la

a *prima facie* case of delay, there was no breach of the appellant's right to a trial within a reasonable time. The reasons for the delays were not attributable to the Crown, but were either neutral or made necessary to provide a fair trial to the accused. The Court of Appeal noted that the community has an interest in seeing that a criminal case is determined on its merits after a fair trial. In holding that there was no violation of s. 11(*b*) the Court held that so long as the delays are not unreasonable, those which are inevitable to the operation of the very system which seeks to provide a fair judicial determination of criminal charges by way of a trial should not in themselves be the basis of granting a stay of proceedings.

Abuse of Process

The appellant argues that requiring a third trial in the circumstances of this case would comprise an abuse of process. The appellant also contends that the Crown's insistence on tying their consent to a plea to manslaughter to a joint submission as to sentence represented an abuse of process. I agree with the conclusion reached in the courts below that the actions of the Crown in prosecuting this case fall short of conduct justifying a stay of proceedings on the basis of an abuse of process.

The Right to Be Tried Within a Reasonable Time

The appellant argues that requiring a third trial more than five years after the date of the charge violates his right to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(*b*) of the *Charter*. Section 11(*b*) provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*b*) to be tried within a reasonable time;

With respect, I cannot agree with the conclusions reached by the majority on this issue.

Application to Appellate Proceedings

This case raises squarely the issue whether the rights enshrined in s. 11(*b*) of the *Charter* apply to appellate proceedings. On its face, s. 11(*b*) might be viewed as extending to an individual only the right to have his trial conducted in a reasonably prompt manner such that there would be no consuspension des procédures est à première vue excessif, il n'y a pas eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Les délais n'étaient pas imputables à la poursuite, mais étaient soit neutres soit nécessaires pour assurer un procès équitable à l'accusé. La Cour d'appel fait observer que la société a un intérêt à ce que les affaires criminelles soient tranchées au fond à la suite d'un procès équitable. En statuant qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 11*b*), la cour a affirmé que, pour autant que les délais ne sont pas déraisonnables, les délais inhérents au fonctionnement du système même qui vise à juger équitablement les accusations criminelles par un procès ne devraient pas eux-mêmes servir de fondement à l'octroi d'une ordonnance d'arrêt des procédures.

L'abus de procédure

L'appelant soutient qu'exiger un troisième procès dans les circonstances de l'espèce équivaudrait à un abus de procédure. L'appelant soutient encore que l'insistance que la poursuite met à lier son consentement à un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable à une recommandation conjointe de peine constitue un abus de procédure. Je partage la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle la conduite de la poursuite en l'espèce ne peut justifier l'arrêt des procédures pour abus de procédure.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

L'appelant soutient qu'exiger un troisième procès plus de cinq ans après le dépôt de l'accusation porte atteinte à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*. L'alinéa 11*b*) dit:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

En toute déférence, je ne peux souscrire à l'opinion de la majorité sur ce point.

Application aux procédures d'appel

L'espèce pose carrément la question de savoir si le droit garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte* s'applique aux procédures d'appel. Pris à la lettre, l'al. 11*b*) peut sembler comporter uniquement le droit pour une personne de subir son procès assez promptement, de sorte qu'il n'existerait pas de

stitutionally guaranteed right to a decision or sentencing without unreasonable delay. Understandably, however, this provision has not been construed in so narrow a fashion.

This Court, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, was asked to consider the scope of s. 11(*b*). In that case the Crown closed its case fourteen months after the charges of making false returns and willful evasion pursuant to s. 239(1) of the *Income Tax Act* were laid. After a defence motion for a directed verdict, the trial judge took eleven months before dismissing the motion. The accused argued that this latter delay must also be considered a breach of s. 11(*b*) even though the trial itself was conducted in a timely fashion.

Lamer J. (Dickson C.J. concurring) held that the time period is not arbitrarily ended for the purpose of a s. 11(*b*) claim at the end of the trial. At pages 610-11 of *Rahey*, *supra*, Lamer J. stated:

> As I have already said here and in *Mills*, s. 11(*b*) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final. The delay in the present case occurred prior to a determination of guilt or innocence and thus, while the case was pending, the appellant continued to be subjected to stress and anxiety .... To terminate the protection afforded by s. 11(*b*) as of the moment the trial is commenced without also considering as relevant the delay that may occur thereafter would be to disregard the purpose of that provision and would unduly emasculate the protection it was sought to afford. The stigma of being an accused does not end when the person is brought to trial but rather when the trial is at an end and the decision is rendered. The computation cannot end as of the moment the trial begins, but rather must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time.

La Forest J. (McIntyre J. concurring) in *Rahey*, *supra*, at pp. 632-33, similarly concluded that the s. 11(*b*) right extends beyond the trial to ensure that the decision itself is rendered promptly. I

droit garanti par la Constitution à une décision ou au prononcé d'une peine dans un délai raisonnable. Cependant, la disposition n'a pas été interprétée de façon aussi restrictive, ce qui est compréhensible.

Dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, cette Cour a été appelée à déterminer la portée de l'al. 11*b*). Dans cette affaire, la poursuite avait terminé sa preuve quatorze mois après le dépôt des accusations d'avoir fait de fausses déclarations et d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôts, portées en vertu du par. 239(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une requête en verdict imposé avait été présentée et le juge avait pris onze mois pour la rejeter. L'accusé soutenait que ce dernier délai était aussi une violation de l'al. 11*b*) même si le procès lui-même avait été tenu dans des délais raisonnables.

Le juge Lamer (avec l'appui du juge en chef Dickson) a conclu que, pour les fins de l'al. 11*b*), la période ne se terminait pas arbitrairement à la fin du procès. Aux pages 610 et 611 de l'arrêt *Rahey*, précité, le juge Lamer dit:

> Comme je l'ai déjà affirmé dans les présents motifs et dans l'arrêt *Mills*, l'al. 11*b*) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l'angoisse qui persistent jusqu'à ce que l'affaire soit finalement tranchée. En l'espèce, le délai est survenu avant la détermination de la culpabilité ou de l'innocence et ainsi, tant que l'instance est demeurée pendante, l'appelant a continué d'éprouver de la tension et de l'angoisse [...] Mettre fin à la protection offerte par l'al. 11*b*) dès l'ouverture du procès, sans en outre considérer comme pertinent tout délai qui peut survenir par la suite, reviendrait à faire abstraction de l'objet de cette disposition et à diminuer indûment la protection souhaitée. Les stigmates résultant d'une inculpation disparaissent non pas lorsque l'inculpé est traduit devant les tribunaux pour subir son procès, mais lorsque le procès prend fin et que la décision est rendue. Le calcul du délai ne cesse pas au moment de l'ouverture du procès, mais se poursuit plutôt jusqu'à la toute fin de l'histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable.

Le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre) a aussi conclu dans *Rahey*, précité, aux pp. 632 et 633, que le droit garanti par l'al. 11*b*) s'étend au-delà du procès et vise à ce que la

agree that any ambiguity on this point in the English version is resolved by reference to the French text which suggests that an individual's right to be "tried" promptly encompasses more than the actual trial. The French version reads:

> **11.** Tout inculpé a le droit:
>
> . . .
>
> *b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

"*Jugé*" means "judged" or "sentenced" and connotes a sense of adjudication which goes beyond the mere trial itself. Had the section been intended to apply to the start of the trial only, then "*mis en jugement*" would have been used. At the very least, the rendering of a decision or delivering of a sentence must be part of the activity which s. 11(*b*) addresses. The principles of statutory interpretation ensure that a person accused of a criminal offence must be able to take advantage of the more liberal of the two equally authoritative versions, in this case the French text.

In *Rahey*, *supra*, La Forest J. stated at p. 633:

> It would be cold comfort to an accused to be brought promptly to trial if the trial itself might be indefinitely prolonged by the judge. The question of delay must be open to assessment at all stages of a criminal proceeding, from the laying of the charge to the rendering of judgment at trial.

Certainly, the rights of an accused would be severely limited if s. 11(*b*) were not held to extend beyond the commencement of the trial. However, in *Rahey* the question of whether s. 11(*b*) applies to appellate delay was expressly left open. That question is directly raised in this appeal.

The Supreme Court of the United States in *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), considered the role of appellate delay in the context of a claim that the defendant's right to a speedy trial as guaranteed by the Sixth Amendment had been infringed. After a reindictment, 44 months elapsed before trial, due largely to interlocutory appeals by both the defendants and the government from pretrial rulings. Powell J. for the majority (5-4) recognized that the interests served by appellate review could sometimes stand in opposition to the interests of a speedy trial. The

décision elle-même soit rendue promptement. Je reconnais que le texte français lève toute ambiguïté que peut laisser la version anglaise et indique que le droit d'une personne d'être jugée promptement va au-delà du procès. La version française dit:

> **11.** Tout inculpé a le droit:
>
> . . .
>
> *b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

«Jugé» signifie «ayant fait l'objet d'un jugement» ou «d'une condamnation» et comporte le sens de décision allant au-delà du procès lui-même. Si l'on avait voulu que l'article s'applique à l'ouverture du procès seulement, on aurait dit «mis en jugement». À tout le moins, le prononcé de la décision ou de la peine doit faire partie de l'activité visée par l'al. 11*b*). Les principes d'interprétation des lois veulent qu'une personne accusée d'une infraction criminelle puisse se prévaloir de la plus favorable des deux versions officielles, qui en l'espèce se trouve être la version française.

Dans *Rahey*, précité, le juge La Forest dit à la p. 633:

> Le fait d'être cité rapidement à son procès constituerait une maigre consolation pour un accusé si le procès lui-même pouvait être prolongé indéfiniment par le juge. La question du délai doit pouvoir être évaluée à tous les stades d'une instance criminelle, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'au prononcé du jugement au procès.

Les droits d'un accusé seraient, certes, gravement restreints si l'al. 11*b*) ne s'appliquait que jusqu'au début du procès. Cependant la question de savoir si l'al. 11*b*) s'applique aux délais relatifs à l'appel n'a pas été tranchée dans l'arrêt *Rahey*. Ce pourvoi soulève directement cette question.

Dans *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), la Cour suprême des États-Unis a examiné le rôle des délais occasionnés par les appels dans le cadre d'une demande du défendeur qui alléguait la violation de son droit à un procès expéditif que lui garantit le Sixième amendement. Après le dépôt d'un nouvel acte d'accusation, il s'était écoulé 44 mois en raison principalement d'appels interlocutoires formés par les défendeurs et le gouvernement contre des décisions relatives à des procédures antérieures au procès. Le juge Powell, pour la majorité (5 contre 4) a reconnu

delay caused by the appeal process can be considered as one factor suggesting that a defendant was deprived of a speedy trial. However, on the specific facts the majority held that the delays asserted by the defendants could not weigh sufficiently in favour of a violation of their Sixth Amendment right. Rather than dismissing the possibility that a delay in the appeal process could comprise an infringement of the right to a speedy trial, the majority merely held that the reasons for any delay must be considered. The dissenting opinion by Marshall J. held that the defendants' right to a speedy trial had been infringed as a direct result of the delays before the Court of Appeals.

The European Court of Human Rights, in the *Wemhoff* case, judgment of 27th June 1968, Series A No. 7, considered similar provisions. Articles 5(3) and 6(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, provide:

> 5(3) Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (*c*) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
>
> 6(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

Although the Article 5(3) right was said to extend only to the trial of first instance, the Court held that the Article 6(1) right to a public hearing within a reasonable time is not limited to a requirement that the initial trial commence in a prompt fashion. The right was held to extend to the period after the trial while awaiting a decision.

que les intérêts protégés par la procédure d'appel peuvent parfois s'opposer aux intérêts d'un procès expéditif. Les délais occasionnés par une procédure d'appel peuvent être un des facteurs à considérer pour déterminer si le défendeur a été privé du droit à un procès expéditif. Cependant, dans les circonstances précises de l'affaire, la majorité a conclu que les retards invoqués par les défendeurs n'étaient pas suffisants pour entraîner une violation du droit que le Sixième amendement leur garantissait. Plutôt que d'écarter l'idée que des retards dans la procédure d'appel puissent comporter une violation du droit à un procès expéditif, la majorité a simplement affirmé qu'il faut tenir compte du motif de tous les retards. Dans des motifs de dissidence, le juge Marshall a conclu qu'il y avait eu violation du droit des défendeurs à un procès expéditif en conséquence directe des délais intervenus devant la cour d'appel.

La Cour européenne des droits de l'homme a examiné des dispositions similaires dans l'affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 7. Les paragraphes 5(3) et 6(1) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, édictent ceci:

> 5(3) Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 *c*) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.
>
> 6(1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Bien que, selon la cour, le droit prévu au par. 5(3) s'étende seulement au procès en première instance, la cour a statué que le droit à une audition publique dans un délai raisonnable accordé par le par. 6(1) ne se limite pas à exiger que le premier procès soit entrepris avec diligence. On a statué que ce droit s'applique à la période qui suit le procès,

As well, the right was extended to delays involving appellate decisions. Specifically, the Court stated at p. 26:

> The Court is of opinion that the precise aim of this provision in criminal matters is to ensure that accused persons do not have to lie under a charge for too long and that the charge is determined.
>
> There is therefore no doubt that the period to be taken into consideration in applying this provision lasts at least until acquittal or conviction, even if this decision is reached on appeal.

This interpretation of the Convention as applying until determination of the matter at the highest appellate level is in apparent recognition of the prejudice to the appellant, which is not limited to the period prior to an initial trial, but continues until all potential appeals have been exhausted.

I am of the opinion that s. 11(*b*) must extend the procedural right to be tried within a reasonable time to appellate proceedings. The word "tried" must be interpreted in light of the intention of the provision. The purpose of s. 11(*b*) is to minimize the prejudice to an accused as a result of a criminal charge by ensuring that proceedings are completed within a reasonable time. There is little question that most persons charged with an offence suffer some prejudice such as stress, anxiety or stigmatization. As well, prejudice is likely to increase over time and will almost certainly continue until the ultimate resolution of the matter. Section 11(*b*) of the *Charter* has provided individuals with a measure of protection against unduly long proceedings. Given that the mischief towards which s. 11(*b*) is directed (the prejudice to the accused) will persist until all appellate proceedings have finished, it would be a shallow and illusory right if s. 11(*b*) were interpreted to apply only to the initial trial. The aims or objects of s. 11(*b*) were more broadly designed to guarantee an individual the right to a final resolution of a charge without unreasonable delay.

Our entire court system has been placed under the scrutiny of the *Charter*, including s. 11(*b*). In the administration of their duties, all courts,

jusqu'au prononcé d'une décision. De même, le droit s'étend à l'égard des délais relatifs aux décisions en appel. La cour dit expressément, à la p. 26:

> La Cour estime que cette disposition a plus précisément pour objet, en matière pénale, d'obtenir que les accusés ne demeurent pas pendant un temps trop long sous le coup d'une accusation et qu'il soit *décidé* sur son bien-fondé.
>
> Il n'est donc pas douteux que la période à prendre en considération dans l'application de cette disposition s'étend pour le moins jusqu'à la décision d'acquittement ou de condamnation, fût-elle rendue en degré d'appel.

Cette interprétation de la Convention, selon laquelle le droit vaut jusqu'à la détermination de l'affaire au dernier niveau d'appel, reconnaît apparemment que le tort causé à l'appelant ne se limite pas à la période précédant le premier procès, mais qu'il continue jusqu'à ce que tous les recours possibles d'appel aient été épuisés.

Je suis d'avis que l'al. 11*b*) étend le droit procédural d'être jugé dans un délai raisonnable jusqu'aux procédures d'appel. Il faut interpréter le mot «jugé» en fonction de l'objet de la disposition. L'alinéa 11*b*) a pour objet de réduire le plus possible, par la tenue des procédures dans un délai raisonnable, le préjudice causé à un accusé par le fait d'un accusation criminelle. Il n'y a pas de doute que la plupart des personnes inculpées d'une infraction subissent un certain tort, que ce soit le stress, l'angoisse ou l'atteinte à leur réputation. De plus, le tort augmente vraisemblablement avec le temps et dure jusqu'à l'issue de l'affaire. L'alinéa 11*b*) de la *Charte* assure aux personnes une certaine protection contre les procédures excessivement longues. Puisque le problème que l'al. 11*b*) vise à corriger (le préjudice causé à l'accusé) dure jusqu'à ce que les procédures d'appel soient terminées, ce serait une protection mince et illusoire si, par interprétation, on arrivait à conclure qu'il ne s'applique qu'au premier procès. L'objet de l'al. 11*b*) est de conception plus générale; il tend à garantir à l'accusé le droit d'obtenir une décision définitive sur l'accusation, sans délai abusif.

Tout notre système de justice a été assujetti à l'examen en vertu de la *Charte*, notamment de l'al. 11*b*). Dans l'exécution de leurs fonctions, les tribu-

including those at the appellate level, must be cognizant of the need to dispose of charges against individuals in a reasonably prompt fashion. The detriment or prejudice to an accused as a result of delay does not abate until the rendering of final judgment. I am therefore of the opinion that any period prior to the rendering of final judgment comes under the scrutiny of s. 11(*b*) even where appellate courts are involved. The process of justice must be reasonably efficient at all levels if s. 11(*b*) is to be meaningful. Both the government, which is responsible for the administration of the courts, and the judiciary must ensure that trials and appeals are conducted and completed within a reasonable time.

The time elapsed as a result of resort to appeal procedures by either the accused or the Crown can be considered under s. 11(*b*). However, these delays are to be assessed in recognition of the inherent time requirements at the relevant appellate court. Resort to appellate proceedings will understandably add to the overall time in resolving the matter. A determination of the reasonableness of the actual delay must be sensitive to the number and nature of proceedings.

What is Unreasonable Delay?

It is well accepted that the interpretation of *Charter* rights must be considered in light of the underlying purpose of those rights. (See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). The goal of s. 11(*b*) is to prevent any prejudice to an accused as a result of unreasonable delay in bringing the individual to trial or reaching a final determination.

This Court had occasion to consider the overall purpose of s. 11(*b*) in both *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *Rahey*, *supra*. In those cases, there was general agreement that the goal of s. 11(*b*) was to secure the more extensive rights to liberty and security of the person as enshrined in s. 7 of the *Charter*. I agree that s. 11(*b*) is premised in part upon a desire to ensure that an accused's liberty and security are not unduly violated as a

naux judiciaires, y compris les cours d'appel de tous les niveaux, doivent reconnaître la nécessité de disposer des accusations portées contre les justiciables avec une célérité raisonnable. Le préjudice causé à un accusé en raison des délais ne cesse qu'au moment du jugement définitif. Je suis donc d'avis que tous les délais antérieurs au prononcé du jugement définitif sont assujettis à l'examen fondé sur l'al. 11*b*), même si des cours d'appel sont en cause. Le système judiciaire doit manifester une efficacité raisonnable à tous les niveaux si l'al. 11*b*) doit avoir un sens. Le gouvernement, qui est responsable de l'administration des tribunaux, et la magistrature doivent l'un et l'autre voir à ce que les procès et les appels se déroulent et arrivent à une conclusion dans des délais raisonnables.

En vertu de l'al. 11*b*), il faut tenir compte du laps de temps correspondant aux procédures d'appel engagées tant par la poursuite que par l'accusé. Cependant, on doit évaluer le temps en tenant compte des délais inhérents à la cour d'appel dont il s'agit. Le recours aux procédures d'appel ajoute naturellement des délais au temps total nécessaire pour arriver à la solution définitive d'un litige. L'évaluation du caractère raisonnable des délais doit tenir compte de la quantité de procédures et de leur nature.

En quoi consiste un délai déraisonnable?

Il est bien établi que l'interprétation des droits garantis par la *Charte* doit être envisagée en fonction de leur objet sous-jacent. (Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). Le but de l'al. 11*b*) est d'empêcher qu'un accusé subisse un préjudice quelconque à cause du retard abusif à lui faire subir son procès ou à arriver à la solution définitive du litige.

Cette Cour a eu l'occasion d'examiner l'objectif global de l'al. 11*b*) dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *Rahey*, précité. Les juges qui ont participé au jugement dans ces arrêts ont, dans l'ensemble, été d'avis que l'al. 11*b*) avait pour but général de protéger davantage les droits plus étendus à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 de la *Charte* a constitutionnalisés. Je reconnais que l'al. 11*b*) se fonde en partie

result of a failure to complete criminal proceedings within a reasonable time.

The need to consider an accused's liberty and security interests is common ground among the members of this Court who participated in the discussion in *Rahey* and *Mills*. However, slightly different approaches to the consideration of s. 11(*b*) were adopted by members of this Court in *Mills*, and especially in *Rahey*. The four separate judgments in *Rahey*, reveal that there was no unanimous agreement on the following points: (1) whether there is an irrebuttable presumption of prejudice to the accused's security interest or if this is simply an inference that may be drawn by the Court; (2) whether the infringement of an accused's fair trial interest is also a form of prejudice that s. 11(*b*) is intended to limit; and (3) whether the prejudice is to be measured from the moment of the charge or only after the delay becomes unreasonable. These differences did not, however, in *Rahey* affect the result. I am of the opinion that this appeal can be disposed of without attempting to reconcile all the differences of opinion expressed in those two cases. That would be more appropriate in a case where these issues would affect the result and all members of the Court are able to participate in the decision. Resort to s. 11(*b*) is becoming more frequent and this tendency is likely to continue and indeed increase. It is important, therefore, that this Court adopt a practical approach to the problem that will not unduly complicate the application of s. 11(*b*). I shall therefore state my views with this in mind and with due deference to the views expressed by my colleagues.

The party alleging a violation of s. 11(*b*) cannot by the mere allegation call upon the Crown to justify the period of time that has elapsed since the charge. On the contrary, the person charged has the initial burden of satisfying the court that, *prima facie*, the delay is unreasonable. The United States Supreme Court in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), *per* Powell J., at p. 530, held that only if a delay was presumptively prejudicial

sur l'idée d'assurer qu'il ne sera pas porté atteinte indûment à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé par le défaut de terminer les procédures criminelles dans un délai raisonnable.

Les juges qui ont participé aux arrêts *Mills* et *Rahey* ont reconnu la nécessité de tenir compte des droits de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cependant, les juges de cette Cour qui ont participé à l'arrêt *Mills* et, plus spécialement à l'arrêt *Rahey*, ont fait des analyses légèrement différentes de l'al. 11*b*). Il ressort des opinions des quatre juges qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Rahey* qu'il n'y a pas eu d'unanimité sur les points suivants: (1) existe-t-il une présomption irréfragable de préjudice causé au droit à la sécurité de l'accusé ou s'agit-il d'une conclusion que la Cour peut tirer? (2) la violation du droit de l'accusé d'obtenir un procès équitable est-elle une forme de préjudice que l'al. 11*b*) vise à limiter? (3) le préjudice s'évalue-t-il à partir du dépôt de l'accusation ou seulement à partir du moment où le délai est devenu excessif? Ces divergences n'ont cependant pas modifié l'issue du pourvoi dans l'arrêt *Rahey*. Je crois qu'il est possible de trancher le présent pourvoi sans essayer de concilier tous les avis différents qui ont été exprimés dans ces deux arrêts. Il vaudrait mieux le faire à l'occasion d'une affaire dans laquelle ces questions auraient une influence sur l'issue du litige et à laquelle tous les juges de la Cour pourraient prendre part. On a de plus en plus souvent recours à l'al. 11*b*) et il est probable que cette tendance se maintiendra et même qu'elle s'accentuera. Il importe donc que cette Cour adopte une approche pragmatique qui ne compliquera pas indûment l'application de l'al. 11*b*). Je m'exprimerai donc en gardant cette nécessité à l'esprit et en toute déférence pour les avis exprimés par mes collègues.

La partie qui invoque la violation de l'al. 11*b*) ne peut, par cette seule allégation, obliger la poursuite à justifier le temps écoulé depuis le dépôt de l'accusation. Au contraire, il incombe à l'accusé d'établir, à la satisfaction de la cour, que le délai est à première vue déraisonnable. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 530, le juge Powell dit au nom de la Cour suprême des États-Unis que ce n'est que si le délai pouvait être

would the court inquire into various factors that need be balanced. This approach of looking first for a delay that is *prima facie* unreasonable has been followed by Le Dain J. in *Rahey*, *supra*, at p. 616, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 and in *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289.

Section 11(*b*) assumes that a reasonable time is required to "get a case up for trial". This is the inherent time requirement in disposing of a trial or an appeal. There is the time required to prepare, conduct a preliminary inquiry (where applicable) and arrange for the attendance of witnesses. In addition, there are normal systemic delays: adjournments for the reasonable accommodation of the schedules of counsel, the attendance of witnesses and to make court facilities available. This list is not intended to be exhaustive. We have come to accept as normal a reasonable period of delay with respect to these matters which reflect the fact that the system is not perfect and resources are not unlimited. The distinction between what is reasonable and what is unreasonable must not be drawn too sharply but it is a line with which both judges and counsel are very familiar and which is well within their expertise to draw.

The person charged must persuade the court that the delay complained of exceeds what is reasonable. The degree of persuasion requires an accused to show that the delay is *prima facie* unreasonable or that it is sufficiently beyond the inherent time requirements that an explanation is called for from the Crown. It is neither possible nor desirable to identify precisely the period of time after which a particular trial will be said to have been delayed so long as to trigger s. 11(*b*). Rather, courts, and especially trial judges, must assess each case in light of the particular circumstances with a view to determining if the delay if *prima facie* unreasonable.

In this appeal this burden has been discharged as a result of the five year delay and the respondent Crown quite properly concedes that the delay is *prima facie* unreasonable.

présumé préjudiciable que la cour s'engagerait dans l'analyse des différents facteurs à considérer. Le juge Le Dain dans l'arrêt *Rahey*, précité, à la p. 616, et la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 et dans *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289 ont adopté cette analyse qui consiste à examiner d'abord si les délais qui sont à première vue déraisonnables.

L'alinéa 11*b*) suppose qu'il faut un temps raisonnable pour faire aboutir une affaire au procès. C'est le délai inhérent aux exigences du procès et de l'appel. Il faut le temps de préparer et de tenir l'enquête préliminaire, s'il y a lieu, et de prévoir la comparution des témoins. De plus, il y a des délais systémiques normaux: les ajournements destinés à permettre aux avocats d'organiser leur emploi du temps, ceux qu'exige la comparution des témoins et la disponibilité des salles d'audience. Cette liste n'est pas exhaustive. Nous en sommes venus à accepter comme normaux des délais raisonnables pour ces questions, tenant compte que le système n'est pas parfait et que les ressources ne sont pas illimitées. Il ne faut pas établir une distinction trop nette entre ce qui est raisonnable et ce qui est abusif, mais c'est une distinction que les juges et les avocats connaissent très bien et qu'ils sont en mesure de faire.

L'accusé doit convaincre le tribunal que le délai dont il se plaint dépasse ce qui est raisonnable. La norme de persuasion applicable exige que l'accusé démontre que le délai est, à première vue, déraisonnable ou qu'il dépasse suffisamment les délais inhérents aux procédures pour obliger la poursuite à se justifier. Il n'est ni possible ni souhaitable de préciser exactement le délai au-delà duquel un procès en particulier est tenu pour si tardif qu'il entraîne l'application de l'al. 11*b*). Les tribunaux et plus spécialement les juges de première instance doivent évaluer chaque cas en fonction de ses circonstances précises afin de déterminer si le délai est, à première vue, déraisonnable.

Dans le présent pourvoi, cette preuve découle du délai de cinq ans et la poursuite reconnaît volontiers que ce délai est, à première vue, déraisonnable.

The Crown may justify the delay on the basis of special features or circumstances of the case that required more time; for example, that aspects of the case required more investigation than is generally required for a particular charge, or that it took longer to arrange for attendance of witnesses due to circumstances not reasonably within the control of the Crown. The Crown can also justify the delay on the basis of conduct of the accused or his counsel, including waiver of delays which are relied on as being excessive. The Crown cannot, however, justify long periods of systemic delay even if such delays are beyond the control of the prosecution. Section 11(*b*) would be meaningless if abnormal delays in bringing the accused to trial could be excused on such grounds as the unavailability of court rooms, judges or counsel. Furthermore, the fact that it has been the practice to tolerate long systemic delays in the past does not immunize them from scrutiny under s. 11(*b*).

While certain delay is inherent in the very process, the Crown must be limited in the extent to which it can claim that an inordinately long delay is justified due to exceptional demand on the resources of a particular court. A crowded trial calendar is not the accused's fault and it should not be charged against his constitutional right. As well, s. 11(*b*) calls upon the judiciary to render decisions without unreasonable delay. Judges, too, must shoulder some of the responsibility to ensure that an accused does not suffer an impairment of her interests as a result of unreasonable delay.

The accused's right to counsel is as much a part of the system as the role of the Crown Attorney. The failure or inability on the part of the accused to obtain counsel cannot justify unreasonable delay unless such failure or inability is attributable to the accused. As in the case of other systemic delays, some delay must be tolerated under this head, the question always being whether the particular delay can be justified on the basis of inherent time requirements of the case.

La poursuite peut justifier le délai en se fondant sur des circonstances ou caractéristiques spéciales de l'affaire qui ont nécessité plus de temps; par exemple, le fait que certains aspects de l'affaire ont exigé un supplément d'enquête par rapport à ce que cette accusation requiert normalement, ou qu'il a fallu plus de temps pour assurer la présence des témoins à cause de circonstances dont on ne peut raisonnablement tenir la poursuite responsable. La poursuite peut aussi invoquer les retards occasionnés par les actes de l'accusé ou de son avocat, ce qui inclut la renonciation à se prévaloir des délais qu'il prétend maintenant excessifs. La poursuite ne peut cependant pas justifier de longs délais inhérents au système, même si elle n'a pas de contrôle sur ceux-ci. L'alinéa 11*b*) n'aurait aucun sens si l'on pouvait excuser des délais excessifs à faire subir un procès pour des motifs tels que le manque de disponibilité de juges, d'avocats ou de salles d'audience. De plus, le fait qu'on ait toléré de longs délais systémiques dans le passé ne les met pas à l'abri d'un examen en vertu de l'al. 11*b*).

Quoiqu'un certain délai soit inhérent au processus lui-même, il faut limiter la possibilité pour la poursuite d'invoquer la charge de travail exceptionnellement lourde qui est imposée à un tribunal en particulier afin de justifier un délai excessivement long. L'encombrement du rôle de la cour n'est pas imputable à l'accusé et ne devrait pas jouer contre ses droits constitutionnels. De la même manière, l'al. 11*b*) exige que la magistrature rende ses décisions dans des délais raisonnables. Les juges eux aussi doivent assumer une part de la responsabilité de prévenir une atteinte aux intérêts de l'accusé qui résulterait d'un délai déraisonnable.

Le droit de l'accusé à un avocat fait partie du système au même titre que le rôle du substitut. L'impossibilité pour l'accusé de retenir les services d'un avocat ou l'échec de ses démarches en ce sens ne peuvent justifier des retards déraisonnables à moins que l'accusé ne soit lui-même responsable de cet échec ou de cette impossibilité. Comme dans le cas d'autres délais systémiques, certains des délais liés à cette raison doivent être tolérés, mais la question demeure de savoir si un retard précis peut être justifié sur la base des délais inhérents à l'affaire.

Frequently, and this case is no exception, the Crown relies on waiver. An accused may have caused or consented to a period of delay such that he or she will be precluded from including that period of time in the alleged delay. This Court held in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that the validity of any waiver "is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". (Emphasis in original.)

In the context of a waiver of the right to counsel, this Court held in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, that a waiver requires some form of awareness of the consequences. Clearly, an individual need be aware of the effect of a waiver upon his ability to subsequently assert that right.

I fully agree with the following comments of Lamer J. in *Mills*, *supra*, at p. 929:

> The court, therefore, has a duty to ensure to its satisfaction that the waiver of time is clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver will have on the right.
>
> Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed. Furthermore such waiver does not affect the right but merely excludes such time as is waived from the calculation of reasonable time.

Failure by the Crown to displace the *prima facie* case does not necessarily end the matter. Delay in and of itself may not constitute a violation of the right in s. 11(*b*). The purpose of s. 11(*b*) is not simply to prevent unreasonable delay but to protect certain interests of the accused including at least his liberty and security interests. Section 11(*b*) assumes that delay is prejudicial to those interests. While the various opinions in *Mills*, *supra*, and *Rahey*, *supra*, adopt similar approaches to the prejudice to an accused's liberty interest, there is some disagreement whether preju-

Il arrive fréquemment, comme en l'espèce, que la poursuite invoque la renonciation de l'accusé. Celui-ci peut avoir causé des retards ou acquiescé à des délais de sorte qu'il ne lui est plus possible de les inclure dans le délai total dont il se plaint. Cette Cour a déjà statué dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, que pour que la renonciation soit valide «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». (Souligné dans l'original.)

Dans le cadre de la renonciation aux services d'un avocat, cette Cour a statué, dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, que la renonciation exige une certaine connaissance de ses conséquences. Manifestement, la personne doit se rendre compte de la conséquence de la renonciation sur la possibilité d'invoquer le même droit plus tard.

Je partage entièrement l'avis exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, précité, à la p. 929:

> Le tribunal a donc le devoir de s'assurer pleinement que la renonciation à invoquer le délai est claire, sans équivoque et éclairée quant au droit auquel on renonce et à l'effet de la renonciation à cet égard.
>
> Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans le cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée. En outre, cette renonciation n'anéantit pas le droit, mais exclut simplement la période en question du calcul de la durée du délai raisonnable.

Le défaut de la poursuite de repousser la preuve *prima facie* ne règle pas nécessairement la question. Un retard en lui-même peut ne pas constituer une violation du droit garanti par l'al. 11*b*). L'objectif de l'al. 11*b*) n'est pas uniquement de prévenir les retards déraisonnables, mais de protéger des droits précis de l'accusé, notamment son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. L'alinéa 11*b*) suppose que tout délai constitue une atteinte à ce droit. Bien que les différents motifs de jugement dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, précités, procèdent selon une analyse semblable du préju-

dice to the security interest is an irrebuttable presumption or simply an inference a court is entitled to make. (See *Rahey*, *supra*, *per* Lamer J. at p. 609, *per* Wilson J. at p. 622, and *per* La Forest J. at p. 643.)

If the presumption is rebuttable, it is one that is extremely difficult to overcome. This is not because it is a different type of presumption in law but because, as a matter of fact, once the accused has established a *prima facie* unreasonable delay which has not been justified, it is difficult to envisage what kind of evidence the Crown might call to negative prejudice to the accused's security interests. No doubt this is due to the fact that unreasonable delay in a criminal prosecution is virtually synonymous with prejudice to security interests. As a practical matter, therefore, there is little difference between the two views on this subject expressed in *Rahey*. It seems preferable not to foreclose the Crown completely from attempting to demonstrate an absence of any impairment to the accused's security interest even if it is almost inevitably bound to fail. Absolutes in excluding types of evidence should generally be avoided.

On this view of the matter, the accused is also permitted to adduce evidence of prejudice to his or her security interests. It is not necessary in this appeal to resolve all facets of its relevance. At least, it would be relevant to rebut any evidence of the Crown. In addition, it would likely be relevant on the issue of justification of periods of delay and perhaps with respect to what is *prima facie* delay.

In the case at bar, the Crown has not displaced the presumption of prejudice to the accused. Indeed the evidence on the subject which is canvassed above confirms that there was actual prejudice to the liberty and security interests of the appellant.

dice causé au droit à la liberté dont jouit un accusé, les opinions divergent quant à savoir si le préjudice causé au droit à la sécurité est une présomption irréfragable ou une simple inférence que peut faire le tribunal. (Voir *Rahey*, précité, le juge Lamer à la p. 609, le juge Wilson à la p. 622 et le juge La Forest à la p. 643.)

Si la présomption est réfutable, elle est de celles qui sont extrêmement difficiles à repousser. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'un type différent de présomption de droit mais parce que, sur le plan des faits, dès lors que l'accusé a établi l'existence à première vue d'un délai déraisonnable qui n'a pas été justifié, il est difficile de concevoir quel genre de preuve la poursuite peut présenter pour démontrer qu'il n'a pas été porté atteinte aux intérêts de l'accusé. Cela est dû sans conteste au fait qu'un délai déraisonnable dans des poursuites criminelles est virtuellement synonyme d'atteinte à la sécurité. D'un point de vue pratique donc il y a peu de différence entre les deux opinions exprimées sur ce point dans *Rahey*. Il est préférable de ne pas empêcher complètement le ministère public d'essayer de démontrer qu'il n'y a pas eu atteinte aux intérêts de l'accusé quant à la sécurité de la personne, même si ses tentatives sont presque inévitablement vouées à l'échec. Il convient, en règle générale, d'éviter d'exclure en termes absolus certains types de preuve.

Dans cette optique, l'accusé est autorisé lui aussi à produire la preuve du préjudice causé à ses intérêts. Il n'est pas nécessaire dans ce pourvoi de résoudre toutes les questions relatives à sa pertinence. Elle serait pertinente, au moins, si elle tendait à réfuter la preuve du ministère public. De plus, elle serait vraisemblablement pertinente à l'égard de la question de la justification de divers retards et peut-être de la question de savoir ce qui constitue un retard *prima facie*.

En l'espèce, le ministère public n'a pas réussi à repousser la présomption de préjudice causé à l'accusé. Les éléments de preuve à ce sujet, dont il a déjà été fait mention, établissent même qu'il y a eu préjudice réel aux droits à la liberté et à la sécurité de l'appelant.

The third possible interest that need be considered is the fair trial interest which considers the accused's ability to mount a full defence to the charges he faces. Here again different approaches were followed in *Mills* and *Rahey*. A majority in *Rahey* (*per* Le Dain J. (Beetz J. concurring), *per* Wilson J. (Estey J. concurring), and *per* La Forest J. (McIntyre J. concurring)) concluded that the prejudice caused by delay to the accused's fair trial interest and especially the right to conduct full answer and defence is a relevant consideration under s. 11(*b*). Lamer J. (Dickson C.J. concurring) held that the accused's ability to mount a full and fair defence is relevant only to the s. 11(*d*) right to a fair hearing and not to s. 11(*b*). Again this issue need not be resolved here. Prejudice to the fair trial interests are not a *sine que non* for a finding of prejudice and in any event, if it were, such prejudice has been established in this case. I have already pointed out that the cases for the Crown and the defence are both dependent on *viva voce* evidence which is conflicting. The appellant alleges that this prejudices his opportunity for a fair trial. Whether or not this would be the case can seldom be determined with precision. Certainly the witnesses will have little independent recollection of the events and their evidence will be given more by rote than remembrance. This reduces the effectiveness of examination and increases the risk of a miscarriage of justice.

Le troisième intérêt à prendre en compte est le droit à un procès équitable qui touche à la possibilité pour l'accusé de se constituer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. À l'égard de cette question aussi, on a adopté différents points de vue dans les arrêts *Mills* et *Rahey*. Dans l'arrêt *Rahey*, la majorité (le juge Le Dain (avec l'appui du juge Beetz), le juge Wilson (avec l'appui du juge Estey) et le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre)) a conclu que le préjudice causé par le délai au droit de l'accusé à un procès équitable, et plus spécialement à son droit d'opposer une défense pleine et entière est pertinent en regard de l'al. 11*b*). Le juge Lamer (avec l'appui du juge en chef Dickson) a conclu que la capacité de l'accusé de se constituer une défense complète et équitable ne compte qu'à l'égard du droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) et non à l'égard de l'al. 11*b*). Là non plus, il n'est pas nécessaire de trancher cette question. L'atteinte au droit à un procès équitable n'est pas une condition nécessaire à la constatation d'un préjudice; de toute façon, si elle l'était, l'atteinte a été prouvée en l'espèce. J'ai déjà indiqué que la preuve de la poursuite et celle de la défense reposent l'une et l'autre sur des témoignages contradictoires. L'appelant soutient que la situation porte atteinte à la possibilité d'avoir un procès équitable. On peut rarement déterminer à coup sûr si tel est ou non le cas. Les témoins auront certainement peu de souvenirs personnels des événements et leur déposition sera davantage une redite que le fruit de la mémoire. Cette situation diminue la valeur des interrogatoires et augmente le risque de déni de justice.

Conclusion and Disposition

In this case, I am of the opinion that the Crown has failed to sufficiently justify the delay which it appropriately concedes is *prima facie* unreasonable. As well, the appellant has demonstrated prejudice to both his liberty and security interests at a minimum. I now turn to an examination of the reason for delay and the justification put forth by the Crown. I divide the five-year period into four segments:

Conclusion et dispositif

En l'espèce, je suis d'avis que la poursuite n'a pas suffisamment justifié les délais qu'elle reconnaît elle-même déraisonnables à première vue. De plus, l'appelant a fait la preuve d'au moins une atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. J'examinerai maintenant les motifs des délais et la justification que la poursuite leur donne. Je diviserai la période de cinq ans en quatre phases:

(1) The date of the charge until the end of the first trial: August 29, 1982 to December 15, 1983. Almost 16 months.

(2) The end of the first trial until the Court of Appeal Decision: December 15, 1983 to January 24, 1985. More than 13 months.

(3) The Court of Appeal decision until the second trial: January 24, 1985 to May 1, 1986. More than 15 months.

(4) The end of the second trial until the scheduled start of the third trial: May 1, 1986 to October 26, 1987. Almost 18 months.

With respect to the first period I am of the opinion that any delay can be justified on the basis of the inherent time requirements of the case with the possible exception of the period between January 12, 1983 and May 9, 1983. The preliminary hearing commenced on January 12 but was not completed on that date and was adjourned to May 9 and concluded on May 19, 1983. No explanation was offered for this delay of four months.

The second period is the thirteen months from the end of the first trial until the decision of the Court of Appeal. This period alone is not abnormal or unreasonable. The decision itself was rendered in a very prompt fashion. Almost the entire delay was a result of the wait to be heard by the Court of Appeal. This delay has been explained adequately.

The third period is the fifteen-month delay leading up to the second trial. The Crown has argued that the accused's actions during this period comprised a waiver of his right to assert unreasonable delay. The Crown alleged that the accused's tardiness in retaining counsel was responsible for any delay. The appellant appeared in Assignment Court on March 4, 1985. For reasons that were not made clear to this Court the matter was adjourned for over three and one-half months until June 25, 1985. The Crown failed to satisfactorily account for this delay. On June 25 a trial date of January 7, 1986 was scheduled. This sixth-month period is part of the overall systemic delay but in the circumstances would probably be well within

(1) Du dépôt des accusations à la fin du premier procès: 29 août 1982—15 décembre 1983. Près de 16 mois.

(2) De la fin du premier procès à l'arrêt de la Cour d'appel: 15 décembre 1983—24 janvier 1985. Plus de 13 mois.

(3) De l'arrêt de la Cour d'appel au second procès: 24 janvier 1985—1er mai 1986. Plus de 15 mois.

(4) De la fin du second procès à la date fixée pour le troisième procès: 1er mai 1986—26 octobre 1987. Près de 18 mois.

Pour ce qui est de la première période, j'estime que tous les délais peuvent être justifiés comme délais inhérents aux exigences de la cause sauf peut-être pour la période du 12 janvier au 9 mai 1983. L'enquête préliminaire a commencé le 12 janvier, mais elle n'a pas été terminée à cette date, mais seulement le 19 mai, après un premier ajournement au 9 mai. Aucune explication de ce retard de quatre mois n'a été fournie.

La seconde période, qui s'étend sur treize mois, va de la fin du premier procès à l'arrêt de la Cour d'appel. Par elle-même, cette période n'est ni inusitée, ni déraisonnable. La décision elle-même a été rendue promptement. Presque tout le délai est attribuable à l'attente de l'audition devant la Cour d'appel. Ce retard a été suffisamment justifié.

La troisième période a duré quinze mois jusqu'au début du second procès. La poursuite a soutenu que la conduite de l'accusé pendant cette période constitue une renonciation à se prévaloir du droit d'invoquer un délai déraisonnable. La poursuite soutient que le délai est dû au retard de l'accusé à retenir les services d'un avocat. L'appelant a comparu à l'audience de fixation du rôle le 4 mars 1985. Pour des motifs qu'on n'a pas expliqués clairement à cette Cour, l'affaire a été ajournée de plus de trois mois et demi, au 25 juin 1985. La poursuite n'a pu justifier ce délai. Le 25 juin, le procès a été fixé au 7 janvier 1986. Cette période de six mois relève des délais systémiques; elle correspond probablement aux délais inhérents. Par

the inherent time requirements. However, the actual trial did not commence until April 21, 1986.

On November 15, 1985, the counsel of record (and counsel at the first trial), Mr. Shore, brought an application to be removed from the record. The appellant apparently preferred to be represented by Mr. Greenspan who had conducted his successful appeal. The request was denied at that time due to a concern by the court that new counsel would not be available or would be unable to prepare by the January trial date. However, on a further motion on December 5, 1985, Mr. Shore was removed from the record. Predictably, on January 7, 1986, the appellant appeared without counsel and Osborne J. understandably declined to conduct the trial. The appellant provided the court with a list of eleven criminal lawyers who had stated they were unable to take the case.

This Court must be very sensitive to an accused's right to choose counsel of choice. However, that right must be exercised with reasonable diligence (see *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3). Normally, an attempt to secure the services of eleven different lawyers would demonstrate that the appellant had made a reasonable effort to secure representation. However, in this case, I am of the opinion that the appellant must answer for the delay caused by his lack of counsel. I reach this conclusion because the first application to remove Mr. Shore from the record came only a month and a half prior to the trial date. This date had been known to the appellant since June. Section 11(*b*) must only protect those who demonstrate reasonable diligence in their selection of counsel when it affects the timing of the proceedings. Not all delays or adjournments sought by an accused will comprise a waiver as the underlying cause may be due to circumstances beyond the control of the accused. Here, however, the appellant must be held accountable for this delay. The trial was rescheduled for April 21, 1986. Because I attribute this delay to the appellant, this three and one-half month delay is satisfactorily explained by the Crown.

contre, le procès n'a effectivement débuté que le 21 avril 1986.

Le 15 novembre 1985, l'avocat inscrit au dossier (qui avait agi en défense au premier procès) Me Shore, a demandé à se retirer du dossier. L'appelant préférait apparemment être défendu par Me Greenspan qui avait gagné la cause en appel. La cour a rejeté la requête parce qu'elle craignait que le nouvel avocat ne soit pas disponible ou ne puisse se préparer pour le nouveau procès prévu pour janvier. Par contre, à l'occasion d'une nouvelle requête présentée le 5 décembre 1985, la cour a accepté que Me Shore se retire du dossier. Comme on pouvait s'y attendre, le 7 janvier 1986, l'appelant a comparu, sans avocat, devant le juge Osborne qui a naturellement refusé de tenir le procès. L'appelant a présenté à la cour une liste de onze avocats qui avaient déclaré ne pouvoir se charger de l'affaire.

Cette Cour doit veiller attentivement à faire respecter le droit aux services d'un avocat de son choix, mais ce droit doit être exercé avec une diligence raisonnable (voir *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3). Normalement, une demande de services présentée à onze avocats différents aurait suffi pour démontrer que l'appelant avait fait un effort raisonnable pour se trouver un avocat. Cependant, en l'espèce, j'estime que l'appelant est responsable du retard causé par l'absence d'un avocat pour assurer sa défense. J'en arrive à cette conclusion parce que la première demande de retrait de Me Shore du dossier n'a été présentée qu'un mois et demi avant la date du procès. L'appelant connaissait cette date depuis juin. L'alinéa 11*b*) doit servir à protéger uniquement ceux qui font preuve de diligence raisonnable dans le choix d'un avocat quand ce choix a des conséquences sur les dates des procédures. Tous les délais et les ajournements demandés par un accusé ne comportent pas forcément une renonciation à invoquer les délais parce qu'ils peuvent dépendre de circonstances qui échappent à son contrôle. Ici, par contre, l'appelant doit être tenu responsable du délai. Le procès a été à nouveau fixé au 21 avril 1986. Parce que je tiens l'accusé responsable de ce retard, la poursuite a justifié ce délai de trois mois et demi.

The fourth and longest period extends from the conclusion of the second trial until the scheduled start of the third, a period of close to eighteen months. The Crown again argues that the appellant's actions were responsible for much of this delay such that he should be held to have waived his s. 11(*b*) rights. I am of the opinion, however, that most of this period has not been satisfactorily explained as being either within the inherent time requirements of the case or attributable to the accused. The Crown's conduct of the proceedings must now be scrutinized in light of the fact that through no fault of the appellant he had been tried twice and was still in jeopardy.

A month after the end of the second trial, the appellant appeared unrepresented in Assignment Court. The matter was adjourned two weeks until June 16 to allow him to appear with counsel. Mr. Greenspan, counsel at the second trial, had informed the appellant that he could not conduct the third trial if it were again held in Ottawa. The appellant was also suffering financial difficulties and had been seeking Legal Aid for some time prior to the June 16 appearance. However, no Legal Aid was forthcoming by the time of that appearance at which the unrepresented appellant was given a trial date of September 22, 1986. Legal Aid was only obtained upon appeal in July. This difficulty in obtaining Legal Aid was not the fault of the appellant and therefore he cannot be held responsible for any delay as a result. This is a different form of systemic delay which cannot be relied on here by the Crown as justification for any delay. I agree with counsel for the appellant that in view of what has occurred, the Crown had some responsibility to assist the accused in obtaining Legal Aid or indeed in funding the defense. The latter is, according to counsel, not an uncommon occurrence. While the Crown contends that its current practice concerning assistance extends only to appellate proceedings, there is no reason why in special circumstances it should not apply to trial proceedings which have been protracted due to appeals.

La quatrième période, la plus longue, va de la fin du second procès jusqu'au début du troisième, soit près de dix-huit mois. La poursuite soutient encore ici que la conduite de l'appelant explique une grande partie de ce retard de sorte qu'il faut conclure qu'il a renoncé à l'invoquer à l'appui des droits garantis par l'al. 11*b*). J'estime cependant que la poursuite n'a pas réussi à expliquer valablement que la plus grande part de ce délai est attribuable aux délais inhérents aux exigences de la cause ou imputable à l'accusé. Il faut donc examiner attentivement la conduite de la poursuite en tenant compte du fait que, sans faute de sa part, l'appelant avait subi deux procès et n'était pas encore jugé.

Un mois après la fin du second procès, l'appelant a comparu sans avocat à l'audience de fixation du rôle. L'affaire a été ajournée de deux semaines au 16 juin pour permettre à l'accusé de comparaître avec un avocat. Me Greenspan, qui le représentait au second procès, avait informé l'appelant qu'il ne pourrait pas le représenter au troisième procès si celui-ci se tenait aussi à Ottawa. L'appelant avait de plus des difficultés financières et il a demandé l'aide juridique un peu avant la comparution du 16 juin. Cependant, l'appelant n'avait pas encore obtenu de promesse d'aide juridique au moment de sa comparution sans avocat à l'audience au cours de laquelle son procès a été fixé au 22 septembre 1986. Il a obtenu l'aide juridique en juillet seulement, après avoir interjeté appel du premier refus. Cette difficulté à obtenir l'aide juridique n'est pas imputable à l'appelant et il ne saurait être tenu responsable des retards qui en ont résulté. Il s'agit d'une catégorie différente de délais systémiques que la poursuite ne peut invoquer à titre de justification. Je partage l'avis de l'avocat de l'appelant qu'étant donné ce qui s'est produit, la poursuite avait un certain devoir d'aider l'accusé à obtenir de l'aide juridique ou encore à pourvoir aux frais d'un défenseur. Selon les avocats, la chose arrive assez fréquemment. Bien que la poursuite soutienne qu'il s'agit d'une pratique courante pour les procédures d'appel seulement, il n'y a pas de raison de ne pas l'adopter dans des circonstances particulières pour les procédures de première instance qui sont prolongées par des appels.

Mr. Greenspan on behalf of the appellant sought to obtain a change of venue to move the proceedings to Toronto. This application was opposed by the Crown and was dismissed on August 8, 1986, less than two months prior to the trial date. This application was a reasonable request by the appellant who would understandably desire representation by counsel very familiar with the case. Opposing this application in light of the appellant's known difficulties in obtaining counsel directly contributed to the plight in which he found himself on September 22, 1986. He had no counsel. Again, while the Crown has the right to oppose such motions, its actions here directly contributed to the mounting delay.

A new trial was set for November 10, 1986. Though the attempt to expedite the proceedings appears admirable in one sense, it also created the dilemma for the appellant of having to find counsel who was available on short notice. The appellant was reasonably diligent in his attempt to find a lawyer. Affidavits were filed from seven criminal lawyers who were approached between mid-September and the end of October. They were all unable to conduct the trial on November 10. Mr. Donald Bayne on behalf of the appellant sought an adjournment on October 2 so that he could represent the appellant. This application was denied as was a further application on November 4, 1986. After a several week postponement, the trial was finally moved to April 21, 1987. I am of the view that this delay was not the responsibility of the appellant and that he did not unequivocally waive his right to a prompt trial. On the contrary, his actions demonstrated an attempt to respond to the short trial date which was scheduled. I agree with counsel for the appellant that the Crown's insistence on an unrealistically short adjournment in light of the appellant's known predicament was the principal reason for not being able to retain counsel and hence caused the delay. It is an unfortunate illustration of the saying "haste makes waste".

Me Greenspan a demandé, pour le compte de l'appelant, le changement du lieu du procès à Toronto. La poursuite s'est opposée à cette demande qui a été rejetée le 8 août 1986, moins de deux mois avant la date fixée pour le procès. Cette requête était raisonnable de la part de l'appelant qui voulait naturellement être défendu par un avocat qui connaissait parfaitement le dossier. L'opposition à cette demande, compte tenu des difficultés que l'appelant avait à se trouver un avocat, difficultés que la poursuite connaissait, a contribué à le mettre dans la situation où il s'est retrouvé le 22 septembre 1986. Il n'avait pas d'avocat. Là encore, même si la poursuite avait le droit de s'opposer à de telles demandes, sa conduite a directement contribué à allonger les délais.

Le nouveau procès a été fixé au 10 novembre 1986. Bien que les efforts déployés pour accélérer la procédure paraissent louables d'une certaine façon, ils ont aussi créé pour l'appelant la nouvelle difficulté de se trouver un avocat qui serait disponible à brève échéance. L'appelant a fait preuve de diligence raisonnable dans la recherche d'un avocat. Les affidavits de sept avocats criminalistes à qui il avait demandé, entre la mi-septembre et la fin d'octobre, d'assurer sa défense ont été produits. Aucun d'eux n'était en mesure d'assurer sa défense au procès fixé au 10 novembre. Me Donald Bayne a demandé au nom de l'appelant, le 2 octobre, un ajournement pour pouvoir assurer la défense de l'appelant. Cette demande et une autre demande présentée le 4 novembre 1986 ont été rejetées. Après plusieurs semaines d'ajournement, le procès a finalement été fixé au 21 avril 1987. Je suis d'avis que ces délais ne sont pas imputables à l'appelant et qu'il n'a pas manifestement renoncé à son droit d'être jugé avec célérité. Au contraire, ses actes démontrent qu'il a tenté de s'accommoder des très courts délais résultant des dates fixées pour le procès. Je suis de l'avis de l'avocat de l'appelant que l'insistance de la poursuite à obtenir des ajournements courts dans les circonstances difficiles où se trouvait l'appelant a été la cause principale de l'impossibilité pour celui-ci de se trouver un avocat et, en conséquence, la cause des retards. Voilà un malheureux exemple de réalisation de l'adage «le mieux est parfois l'ennemi du bien».

On April 21, 1987, the appellant sought to be tried by judge alone. As the question whether this election was available to an accused was then before the Ontario Court of Appeal the trial was again postponed, this time until October 26, 1987. The Crown could have consented to this request pursuant to s. 430(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 473(1)), but opposed it and argues that this delay is solely the responsibility of the appellant. Admittedly, the Crown had little control over the delay once it refused to allow a hearing before a judge alone. In view of the circumstances, however, and recognizing that refusal to consent is the prerogative of the Crown, I cannot accept the Crown's explanation of this delay. The antecedent delay was now chronic. The time for insisting on dubious procedural advantages had gone. This request by the appellant to be tried by judge alone was especially reasonable given his earlier experiences with jury trials. The appellant also demonstrated his sincerity in wanting to conclude the proceedings by offering to plead guilty to manslaughter.

Accordingly, I am of the opinion that substantial segments of the five-year period have not been justified or satisfactorily explained either on the basis of special circumstances of the case or that they have been waived by the appellant. As well, the appellant has demonstrated that the delay resulted in prejudice to his liberty and security interests. Furthermore, it is unlikely that a fair trial is now possible. Applying the principles in *Mills*, *supra*, and *Rahey*, *supra*, on any approach expressed therein, a breach of s. 11(*b*) is made out. I agree with the majority of this Court in *Rahey* that the minimum remedy in the event of a violation of s. 11(*b*) is a stay of proceedings. In the result, I would have allowed the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restored the order of Smith J. at trial.

Appeal dismissed, SOPINKA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Le 21 avril 1987, l'appelant a demandé à être jugé par un juge seul. Comme la Cour d'appel de l'Ontario était déjà saisie de la question de savoir s'il était possible à l'accusé de faire ce choix, le procès a une fois de plus été reporté au 26 octobre 1987. La poursuite aurait pu acquiescer à cette demande en application du par. 430(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant le par. 473(1)), mais elle s'y est opposée et a soutenu que le délai était entièrement imputable à l'appelant. Il faut reconnaître qu'après avoir refusé le procès devant un juge seul, la poursuite avait peu de contrôle sur les délais. En raison des circonstances et tout en reconnaissant que la poursuite a le pouvoir discrétionnaire de refuser, je ne puis accepter les explications fournies par la poursuite pour ce délai. Il y avait déjà eu délais sur délais. Il était trop tard pour insister sur un avantage aléatoire en matière de procédure. Cette demande de l'appelant d'être jugé par un juge seul était particulièrement raisonnable vu son expérience antérieure des procès par jury. L'appelant a aussi fait preuve de bonne foi en voulant mettre fin aux procédures en offrant d'inscrire un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable.

En conséquence, je suis d'avis qu'une partie importante du délai de cinq ans n'a pas été justifiée ni expliquée de façon satisfaisante par des circonstances exceptionnelles ou par une renonciation de l'appelant. De même, l'appelant a fait la preuve que le délai a porté atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. De plus, il est improbable que l'accusé puisse avoir un procès équitable maintenant. D'après les principes énoncés dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, précités, quelle que soit la manière d'aborder la question, il y a eu violation de l'al. 11*b*). Comme la majorité de notre Cour dans *Rahey*, j'estime que le redressement minimal en cas de violation de l'al. 11*b*) est l'arrêt des procédures. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la décision du juge Smith au procès.

Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

The Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission *Appellant*

v.

Bell Canada *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Consumers' Association of Canada, the Canadian Business Telecommunications Alliance, CNCP Telecommunications and the National Anti-Poverty Organization *Interveners*

INDEXED AS: BELL CANADA *v.* CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION)

File No.: 20525.

1989: February 21; 1989: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — CRTC jurisdiction — CRTC ordering Bell Canada to grant a one-time credit to its customers — Order to remedy imposition of interim rates approved by CRTC in 1984 and 1985 and found to be excessive in 1986 — Whether CRTC had jurisdiction to make such an order — Whether CRTC's interim rate order may be reviewed in a retrospective manner — Whether CRTC's power to fix "just and reasonable" rates for Bell Canada involves the regulation of its revenues — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 335(1), (2), (3), 340(5) — National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 52, 60, 66, 68(1).

In March 1984, Bell Canada filed an application with the CRTC for a general rate increase. To prevent a serious deterioration in Bell Canada's financial situation while awaiting the hearing and the final decision on the merits, the CRTC granted Bell Canada an interim rate increase of 2 per cent effective January 1, 1985. The interim rate increase was calculated on the basis of financial information provided by Bell Canada. In its decision, however, the CRTC clearly expressed the intention to review this interim rate increase in its final decision on Bell Canada's application on the basis of complete financial information for the years 1985 and

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes *Appelant*

c.

Bell Canada *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, l'Association des consommateurs du Canada, l'Alliance canadienne des télécommunications de l'entreprise, Télécommunications CNCP et l'Organisation nationale anti-pauvreté *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BELL CANADA *c.* CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES)

N° du greffe: 20525.

1989: 21 février; 1989: 22 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Compétence du CRTC — Ordonnance du CRTC enjoignant à Bell Canada d'accorder un crédit forfaitaire à ses abonnés — Ordonnance visant à remédier à l'imposition de taux provisoires approuvés par le CRTC en 1984 et 1985 et jugés excessifs en 1986 — Le CRTC avait-il compétence pour rendre cette ordonnance? — L'ordonnance du CRTC imposant des taux provisoires peut-elle être révisée rétroactivement? — Le pouvoir du CRTC d'imposer des taux «justes et raisonnables» à Bell Canada comporte-t-il la réglementation de ses revenus? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3, art. 335(1), (2), (3), 340(5) — Loi sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 52, 60, 66, 68(1).

En mars 1984, Bell Canada a présenté au CRTC une demande de majoration tarifaire générale. Afin d'empêcher que la situation financière de Bell Canada ne se détériore gravement avant l'audience et la décision finale sur le fond, le CRTC a accordé à Bell Canada une majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100 entrant en vigueur le 1er janvier 1985. Le calcul de la majoration tarifaire provisoire s'est fait à partir des données financières fournies par Bell Canada. Dans sa décision, toutefois, le CRTC a clairement manifesté l'intention de réviser cette majoration tarifaire provisoire dans sa décision finale portant sur la demande de majoration tari-

1986. In 1985, given Bell Canada's improved financial situation, the CRTC ordered Bell Canada to file revised tariffs effective as of September 1, 1985. As a result of this decision, Bell Canada was forced to charge the rates effective before its application for a rate increase filed in March 1984. These new rates too were interim in nature. In October 1986, notwithstanding Bell Canada's request to withdraw its initial application for a general rate increase, the CRTC reviewed Bell Canada's financial situation and the appropriateness of its rates. The CRTC established appropriate levels of profitability for Bell Canada on the basis of its return on equity and found that, in 1985 and 1986, it had earned excess revenues for a total of $206 million. Although Bell Canada always charged rates approved by the CRTC, the latter decided that Bell Canada could not retain these excess revenues and ordered it to distribute the excess revenues through a one-time credit to be granted to certain classes of customers. On appeal, the Federal Court of Appeal quashed the CRTC's order. This appeal is to determine (1) whether the CRTC had the legislative authority to review the revenues made by Bell Canada during the period when interim rates were in force; and (2) whether the CRTC had jurisdiction to make an order compelling Bell Canada to grant a one-time credit to its customers.

Held: The appeal should be allowed.

The CRTC's decisions are subject to appeal to the Federal Court of Appeal on questions of law or jurisdiction by virtue of s. 68(1) of the *National Transportation Act*. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise. Here, Bell Canada is challenging the CRTC's decision on a question of law and jurisdiction involving the nature of interim decisions and the extent of the powers conferred on the CRTC when it makes interim decisions. This question cannot be solved without an analysis of the procedural scheme created by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*. The decision impugned by Bell Canada is therefore not a decision which falls within the CRTC's area of special expertise and is pursuant to s. 68(1) subject to review in accordance with the principles governing appeals. Indeed, the CRTC was not created for the purpose of interpreting the *Railway Act* or the *National Transportation Act* but

faire générale de Bell Canada sur la base des données financières complètes pour les années 1985 et 1986. En 1985, devant l'amélioration de la situation financière de Bell Canada, le CRTC a ordonné à Bell Canada de déposer des révisions tarifaires devant entrer en vigueur le 1er septembre 1985. Suite à cette décision, Bell Canada a dû imposer les taux en vigueur avant que sa demande de majoration tarifaire ne soit déposée en mars 1984. Ces nouveaux taux étaient eux aussi provisoires. En octobre 1986, sans égard à la demande de Bell Canada de retirer sa requête initiale en majoration tarifaire générale, le CRTC a examiné la situation financière de Bell Canada et le caractère raisonnable de ses taux. Le CRTC a établi les niveaux de rentabilité appropriés pour Bell Canada en se fondant sur le taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires et a conclu qu'en 1985 et 1986 elle avait accumulé des revenus excédentaires de 206 millions de dollars. Même si Bell Canada a toujours imposé des taux approuvés par le CRTC, ce dernier a jugé que Bell Canada ne pouvait conserver ces revenus excédentaires et lui a ordonné de les rembourser à certaines catégories d'abonnés au moyen d'un crédit forfaitaire. En appel, la Cour d'appel fédérale a annulé l'ordonnance du CRTC. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la loi permettait au CRTC d'examiner les revenus réalisés par Bell Canada pendant la période où les taux provisoires étaient en vigueur et (2) si le CRTC avait compétence pour rendre une ordonnance enjoignant à Bell Canada d'accorder un crédit forfaitaire à ses abonnés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les décisions du CRTC sont susceptibles d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence en vertu du par. 68(1) de la *Loi sur les transports nationaux*. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise. En l'espèce, Bell Canada conteste la décision du CRTC sur une question de droit et de compétence relative à la nature des décisions provisoires et à l'étendue des pouvoirs conférés au CRTC lorsqu'il rend des décisions provisoires. On ne peut résoudre cette question sans analyser le régime de procédure créé par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*. La décision contestée par Bell Canada ne relève donc pas du champ d'expertise particulier du CRTC et est, conformément au par. 68(1), susceptible de contrôle selon les principes qui régissent les appels. En effet, le CRTC a été créé non pas dans le but d'interpréter la *Loi*

rather to ensure, amongst other duties, that telephone rates are always "just and reasonable".

The fixing of tolls and tariffs that are "just and reasonable" necessarily involves, albeit in a seemingly indirect manner, the regulation of the revenues of the regulated entity as the administrative tribunal must balance the interests of the customers with the necessity of ensuring that the regulated entity is allowed to make sufficient revenues to finance the costs of the services it sells to the public. In fixing fair and reasonable tolls in this case, the CRTC had to take into consideration the level of revenues needed by Bell Canada.

The CRTC had the power to revisit the period during which interim rates were in force. Such power is implied in the power to make interim orders within the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*. It is inherent in the nature of interim orders that their effect as well as any discrepancy between the interim order and the final order may be reviewed and remedied by the final order. It is the interim nature of the order which makes it subject to further retrospective directions. The circumstances under which they are granted also explains and justifies their being, unlike final orders, subject to retrospective review and remedial orders. Interim rate orders dealing in an interlocutory manner with issues which remain to be decided in a final decision are traditionally granted for the purpose of relieving the applicant from the deleterious effects caused by the length of the proceedings. Such decisions are made in an expeditious manner on the basis of evidence which would often be insufficient for the purposes of the final decision. To hold in this case that the interim rates could not be reviewed would not only be contrary to the nature of interim orders, it would also frustrate and subvert the CRTC's order approving interim rates which clearly indicates its intention to review the rates charged for 1985 up to the date of the final decision.

There should be no concern over the financial stability of regulated utility companies where one deals with the power to revisit interim rates. The very purpose of interim rates is to allay the prospect of financial instability which can be caused by the duration of proceedings before a regulatory tribunal. The added flexibility provided by the power to make interim orders is meant to

sur les chemins de fer ou la *Loi sur les transports nationaux*, mais plutôt pour assurer, notamment, que les tarifs de téléphone soient toujours «justes et raisonnables».

L'établissement de taxes et de tarifs «justes et raisonnables» comporte forcément, quoique d'une façon apparemment indirecte, la réglementation des revenus de l'organisme réglementé puisque le tribunal administratif doit soupeser les intérêts des consommateurs en fonction de la nécessité que l'organisme réglementé puisse gagner des revenus suffisants pour financer les coûts des services qu'il vend au public. Pour fixer des taxes qui soient justes et raisonnables en l'espèce, le CRTC devait tenir compte des besoins en revenus de Bell Canada.

Le CRTC avait le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur. Le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte implicitement ce pouvoir dans le régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*. Il relève de la nature même des ordonnances provisoires que leur effet ainsi que toute divergence entre une ordonnance provisoire et une ordonnance définitive peuvent être révisés et corrigés dans l'ordonnance définitive. C'est le caractère provisoire de l'ordonnance qui la rend sujette à de plus amples instructions rétroactives. Les circonstances dans lesquelles elles sont accordées expliquent et justifient davantage pourquoi elles peuvent, contrairement aux ordonnances définitives, être révisées rétroactivement et faire l'objet d'une ordonnance de redressement. Les ordonnances tarifaires provisoires qui traitent de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale sont traditionnellement accordées pour éviter que le requérant ne subisse les effets néfastes de la longueur des procédures. Ces décisions sont prises rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Conclure en l'espèce que les taux provisoires ne pouvaient pas être révisés serait non seulement contraire à la nature des ordonnances provisoires, mais encore aurait pour effet de contrecarrer l'ordonnance dans laquelle le CRTC a approuvé les taux provisoires et a indiqué clairement son intention de réviser les taux imposés à compter de 1985 jusqu'à la date de la décision finale.

La stabilité financière des services publics réglementés ne devrait soulever aucune difficulté lorsqu'il s'agit de traiter du pouvoir de réexaminer des tarifs provisoires. L'objet même des tarifs provisoires est de dissiper les risques d'instabilité financière liés à la longueur des procédures devant un tribunal administratif. La souplesse supplémentaire que procure le pouvoir de rendre

foster financial stability throughout the regulatory process. The power to revisit the period during which interim rates were in force is a necessary corollary of this power without which interim orders made in emergency situations may cause irreparable harm and subvert the fundamental purpose of ensuring that rates are just and reasonable.

Even though Parliament has decided to adopt a positive approval regulatory scheme for the regulation of telephone rates, the added flexibility provided by the power to make interim orders indicates that the CRTC is empowered to make orders as of the date at which the initial application was made or as of the date the CRTC initiated the proceedings of its own motion. The power to make interim orders necessarily implies the power to modify in its entirety the rate structure previously established by final order. As a result, the rate review process does not begin at the date of the final hearing; instead, the rate review begins when the CRTC sets interim rates pending a final decision on the merits.

Finally, once it is decided that the CRTC has the power to revisit the period during which interim rates were in force for the purpose of ascertaining whether they were just and reasonable, it follows that it has the power to make a remedial order where, in fact, these rates were not just and reasonable. In any event, s. 340(5) of the *Railway Act* provides a sufficient statutory basis for the power to make remedial orders including an order to give a one-time credit to certain classes of customers. While the one-time credit order will not necessarily benefit the customers who were actually billed excessive rates, once it is found that the CRTC has the power to make a remedial order, the nature and extent of this order remain within its jurisdiction in the absence of any specific statutory provision on this issue.

Cases Cited

Approved: *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705; **referred to**: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *Re Ontario Public Service Employees Union and Forer* (1985), 52 O.R. (2d) 705; *Re City of Ottawa and Ottawa Professional Firefight-*

des ordonnances provisoires vise à favoriser la stabilité financière tout au long du processus de réglementation. Le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur est forcément accessoire à ce pouvoir sans lequel les ordonnances provisoires rendues dans des situations d'urgence peuvent causer un préjudice irréparable et contrecarrer l'objectif fondamental d'assurer le maintien de taux justes et raisonnables.

Même si le Parlement a décidé d'adopter un système de réglementation des tarifs de téléphone par voie d'approbation, la souplesse additionnelle que procure le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires indique que le CRTC peut rendre des ordonnances effectives à compter de la date du dépôt de la demande initiale ou de la date à laquelle le CRTC a entrepris les procédures de son propre chef. Le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte forcément le pouvoir de modifier en entier la structure des taux établie antérieurement dans l'ordonnance définitive. Par conséquent, le processus de révision des taux ne commence pas à la date de la dernière audience; la révision des taux commence plutôt lorsque le CRTC établit des taux provisoires en attendant qu'une décision finale sur le fond soit rendue.

Enfin, une fois qu'il a été décidé que le CRTC a le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur pour déterminer s'ils sont justes et raisonnables, il s'ensuit qu'il a le pouvoir d'ordonner un redressement lorsqu'en fait ces taux n'étaient pas justes et raisonnables. En tout état de cause, le par. 340(5) de la *Loi sur les chemins de fer* fournit un fondement légal suffisant au pouvoir d'ordonner un redressement, y compris celui d'ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire à certaines catégories d'abonnés. Bien que ce ne soit pas les abonnés à qui des taux excessifs ont été facturés qui vont nécessairement profiter du crédit forfaitaire ordonné, une fois qu'on a conclu que le CRTC a le pouvoir d'ordonner un redressement, la nature et l'étendue de cette ordonnance relèvent de sa compétence en l'absence d'une disposition législative expresse sur cette question.

Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705; **arrêts mentionnés**: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Re Ontario Public Service Employees Union and Forer* (1985), 52 O.R. (2d) 705; *Re City of Ottawa and*

ers' Association, Local 162 (1987), 58 O.R. (2d) 685; *Greyhound Lines of Canada Ltd. v. Canadian Human Rights Commission* (1987), 78 N.R. 192; *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission* (1987), 79 N.R. 13; *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R. 837; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *City of Calgary v. Madison Natural Gas Co.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 655; *United States v. Fulton*, 475 U.S. 657 (1986); *Trans Alaska Pipeline Rate Cases*, 436 U.S. 631 (1978); *Regina v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1966), 60 D.L.R. (2d) 703; *Re Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission* (1978), 87 D.L.R. (3d) 727; *Nova v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437.

Statutes and Regulations Cited

CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, Parts III, VII.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 64.
National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 49, 52, 60(2), 61, 66, 68(1).
Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 334 to 340.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1988] 1 F.C. 296, 43 D.L.R. (4th) 30, 78 N.R. 58, quashing an order of the CRTC. Appeal allowed.

Raynold Langlois, *Q.C.*, *Greg Van Koughnett* and *Luc Huppé*, for the appellant.

Gérald R. Tremblay, *Q.C.*, and *Michel Racicot*, for the respondent.

Graham Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet Yale, for the intervener the Consumer's Association of Canada.

Kenneth G. Engelhart, for the intervener the Canadian Business Telecommunications Alliance.

Michael Ryan, for the intervener CNCP Telecommunications.

Andrew Roman and *Robert Horwood*, for the intervener the National Anti-Poverty Organization.

Ottawa Professional Firefighters' Association, Local 162 (1987), 58 O.R. (2d) 685; *Greyhound Lines of Canada Ltd. c. Commission canadienne des droits de la personne* (1987), 78 N.R. 192; *Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports* (1987), 79 N.R. 13; *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *City of Calgary v. Madison Natural Gas Co.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 655; *United States v. Fulton*, 475 U.S. 657 (1986); *Trans Alaska Pipeline Rate Cases*, 436 U.S. 631 (1978); *Regina v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1966), 60 D.L.R. (2d) 703; *Re Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission* (1978), 87 D.L.R. (3d) 727; *Nova c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437.

Lois et règlements cités

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 64.
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3, art. 334 à 340.
Loi sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 49, 52, 60(2), 61, 66, 68(1).
Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, parties III, VII.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1988] 1 C.F. 296, 43 D.L.R. (4th) 30, 78 N.R. 58, qui a annulé une ordonnance du CRTC. Pourvoi accueilli.

Raynold Langlois, *c.r.*, *Greg Van Koughnett* et *Luc Huppé*, pour l'appelant.

Gérald R. Tremblay, *c.r.*, et *Michel Racicot*, pour l'intimée.

Graham Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet Yale, pour l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada.

Kenneth G. Engelhart, pour l'intervenante l'Alliance canadienne des télécommunications de l'entreprise.

Michael Ryan, pour l'intervenante Télécommunications CNCP.

Andrew Roman et *Robert Horwood*, pour l'intervenante l'Organisation nationale anti-pauvreté.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—The present case is an appeal against a decision of the Federal Court of Appeal which quashed one of the orders made by the appellant in Telecom Decision CRTC 86-17 ("Decision 86-17"). The impugned order compelled the respondent to distribute $206 million in excess revenues earned in the years 1985 and 1986 through a one-time credit to be granted to certain classes of customers. The respondent does not contest the factual findings on which Decision 86-17 is based nor does it claim that this order would unduly prejudice its financial position. None of the other orders made in Decision 86-17 are challenged.

The appellant claims that the purpose of the challenged order was to provide telephone users with a remedy against interim rates which turned out to be excessive on the basis of the findings of fact made by the appellant following a final hearing held in the summer of 1986 for the purpose of setting rates to be charged by the respondent in the years 1985 and following. These findings of fact are reported in Decision 86-17. Since this case turns on the proper characterization of the one-time credit order made in Decision 86-17, it is important to describe the procedural history of the administrative proceedings which led to the order now contested by the respondent.

I—The facts

On March 28, 1984, the respondent applied for a general rate increase under Part VII of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*, SOR/79-554, which provides for a summary public process to deal with special applications. The respondent claimed that the Canadian Government's restraint program restricting rate increases of federally regulated utilities to 5 per cent and 6 per cent was sufficient justification to dispense with the normal procedure for general rate increase applications set out in Part III of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*. In Telecom Decision CRTC 84-15, the appellant rejected this application on the ground that the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a annulé une des ordonnances rendues par l'appelant dans la décision Télécom CRTC 86-17 («décision 86-17»). Aux termes de l'ordonnance contestée, l'intimée devait rembourser à certaines catégories d'abonnés les revenus excédentaires de 206 millions de dollars réalisés au cours des années 1985 et 1986 au moyen d'un crédit forfaitaire. L'intimée ne conteste pas les conclusions de fait sur lesquelles se fonde la décision 86-17 et ne prétend pas que cette ordonnance porterait un préjudice indu à sa situation financière. Les autres ordonnances que comporte la décision 86-17 ne sont pas contestées.

L'appelant prétend que le but de l'ordonnance contestée était d'accorder aux usagers du téléphone un redressement contre des tarifs provisoires qui se sont révélés excessifs compte tenu des conclusions de fait auxquelles l'appelant est parvenu à la suite d'une dernière audience tenue au cours de l'été 1986 pour établir les taux à être imposés par l'intimée à compter de 1985. Ces conclusions de fait sont énoncées dans la décision 86-17. Puisque cette affaire porte sur la façon dont il faut qualifier l'ordonnance de crédit forfaitaire contenue dans la décision 86-17, il est important de faire l'historique des procédures administratives à l'origine de l'ordonnance que conteste maintenant l'intimée.

I—Les faits

Le 28 mars 1984, l'intimée a présenté une demande de majoration tarifaire générale en vertu de la partie VII des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, DORS/79-554, qui prescrit une procédure sommaire publique pour les requêtes particulières. L'intimée a prétendu que le programme de restriction du gouvernement canadien qui limite les majorations tarifaires des services publics régis par le gouvernement fédéral à 5 pour 100 et 6 pour 100 constituait un motif suffisant de se soustraire à la procédure normalement applicable aux demandes de majoration tarifaire générale, procédure qui est énoncée à la partie III des *Règles de procédure du CRTC en*

respondent had failed to use the appropriate procedure set out in Part III of these rules. However, the appellant indicated that if the respondent was to suffer financial prejudice as a result of the delays involved in preparing for the more complex procedure set out in Part III, it could always apply for interim relief pending a hearing and a decision on the merits (at pp. 8-9):

> The Commission recognizes that, in 1985 and beyond, in the absence of rate relief, a deterioration in the Company's financial position could occur. In this regard, if the Company should find it necessary to file an application for a general rate increase under Part III of the Rules, the Commission would be prepared to schedule a public hearing on such an application in the fall of 1985. Should Bell consider it necessary to seek rate increases to come into effect earlier in 1985 than this schedule would allow, it may of course apply for interim relief. In the event Bell were to seek such interim relief, it would be open to the Company to suggest that the Commission's traditional test for determining interim rate applications is overly restrictive in light of the Commission hearing schedule and to put forward proposals for an alternative test for consideration. [Emphasis added.]

On September 4, 1984, the respondent filed an application for a general rate increase based on 1985 financial data which would come into effect on January 1, 1986. At the same time, the respondent applied for an interim rate increase of 3.6 per cent.

In Telecom Decision CRTC 84-28 ("Decision 84-28") rendered on December 19, 1984, the appellant set out the following policy previously adopted in Telecom Decision CRTC 80-7 with respect to the granting of interim rate increases (at pp. 8-9):

> The Commission's policy concerning interim rate increases, enunciated in Decision 80-7, is as follows:
>
> > The Commission considers that, as a rule, general rate increases should only be granted following the full public process contemplated by Part III of its Telecommunications Rules of Procedure. In the absence of such a process, general rate increases should not in the Commission's view be granted, even on an interim

matière de télécommunications. Dans la décision Télécom CRTC 84-15, l'appelant a rejeté cette demande pour le motif que l'intimée n'avait pas suivi la procédure appropriée de la partie III des Règles. L'appelant a toutefois indiqué que si l'intimée devait subir un préjudice financier par suite des délais que comporte la mise en œuvre de la procédure plus complexe établie à la partie III, elle pourrait toujours demander un redressement provisoire en attendant l'audience et une décision sur le fond (aux pp. 8 et 9):

> Le Conseil reconnaît que, en 1985 et au-delà, en l'absence de redressement tarifaire, la position financière de la compagnie pourrait se détériorer. À cet égard, le Conseil serait disposé à tenir une audience publique portant sur une telle requête à l'automne de 1985 si la compagnie juge nécessaire de déposer une requête en majoration tarifaire générale en vertu de la partie III des Règles. Si Bell estimait nécessaire d'obtenir une majoration tarifaire devant entrer en vigueur plus tôt en 1985 que ne le permettrait cet échéancier, elle pourrait, il va sans dire, demander un redressement provisoire de ses tarifs. Le cas échéant, et Bell jugeant trop restrictive, compte tenu du calendrier des audiences du Conseil, la méthode que celui-ci utilise pour déterminer s'il y a lieu d'agréer une requête en majoration tarifaire provisoire, il lui serait loisible de proposer des solutions de rechange aux fins d'étude par le Conseil. [Je souligne.]

Le 4 septembre 1984, l'intimée a présenté une demande de majoration tarifaire générale fondée sur ses données financières de 1985, cette majoration devant entrer en vigueur le 1er janvier 1986. Au même moment, elle a demandé une majoration tarifaire provisoire de 3,6 pour 100.

Dans la décision Télécom CRTC 84-28 («décision 84-28») du 19 décembre 1984, l'appelant a énoncé la politique suivante qui avait été adoptée antérieurement dans la décision Télécom CRTC 80-7 relativement aux demandes de majoration tarifaire provisoire (aux pp. 8 et 9):

> La politique du Conseil en matière de majorations tarifaires provisoires, énoncée dans la décision 80-7, est la suivante:
>
> > Le Conseil estime que, en principe, les majorations tarifaires générales ne devraient être accordées qu'à la suite du processus public complet envisagé à la partie III de ses Règles de procédure en matière de télécommunications. En l'absence d'un tel processus, les majorations tarifaires générales ne devraient pas,

basis, except where special circumstances can be demonstrated. Such circumstances would include lengthy delays in dealing with an application that could result in a serious deterioration in the financial condition of an applicant absent a general interim increase. [Emphasis added.]

The respondent argued that its financial situation warranted an interim rate increase and did not question the reasonableness of this policy. The appellant agreed with the respondent's submission that, in the absence of interim rate increases, it might suffer from serious financial deterioration and awarded an interim rate increase of 2 per cent. In this decision, the appellant required the respondent to prepare for a hearing to be held in the fall of 1985 for the purpose of assessing the respondent's application for a final order increasing its rates on the basis of two test years, 1985 and 1986. Decision 84-28 also states at p. 10 the reasons why the interim rate increase was set at 2 per cent:

In determining the amount of interim rate increases required under the circumstances, the Commission has taken into account the following factors:

1) While the company stated that an interest coverage ratio of 4.0 times is required, the Commission regards the maintenance of the coverage ratio of 3.8 times, projected by the Company for 1984, as sufficient for the purposes of this interim decision.

2) With regard to the level of ROE ["return on equity"], the Commission is of the view that, for 1985, and subject to review in the course of its consideration of the Company's general rate increase application in the fall of 1985, 13.7% is appropriate for determining the amount of rate increases to be permitted pursuant to this interim increase application.

3) With regard to the Company's 1985 expense forecasts, the Commission notes that the inflation factor used by the Company is higher than the current consensus forecast of the inflation rate for 1985 and considers that Bell's forecast of its 1985 Operating Expenses could be overestimated by approximately $25 million.

selon le Conseil, être accordées même de façon intérimaire sauf si le requérant peut démontrer qu'il s'agit de circonstances spéciales. Ce pourrait être le cas, par exemple, si de longs délais dans le traitement d'une requête entraînaient une dégradation sérieuse de la situation financière d'un requérant à moins d'une majoration tarifaire intérimaire. [Je souligne.]

L'intimée a soutenu que sa situation financière justifiait une majoration tarifaire provisoire, sans remettre en question le caractère raisonnable de cette politique. L'appelant s'est dit d'accord avec l'argument de l'intimée selon lequel, en l'absence de majorations tarifaires provisoires, la situation financière de celle-ci pourrait se détériorer gravement et il lui a accordé une majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100. Dans cette décision, l'appelant a exigé que l'intimée se prépare à une audience qui serait tenue à l'automne 1985 en vue d'examiner sa demande d'ordonnance définitive en majoration de ses tarifs sur la base de deux années témoins, soit 1985 et 1986. Les motifs pour lesquels la majoration tarifaire provisoire a été fixée à 2 pour 100 sont exposés à la p. 10 de la décision 84-28:

Lorsqu'il a étudié le pourcentage de majorations tarifaires provisoires requis dans les circonstances, le Conseil a tenu compte des facteurs suivants:

1) Même si la compagnie a déclaré qu'un coefficient de couverture de l'intérêt de 4,0 est nécessaire, le Conseil considère le maintien d'un coefficient de couverture de 3,8, prévu par la compagnie pour 1984, comme suffisant aux fins de la présente décision provisoire.

2) Pour ce qui est du niveau du RAO [«taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires»], le Conseil estime que, pour 1985, et sous réserve d'un examen au cours de l'étude qu'il fera de la requête en majoration tarifaire générale de la compagnie à l'automne 1985, 13,7 % sont suffisants pour déterminer le pourcentage des majorations tarifaires à autoriser en vertu de la présente requête en majoration tarifaire provisoire.

3) Quant aux prévisions des dépenses de la compagnie pour 1985, le Conseil note que le facteur d'inflation utilisé par la compagnie est supérieur aux prévisions actuelles du taux d'inflation pour 1985 et considère que les prévisions de dépenses d'exploitation de Bell pour cette année-là pourraient être surestimées d'environ 25 millions de dollars.

Taking the above factors into account, the Commission has decided that an interim rate increase of 2% for all services in respect of which rate increases were requested by the Company in the interim application is appropriate at this time. This increase is expected to generate additional revenues of $65 million from 1 January 1985 to 31 December 1985. To permit the review of the Company's 1985 revenue requirement by the Commission at the fall 1985 public hearing, Bell is directed to file its 4 June 1985 general rate increase application on the basis of two test years, 1985 and 1986. [Emphasis added.]

Compte tenu des facteurs susmentionnés, le Conseil a jugé qu'une majoration tarifaire provisoire de 2 % pour tous les services pour lesquels des hausses tarifaires sont demandées par la compagnie dans la requête provisoire convient pour l'instant. Cette augmentation devrait générer des recettes additionnelles de 65 millions de dollars entre le 1er janvier 1985 et le 31 décembre 1985. Pour lui permettre d'examiner les besoins en matière de revenus de la compagnie pour 1985 à l'audience publique qui aura lieu à l'automne de 1985, le Conseil ordonne à Bell de déposer sa requête en majoration tarifaire générale du 4 juin 1985 sur la base de deux années témoin, soit 1985 et 1986. [Je souligne.]

The reasons set out in the appellant's decision indicate that the interim rate increase was calculated on the basis of financial information provided by the respondent without placing this information under the scrutiny normally associated with hearings made under Part III of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*. Furthermore, the appellant clearly expressed the intention to review this interim rate increase in its final decision on the respondent's application for a general rate increase on the basis of financial information for the years 1985 and 1986. Given the content of the appellant's final decision, it is also important to note that the 2 per cent interim rate increase was calculated on the assumption that the respondent's return on equity for 1985 should be 13.7 per cent, subject to review in the final decision.

Dans les motifs de sa décision, l'appelant indique que le calcul de la majoration tarifaire provisoire s'est fait à partir des données financières fournies par l'intimée sans que celles-ci aient fait l'objet de l'examen minutieux qui est normalement associé aux audiences tenues en application de la partie III des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*. En outre, l'appelant a clairement manifesté l'intention de réviser cette majoration tarifaire provisoire dans sa décision finale portant sur la demande de majoration tarifaire générale présentée par l'intimée sur la base des données financières relatives aux années 1985 et 1986. Compte tenu des motifs de la décision finale de l'appelant, il est également important de souligner que le calcul de la majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100 a été fait à partir de l'hypothèse que le taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires en 1985 devrait être de 13,7 pour 100, sous réserve d'une révision lors de la décision finale.

The respondent's financial situation later improved thereby reducing the necessity to proceed with an early hearing for the purpose of obtaining a general and final rate increase. By letter dated March 20, 1985, the respondent asked for this hearing to be postponed to February 10, 1986, suggesting however that the 2 per cent interim increase be given immediate final approval. In CRTC Telecom Public Notice 1985-30 dated April 16, 1985, the appellant granted the postponement but refused to grant the final approval requested by the respondent without further investigation into this matter. The Commission added that it would monitor the respondent's

La situation financière de l'intimée s'étant ultérieurement améliorée, il n'était plus aussi nécessaire de procéder sans tarder à l'audience pour obtenir une majoration tarifaire générale et définitive. Dans une lettre en date du 20 mars 1985, l'intimée a demandé que cette audience soit reportée au 10 février 1986 tout en suggérant que la majoration provisoire de 2 pour 100 soit approuvée immédiatement de façon définitive. Dans l'avis public Télécom CRTC 1985-30 en date du 16 avril 1985, l'appelant a accordé le report, mais a refusé d'accorder l'approbation définitive demandée par l'intimée sans procéder à un examen plus poussé de la question. Le Conseil a ajouté qu'il surveillerait

financial situation on a monthly basis and ordered the filing of monthly statements (at p. 4):

In view of the improving trend in the Company's financial performance, the Commission further directs as follows:

Bell Canada is to provide to the Commission for the balance of 1985, within 30 days after the end of each month, commencing with April 1985, a full year forecast of revenues and expenses on a regulated basis for the year 1985, together with the estimated financial ratios including the projected regulated return on common equity.

The Commission will monitor the Company's financial performance during 1985, in order to determine whether any further rate action may be necessary. [Emphasis added.]

Again, the appellant clearly expressed its intention to prevent abuse of interim rate increases.

After a review of the July financial information filing ordered in CRTC Telecom Public Notice 1985-30, the appellant asked the respondent to provide reasons why the interim rate increase of 2 per cent should remain in force given its improved financial situation. The respondent was unable to convince the appellant that this interim increase remained necessary to avoid financial deterioration and was accordingly ordered to file revised tariffs effective as of September 1, 1985, at pp. 4-5 of Telecom Decision CRTC 85-18:

In view of the improving trend in Bell's financial performance, the Commission is satisfied that the company no longer needs the 2% interim increases which were awarded in Decision 84-28 in order to avoid serious financial deterioration in 1985. Accordingly, Bell is directed to file revised tariffs forthwith, with an effective date of 1 September 1985, to suspend these increases.

In arriving at its decision the Commission has estimated that, with interim rates in effect for the complete year, the company would earn an ROE ["return on equity"] of approximately 14.5% in 1985, a return well in excess of the 13.7% considered appropriate for determining the 2% interim rate increases. The Commission also projected that interest coverage would be approximately 3.9 times. This would improve on the actual 1984 coverage

la situation financière de l'intimée sur une base mensuelle et a ordonné la production d'états financiers mensuels (à la p. 4):

Compte tenu de la tendance à l'amélioration du rendement financier de la compagnie, le Conseil lui ordonne de plus ce qui suit:

Bell Canada présentera au Conseil, pour le reste de 1985, et ce 30 jours après la fin de chaque mois à compter d'avril 1985, des prévisions des revenus et dépenses pour une année complète, sur une base réglementée pour l'année 1985, ainsi que des ratios financiers estimatifs, y compris le taux de rendement réglementé de l'avoir des détenteurs d'actions ordinaires.

Le Conseil surveillera le rendement financier de la compagnie pour 1985, afin d'établir s'il y a lieu ou non de prendre d'autres mesures de tarification. [Je souligne.]

L'appelant a encore une fois manifesté clairement son intention d'empêcher qu'on abuse des demandes de majoration tarifaire provisoire.

Après avoir examiné les états financiers du mois de juillet, déposés conformément à l'avis public Télécom CRTC 1985-30, l'appelant a demandé à l'intimée d'expliquer pourquoi la majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100 devrait être maintenue compte tenu de l'amélioration de sa situation financière. L'intimée n'a pas su convaincre l'appelant que cette majoration provisoire était toujours nécessaire pour éviter une détérioration de sa situation financière et l'appelant lui a donc ordonné de déposer des révisions tarifaires devant entrer en vigueur le 1er septembre 1985, aux pp. 4 et 5 de la décision Télécom CRTC 85-18:

Compte tenu de la tendance à l'amélioration du rendement financier de Bell, le Conseil est convaincu que la compagnie n'a plus besoin des majorations provisoires de 2 % consenties dans la décision 84-28, afin d'éviter une grave détérioration de sa situation financière en 1985. En conséquence, il est ordonné à Bell de déposer sans délai des révisions tarifaires devant entrer en vigueur le 1er septembre 1985, qui suspendent ces majorations.

Pour en arriver à sa décision, le Conseil a estimé que, si les tarifs provisoires avaient été en vigueur toute l'année, la compagnie obtiendrait un RAO [«taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires»] d'environ 14,5 % en 1985, soit un rendement bien au-dessus du taux de 13,7 % qui avait été considéré comme étant convenable pour l'établissement des majorations tarifaires provisoires de 2 %. Le Conseil a égale-

of 3.8 times. These estimates are not significantly different from Bell's current expectation of its 1985 results.

The Commission will make its final determination of Bell's revenue requirement for the year 1985 in the general rate proceeding currently scheduled to commence with an application to be filed on 10 February 1986. [Emphasis added.]

As a result of this decision, the respondent was forced to charge the rates effective before its application for a rate increase filed on March 28, 1984. However, even though the rates effective as of September 1, 1985, were numerically identical to the rates in force under the previous final decision prior to the interim increase, these new rates remained interim in nature. In fact, the appellant reiterated its intention to review the rates actually charged during 1985 and 1986.

On October 31, 1985, the respondent decided not to proceed with its application for a general rate increase and requested that its procedures be withdrawn. In CRTC Telecom Public Notice 1985-85, the appellant decided to review the respondent's financial situation and therefore the appropriateness of its rates notwithstanding its request to withdraw its initial application for a general rate increase (at pp. 3-4):

In light of these forecasts and the degree to which the company's rate structure is expected to be considered in separate proceedings, Bell stated that it wished to refrain from proceeding with the application scheduled to be filed on 10 February 1986. Accordingly, the company requested the withdrawal of the amended Directions on Procedure issued by the Commission in Public Notice 1985-30.

The Commission notes that the appropriate rate of return for Bell has not been reviewed in an oral hearing since the proceeding which culminated in *Bell Canada—General Increase in Rates*, Telecom Decision CRTC 81-15, 20 September 1981 (Decision 81-15). The Commission considers that, given Bell's current forecasts, it would be appropriate to review the company's cost of equity for the years 1985, 1986 and 1987 in the proceeding scheduled for 1986. Such a review would allow consideration of the changing financial and economic environment.

ment prévu que le coefficient de couverture de l'intérêt serait d'environ 3,9, ce qui serait supérieur au coefficient réel de 1984 qui s'établissait à 3,8. Ces estimations ne sont pas sensiblement différentes des prévisions courantes des résultats de Bell pour 1985.

Le Conseil rendra sa décision définitive pour ce qui est des besoins en matière de revenus de Bell pour l'année 1985 dans le cadre de l'instance portant sur des majorations tarifaires générales qui devrait débuter par le dépôt d'une requête, le 10 février 1986. [Je souligne.]

Suite à cette décision, l'intimée a dû imposer les taux en vigueur avant le dépôt, le 28 mars 1984, de sa demande de majoration tarifaire. Cependant, même si les taux devant entrer en vigueur le 1er septembre 1985 étaient numériquement identiques aux taux en vigueur qui avaient été fixés dans la dernière décision finale rendue avant la majoration provisoire, ces nouveaux taux étaient toujours provisoires. D'ailleurs, l'appelant a exprimé de nouveau son intention de réviser les taux effectivement imposés au cours des années 1985 et 1986.

Le 31 octobre 1985, l'intimée a décidé de ne pas déposer sa demande de majoration tarifaire générale et a demandé que sa procédure soit retirée. Dans l'avis public Télécom CRTC 1985-85, l'appelant a décidé d'examiner la situation financière de l'intimée et, par conséquent, le caractère raisonnable de ses taux sans égard à sa demande de retrait de sa requête initiale en majoration tarifaire générale (aux pp. 3 et 4):

En raison de ces prévisions et de la mesure dans laquelle la structure tarifaire de la compagnie devrait être étudiée dans des instances distinctes, Bell a déclaré qu'elle désirait s'abstenir de l'instance, sa requête devant être déposée le 10 février 1986. La compagnie a donc demandé le retrait des Directives sur la procédure modifiées telles que publiées par le Conseil dans l'avis public 1985-30.

. . . .

Le Conseil constate que le taux de rendement approprié de Bell n'a pas été examiné dans le cadre d'une audience avec comparution depuis l'instance qui a abouti à la décision Télécom CRTC 81-15 du 20 septembre 1981 intitulée *Bell Canada—Majoration tarifaire générale* (la décision 81-15). Le Conseil estime qu'étant donné les prévisions actuelles de Bell, il conviendrait d'examiner le coût des capitaux propres de la compagnie pour les années 1985, 1986 et 1987 à l'occasion de l'audience devant avoir lieu en 1986. Cet examen permettrait

nomic conditions since Decision 81-15 and the impact of Bell's corporate reorganization on its rate of return. The Commission notes that other issues arising from the reorganization would also be addressed in the 1986 proceeding. [Emphasis added.]

d'étudier les conditions financières et économiques qui ont changé depuis la décision 81-15 ainsi que les répercussions de la réorganisation de Bell sur son taux de rendement. Le Conseil note que d'autres questions résultant de la réorganisation pourraient également faire l'objet d'un examen lors de l'audience de 1986. [Je souligne.]

This interim decision indicates that the appellant wished to continue the original rate review procedure initiated by the respondent in March of 1984. Thus, the rates in force as of January 1, 1985 until the final decision now challenged by the respondent were interim rates subject to review.

Il ressort de cette décision provisoire que l'appelant voulait que la procédure initiale de révision tarifaire demandée par l'intimée au mois de mars 1984 se poursuive. Les taux qui étaient en vigueur le 1er janvier 1985 jusqu'à la décision finale que conteste maintenant l'intimée étaient donc provisoires et susceptibles de révision.

The hearing which led to the final decision lasted from June 2 to July 16, 1986 and this final decision, Decision 86-17, was rendered on October 14, 1986. In this decision, the appellant first established appropriate levels of profitability for the respondent on the basis of its return on equity. The appellant then calculated the amount of excess revenues earned by the respondent in 1985 and 1986 along with the necessary reduction in forecasted revenues for 1987. It was found that the respondent had earned excess revenues of $63 million in 1985 and $143 million in 1986 for a total of $206 million (at p. 93):

L'audience qui est à l'origine de la décision finale s'est déroulée du 2 juin au 16 juillet 1986 et cette décision finale, soit la décision 86-17, a été rendue le 14 octobre 1986. Dans cette décision, l'appelant a d'abord établi les niveaux de rentabilité appropriés pour l'intimée en se fondant sur le taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires. L'appelant a ensuite procédé au calcul des revenus excédentaires réalisés par l'intimée en 1985 et 1986, ainsi que de la réduction nécessaire des revenus prévus pour 1987. On a constaté, à la p. 93, que l'intimée avait accumulé des revenus excédentaires de 63 millions de dollars en 1985 et de 143 millions de dollars en 1986 pour un total de 206 millions de dollars:

After making further adjustments for the compensation for temporarily transferred employees and including the regulatory treatment for non-integral subsidiary and associated companies, the Commission has determined that a revenue requirement reduction of $234 million would provide the company with a 12.75% ROE ["return on equity"] on a regulated basis in 1987. Similarly, the Commission has determined that $143 million is the required revenue reduction to achieve the upper end of the permissible ROE on a regulated basis in 1986, 13.25%. With respect to 1985, after making the adjustments set out in this decision, the Commission has determined that Bell earned excess revenues in the amount of $63 million, the deduction of which would provide 13.75%, the upper end of the permissible ROE on a regulated basis.

Après avoir apporté d'autres rajustements de manière à tenir compte du dédommagement pour les employés provisoirement mutés et avoir inclus le traitement réglementaire des filiales non partie intégrante et des compagnies associées, le Conseil a établi qu'une réduction des besoins en revenus de l'ordre de 234 millions de dollars donnerait à la compagnie un taux de RAO [«taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires»] de 12,75 % sur une base réglementée pour 1987. De même, le Conseil a établi qu'une réduction de 143 millions de dollars des besoins en revenus s'impose pour atteindre l'échelon supérieur du taux de RAO autorisé sur une base réglementée pour 1986, soit 13,25 %. Pour ce qui est de 1985, après avoir apporté les rajustements exposés dans la présente décision, le Conseil a établi que Bell a obtenu des revenus excédentaires de 63 millions de dollars, dont la défalcation donnerait un taux de 13,75 %, soit l'échelon supérieur du taux de RAO autorisé sur une base réglementée.

It is important to note that the evidence and the arguments presented by the interested parties as well as interveners were carefully scrutinized by the appellant at pp. 77 to 92 of Decision 86-17. It is for all practical purposes impossible to engage in such a meticulous and painstaking analysis of all relevant facts when faced with an application for interim relief. Finally, it is also useful to note that the permissible return on equity of 13.7 per cent allowed by the appellant in its interim decision, Decision 84-28, was increased to 13.75 per cent in Decision 86-17. Thus, the appellant realized that the interim rates approved for 1985 yielded greater rates of return than initially anticipated and that the rate of return actually recorded for that year even exceeded the greater allowable rate of return fixed in the final decision, Decision 86-17. Such differences between projected and actual rates of return are common and certainly call for a high level of flexibility in the exercise of the appellant's regulatory duties.

Il importe de souligner que l'appelant a examiné minutieusement la preuve et les arguments présentés par les parties intéressées et les intervenants aux pp. 77 à 92 de la décision 86-17. Il est à toutes fins pratiques impossible d'entreprendre un examen aussi minutieux et soigné de tous les faits pertinents en présence d'une demande de redressement provisoire. Enfin, il convient également de souligner que le taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires de 13,7 pour 100 que l'appelant avait autorisé dans sa décision provisoire, la décision 84-28, a été majoré à 13,75 pour 100 dans la décision 86-17. L'appelant a donc constaté que les taux provisoires approuvés pour l'année 1985 avaient généré des taux de rendement supérieurs à ce qui avait été prévu à l'origine et que le taux de rendement effectivement obtenu pour cette année était même supérieur à celui qui avait été autorisé dans la décision finale, soit la décision 86-17. De telles différences entre les taux de rendement projetés et réels sont courantes et exigent certainement de l'appelant un niveau de souplesse très élevé dans l'exercice de ses fonctions de réglementation.

The Commission decided that the respondent could not retain excess revenues earned on the basis of interim rates and issued the order now challenged by the respondent in order to provide a remedy for this situation. This order reads as follows, at pp. 95-96:

Concerning the excess revenues for the years 1985 and 1986, the Commission directs that the required adjustments be made by means of a one-time credit to subscribers of record, as of the date of this decision, of the following local services: residence and business individual, two-party and four-party line services; PBX trunk services; centrex lines; enhanced exchange-wide dial lines; exchange radio-telephone service; service-system service and information system access line service. The Commission directs that the credit to each subscriber be determined by pro-rating the sum of the excess revenues for 1985 and 1986 of $206 million in relation to the subscriber's monthly recurring billing for the specified local services provided as of the date of this decision. The Commission further directs that the work necessary to implement the above directives be commenced immediately and that the billing adjustments be completed by no later than 31 January 1987. Finally, the Commission directs the company to file a report detail-

Le Conseil a décidé que l'intimée ne pouvait conserver les revenus excédentaires réalisés à partir des taux provisoires et il a rendu l'ordonnance maintenant contestée par l'intimée, en vue de remédier à la situation. L'ordonnance est rédigée ainsi, aux pp. 95 et 96:

Dans le cas des revenus excédentaires pour les années 1985 et 1986, le Conseil ordonne que les rajustements qui s'imposent soient apportés au moyen d'un crédit forfaitaire aux abonnés inscrits, à la date de la présente décision, aux services locaux suivants: résidentiel et d'affaires de ligne individuelle, de ligne à deux et à quatre abonnés; de ligne principale de PBX; de ligne centrex; de ligne perfectionnée de circonscription; du service radiotéléphonique de circonscription; du service de réseau dépendant; et du service de ligne d'accès aux services informatiques. Le Conseil ordonne que le crédit à chaque abonné soit calculé au prorata de la somme des revenus excédentaires pour 1985 et 1986, soit 206 millions de dollars, en fonction des états de compte périodiques mensuels de l'abonné pour les services locaux spécifiés fournis à la date de la présente décision. Le Conseil ordonne de plus que le travail nécessaire pour mettre en œuvre les directives ci-dessus soit amorcé immédiatement et que les rajustements aux états de compte soient

ing the implementation of the credit by no later than 16 February 1987.

The Commission considers that 1987 excess revenues are best dealt with through rate reductions to be effective 1 January 1987. [Emphasis added.]

Although the respondent always charged rates approved by the appellant, the appellant found it necessary to make sure that its assessment of allowable revenues for 1985 and 1986 would be complied with. The appellant argues that the order now challenged by the respondent was the most efficient way of redistributing these excess revenues to the respondent's customers even though they would not necessarily be refunded to those who actually had to pay the rates in force during that period.

It is therefore obvious that the appellant only allowed interim rates to be charged after January 1, 1985 on the assumption that it would review these rates in a hearing to be held in order to deal with an application for a general rate increase. Every interim decision which led to Decision 86-17 confirmed the appellant's intention to review the interim rates at the final hearing. Finally, the interim rates were ordered for the purpose of preventing any serious deterioration in the respondent's financial situation while awaiting for a final decision on the merits. Of necessity, these interim rates were determined on the basis of incomplete evidence presented by the respondent. It cannot be said that the purpose of the interim rate increase ordered by the appellant was to serve as a temporary final decision.

II—The Issue and the Arguments Raised by the Parties

In this Court as well as in the Federal Court of Appeal, the parties have agreed that the only issue arising out of the facts of this case is whether the appellant had jurisdiction to order the respondent to grant a one-time credit to its customers. The appellant's findings of fact, its determination with respect to the respondent's revenue requirements for 1985 and 1986 and its computation of the

faits le 31 janvier 1987 au plus tard. Enfin, le Conseil ordonne en outre à la compagnie de lui présenter, au plus tard le 16 février 1987, un rapport donnant le détail de la mise en œuvre du crédit.

Le Conseil estime que le meilleur moyen de traiter les revenus excédentaires de 1987 est par la voie de réductions tarifaires devant entrer en vigueur le 1er janvier 1987. [Je souligne.]

Même si l'intimée a toujours imposé les taux approuvés par l'appelant, ce dernier a jugé nécessaire de s'assurer que son évaluation des revenus autorisés pour 1985 et 1986 soit respectée. L'appelant soutient que l'ordonnance que conteste maintenant l'intimée constituait le moyen le plus efficace de redistribuer ces revenus excédentaires aux abonnés de l'intimée même si ceux qui ont réellement eu à payer les taux en vigueur au cours de cette période n'obtiendraient pas nécessairement de remboursement.

Il ressort donc clairement que l'appelant n'a autorisé les taux provisoires à être imposés après le 1er janvier 1985 qu'en supposant qu'il réviserait ces taux au cours d'une audience qui devait porter sur une demande de majoration tarifaire générale. Toutes les décisions provisoires à l'origine de la décision 86-17 ont confirmé l'intention de l'appelant de réviser les taux provisoires à l'audience finale. Enfin, les taux provisoires ont été fixés par ordonnance afin d'empêcher que la situation financière de l'intimée ne se détériore gravement avant qu'une décision finale sur le fond soit rendue. Il va de soi que ces taux provisoires avaient été fixés à partir d'éléments de preuve incomplets présentés par l'intimée. On ne peut affirmer que la majoration tarifaire provisoire ordonnée par l'appelant avait pour objet de servir temporairement de décision finale.

II—La question en litige et les arguments des parties

Devant cette Cour et la Cour d'appel fédérale, les parties ont convenu que la seule question en litige qui découle des faits de l'espèce est de savoir si l'appelant avait compétence pour ordonner à l'intimée d'accorder à ses abonnés un crédit forfaitaire. L'intimée ne conteste pas les conclusions de fait de l'appelant, ni sa décision quant aux besoins en revenus de l'intimée pour les années 1985 et

amount of excess revenues earned during this period are not contested by the respondent. In my opinion, this issue can be divided in two subquestions:

1– whether the appellant had the legislative authority to review the revenues made by the respondent during the period when interim rates were in force;

2– whether the appellant had jurisdiction to make an order compelling the respondent to grant a one-time credit to its customers.

The main arguments raised by the appellant can be summarized as follows:

1– the *Railway Act* and the *National Transportation Act* grant the appellant the power to review the period during which a regulated entity was allowed to charge interim rates for the purpose of comparing the revenues earned during this period to the appropriate level of revenues set in the final decision;

2– the power to make a one-time credit order is necessarily ancillary to the power to review the period during which interim rates were charged and the appellant has jurisdiction to determine the most efficient method of providing a remedy in cases where excess revenues were made.

The main arguments raised by the respondent can be summarized as follows:

1– the power to set tolls and tariffs does not include the power to review and make orders with respect to the respondent's level of revenues;

2– the appellant has no power to make a one-time credit order with respect to revenues earned as a result of having charged rates which the respondent, by virtue of the *Railway Act*, was obliged to charge, whether these rates were set by interim order or by a final order.

Counsel for the National Anti-Poverty Organization ("NAPO") has also argued that the appel-

1986, ni son calcul du montant des revenus excédentaires gagnés au cours de cette période. À mon avis, il est possible de diviser cette question en deux:

1– La loi permettait-elle à l'appelant d'examiner les revenus réalisés par l'intimée pendant la période où les taux provisoires étaient en vigueur?

2– L'appelant avait-il compétence pour rendre une ordonnance obligeant l'intimée à accorder à ses abonnés un crédit forfaitaire?

Les principaux arguments soulevés par l'appelant peuvent être résumés de la façon suivante:

1– la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* confèrent à l'appelant le pouvoir d'examiner les revenus gagnés par un organisme réglementé pendant la période où ce dernier était autorisé à imposer des taux provisoires pour comparer ces revenus avec le niveau approprié de revenus établi dans la décision finale;

2– le pouvoir d'ordonner un crédit forfaitaire est nécessairement accessoire au pouvoir d'examiner la période au cours de laquelle les tarifs provisoires ont été imposés et l'appelant a compétence pour décider quel est le meilleur moyen d'accorder un redressement lorsque des revenus excédentaires ont été gagnés.

Les principaux arguments soulevés par l'intimée peuvent être résumés de la façon suivante:

1– le pouvoir d'établir des taxes et des tarifs ne comprend pas le pouvoir d'examiner et de rendre des ordonnances quant au niveau de revenus de l'intimée;

2– l'appelant n'a aucun pouvoir d'ordonner un crédit forfaitaire quant aux revenus gagnés par suite de l'imposition de taux que l'intimée était obligée d'imposer en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, que ces taux soient fixés dans une ordonnance provisoire ou définitive.

L'avocat de l'Organisation nationale anti-pauvreté («ONAP») a également soutenu que les déci-

lant's decisions concerning the interpretation of statutes which grant them jurisdiction to deal with certain matters are entitled to curial deference and cannot be reviewed unless they are patently unreasonable. This argument raises the issue of the scope of review allowed by s. 68(1) of the *National Transportation Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 (now the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*), and must be dealt with prior to any analysis of the relevant statutory provisions claimed to be the source of the appellant's jurisdiction to make the one-time credit order found in Decision 86-17.

The present case raises difficult questions of statutory interpretation and it will therefore be necessary to examine the relevant provisions of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, and the *National Transportation Act* before moving to a detailed analysis of the decision of the Federal Court of Appeal and the arguments raised by the parties.

III—Relevant Legislative Provisions

The appellant derives its power to regulate the telephone industry from ss. 334 to 340 of the *Railway Act* ("Provisions Governing Telegraphs and Telephones") and from ss. 47 *et seq.* of the *National Transportation Act* ("General Jurisdiction and Powers in Respect of Railways"). The *Railway Act* sets out the general criteria concerning the setting of rates and tariffs to be charged by telephone utility companies whereas the *National Transportation Act* sets out the appellant's procedural powers in the context of decisions concerning, amongst other matters, telephone rates and tariffs.

Sections 335(1), 335(2) and 335(3) of the *Railway Act* (formerly ss. 320(2) and 320(3)) state the principle upon which the appellant's regulatory authority rests, namely that telephone rates and tariffs are subject to approval by the appellant, cannot be changed without its prior authorization and may be revised at any time by the appellant:

sions de l'appelant concernant l'interprétation des lois qui lui confèrent compétence en certaines matières sont sujettes à retenue judiciaire et ne peuvent être révisées à moins d'être manifestement déraisonnables. Cet argument soulève la question de l'étendue de la révision que permet le par. 68(1) de la *Loi sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), chap. N-20 (maintenant la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*), et doit être traité préalablement à toute analyse des dispositions législatives pertinentes que l'on prétend être à l'origine du pouvoir de l'appelant d'ordonner dans la décision 86-17 un crédit forfaitaire.

La présente affaire soulève d'épineuses questions d'interprétation législative et il sera donc nécessaire d'examiner les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), chap. R-3, et de la *Loi sur les transports nationaux* avant d'entreprendre une analyse détaillée de la décision de la Cour d'appel fédérale et des arguments des parties.

III—Les dispositions législatives pertinentes

Le pouvoir de l'appelant de réglementer le secteur du téléphone provient des art. 334 à 340 de la *Loi sur les chemins de fer* («Dispositions relatives aux télégraphes et aux téléphones») et des art. 47 et suiv. de la *Loi sur les transports nationaux* («Compétence générale en matière de chemins de fer»). La *Loi sur les chemins de fer* définit les critères généraux concernant l'établissement des taux et des tarifs que peuvent imposer les compagnies de téléphone, tandis que la *Loi sur les transports nationaux* énonce les pouvoirs de l'appelant en matière de procédure visant les décisions qui portent notamment sur les taux et les tarifs du service téléphonique.

Le pouvoir de réglementation de l'appelant trouve son fondement aux par. 335(1), (2) et (3) de la *Loi sur les chemins de fer* (les anciens par. 320(2) et (3)) lesquels prévoient que les taux et tarifs de téléphone sont subordonnés à l'agrément de l'appelant, ne peuvent être modifiés sans son consentement préalable et peuvent être révisés en tout temps par l'appelant:

335. (1) Notwithstanding anything in any other Act, all telegraph and telephone tolls to be charged by a company, other than a toll for the transmission of a message intended for reception by the general public and charged by a company licensed under the *Broadcasting Act*, are subject to the approval of the Commission, and may be revised by the Commission from time to time.

(2) The company shall file with the Commission tariffs of any telegraph or telephone tolls to be charged, and the tariffs shall be in such form, size and style, and give such information, particulars and details, as the Commission by regulation or in any particular case prescribes.

(3) Except with the approval of the Commission, the company shall not charge and is not entitled to charge any telegraph or telephone toll in respect of which there is default in filing under subsection (2), or which is disallowed by the Commission .... [Emphasis added.]

The most important requirement governing the appellant's power to set telephone rates is found in s. 340(1) of the *Railway Act* which provides that all such rates must be "just and reasonable":

340. (1) All tolls shall be just and reasonable and shall always, under substantially similar circumstances and conditions with respect to all traffic of the same description carried over the same route, be charged equally to all persons at the same rate. [Emphasis added.]

Section 340 also prohibits discriminatory telephone rates and gives the appellant the power to suspend, postpone, or disallow a tariff of tolls which is contrary to ss. 335 to 340 and substitute a satisfactory tariff of tolls in lieu thereof.

Finally, s. 340(5) of the *Railway Act* gives the appellant the power to make orders with respect to traffic, tolls and tariffs in all matters not expressly covered by s. 340:

340. ...

(5) In all other matters not expressly provided for in this section, the Commission may make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls and tariffs or any of them.

Although the power granted by s. 340(5) could be construed restrictively by the application of the

335. (1) Nonobstant les dispositions de toute autre loi, toutes les taxes de télégraphe et de téléphone que peut exiger une compagnie, à l'exception des taxes exigées pour la transmission de messages destinés à être captés par le public en général, par une compagnie titulaire d'une licence en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, sont subordonnées à l'agrément de la Commission, qui peut les réviser.

(2) La compagnie dépose au bureau de la Commission les tarifs des taxes de télégraphe ou de téléphone à exiger, et ces tarifs ont la forme, le modèle et le format et contiennent les renseignements et les détails que la Commission prescrit par voie de règlement ou dans un cas particulier.

(3) À moins d'avoir obtenu le consentement de la Commission, la compagnie ne peut exiger de taxe de télégraphe ou de téléphone lorsque le tarif n'a pas été ainsi déposé ou que la Commission l'a rejeté... [Je souligne.]

La condition la plus importante qui régit le pouvoir de l'appelant d'établir les taux de téléphone se trouve au par. 340(1) de la *Loi sur les chemins de fer* qui prévoit que tous ces taux doivent être «justes et raisonnables»:

340. (1) Toutes les taxes doivent être justes et raisonnables et doivent toujours, dans des circonstances et conditions sensiblement analogues, en ce qui concerne tout le trafic du même type suivant le même parcours, être imposées également à tous au même taux. [Je souligne.]

L'article 340 interdit également l'établissement de taux de téléphone discriminatoires et confère à l'appelant le pouvoir de suspendre, de différer ou de rejeter un tarif de taxes contraire aux art. 335 à 340 et d'y substituer un tarif satisfaisant.

Enfin, le par. 340(5) de la *Loi sur les chemins de fer* confère à l'appelant le pouvoir de rendre des ordonnances en ce qui concerne le trafic, les taxes et les tarifs, dans toute autre matière non visée expressément par l'art. 340:

340. ...

(5) En toute autre matière non expressément prévue par le présent article, la Commission peut prendre des ordonnances au sujet de tout ce qui a trait au trafic, aux taxes et aux tarifs, ou à l'un deux.

Bien qu'il soit possible d'interpréter restrictivement le pouvoir conféré par le par. 340(5) en

ejusdem generis rule, I do not think that such an interpretation is warranted. Section 340(5) is but one indication of the legislator's intention to give the appellant all the powers necessary to ensure that the principle set out in s. 340(1), namely that all rates should be just and reasonable, be observed at all times.

Sections 47 *et seq.* of the *National Transportation Act* set out, from a procedural point of view, the appellant's jurisdiction with respect to the powers granted by the *Railway Act*. Section 49(1) gives the appellant jurisdiction over all complaints concerning compliance with the Act while s. 49(3) gives the appellant jurisdiction over all matters of fact or law for the purposes of the *Railway Act* and of ss. 47 *et seq.* of the *National Transportation Act*. However, s. 68(1) provides an appeal to the Federal Court of Appeal, with leave, on any question of law or jurisdiction and it is under this provision that the respondent has challenged Decision 86-17.

In many respects, ss. 47 *et seq.* of the *National Transportation Act* have been designed to further the policy objectives and the regulatory scheme set out in the *Railway Act* governing the approval of telephone rates and tariffs. Thus, s. 52 of the *National Transportation Act* gives the appellant the power to inquire into, hear or determine, of its own motion or upon request from the Minister, any matter which it has the right to inquire into, hear or determine under the *Railway Act*:

52. The Commission may, of its own motion, or shall, on the request of the Minister, inquire into, hear and determine any matter or thing that, under this part or the *Railway Act*, it may inquire into, hear and determine upon application or complaint, and with respect thereto has the same powers as, on any application or complaint, are vested in it by this Act.

Section 52 is therefore the corollary of the appellant's power to "revise [tolls] ... from time to time" found in s. 335(1) of the *Railway Act*. Thus, the appellant has the power to review, from time to

application de la règle *ejusdem generis*, je ne crois pas que cette interprétation soit justifiée. Le paragraphe 340(5) ne fait qu'indiquer l'intention du législateur de conférer à l'appelant tous les pouvoirs nécessaires pour garantir que le principe établi au par. 340(1), savoir que tous les taux soient justes et raisonnables, soit respecté en tout temps.

Sur le plan de la procédure, la compétence de l'appelant en ce qui a trait aux pouvoirs conférés par la *Loi sur les chemins de fer* est énoncée aux art. 47 et suiv. de la *Loi sur les transports nationaux*. Le paragraphe 49(1) prévoit que l'appelant a compétence pour entendre toutes plaintes relatives au respect de la Loi alors que le par. 49(3) prévoit que l'appelant a compétence sur toutes les questions de droit ou de fait aux fins de la *Loi sur les chemins de fer* et des art. 47 et suiv. de la *Loi sur les transports nationaux*. Le paragraphe 68(1) prévoit cependant que toute question de droit ou de compétence peut, suite à une autorisation en ce sens, être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale et c'est en vertu de cette disposition que l'intimée a contesté la décision 86-17.

À maints égards, les art. 47 et suiv. de la *Loi sur les transports nationaux* ont été conçus pour servir les objectifs de principe et le système de réglementation qui sont énoncés dans la *Loi sur les chemins de fer* et qui régissent l'approbation des taux et des tarifs de téléphone. Ainsi, l'art. 52 de la *Loi sur les transports nationaux* prévoit que l'appelant peut, de son propre chef ou à la demande du ministre, instruire, entendre et juger toute affaire qu'il peut, en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, instruire, entendre et juger:

52. La Commission peut, de son propre chef, ou doit, à la demande du ministre, instruire, entendre et juger toute affaire qu'elle peut, en vertu de la présente partie ou de la *Loi sur les chemins de fer*, instruire, entendre et juger sur une demande ou sur une plainte, et, à cet égard, elle a les mêmes pouvoirs que la présente loi lui confère pour statuer sur une demande ou sur une plainte.

L'article 52 est donc le corollaire du par. 335(1) de la *Loi sur les chemins de fer* qui confère à l'appelant le pouvoir de «réviser» les taxes. L'appelant a donc le pouvoir de réviser ses propres décisions

time, its own final decisions on a *proprio motu* basis. Similarly, s. 61 provides that the appellant is not bound by the wording of any complaint or application it hears and may make orders which would otherwise offend the *ultra petita* rule:

61. On any application made to the Commission, the Commission may make an order granting the whole or part only of the application, or may grant such further or other relief, in addition to or in substitution for that applied for, as to the Commission may seem just and proper, as fully in all respects as if the application had been for that partial, other or further relief.

By virtue of s. 60(2) of the *National Transportation Act*, the appellant also has the power to make interim orders:

60. ...

(2) The Commission may, instead of making an order final in the first instance, make an interim order and reserve further directions either for an adjourned hearing of the matter or for further application.

Finally, by virtue of s. 66 of the *National Transportation Act*, the appellant has the power to review any of its past decisions whether they are final or interim:

66. The Commission may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it or may re-hear any application before deciding it.

It is obvious from the legislative scheme set out in the *Railway Act* and the *National Transportation Act* that the appellant has been given broad powers for the purpose of ensuring that telephone rates and tariffs are, at all times, just and reasonable. The appellant may revise rates at any time, either of its own motion or in the context of an application made by an interested party. The appellant is not even bound by the relief sought by such applications and may make any order related thereto provided that the parties have received adequate notice of the issues to be dealt with at the hearing. Were it not for the fact that the appellant has the power to make interim orders, one might say that the appellant's powers in this area are limited only by the time it takes to process applica-

finales, et ce, de sa propre initiative. De même, l'art. 61 prévoit que l'appelant n'est pas lié par le texte d'une plainte ou d'une requête qu'il entend et peut rendre toute ordonnance qui pourrait par ailleurs porter atteinte à la règle de l'*ultra petita*:

61. Sur toute requête présentée à la Commission, cette dernière peut prendre une ordonnance accordant cette requête en totalité ou en partie seulement, ou accorder un redressement plus étendu ou tout autre redressement de griefs, en sus ou au lieu de celui qui a été demandé, selon que la chose lui paraît juste et convenable, aussi amplement à tous égards que si la requête eût été faite pour obtenir ce redressement partiel, différent ou plus étendu.

Le paragraphe 60(2) de la *Loi sur les transports nationaux* permet également à l'appelant de rendre des ordonnances provisoires:

60. ...

(2) La Commission peut prendre, tout d'abord, au lieu d'une ordonnance définitive, une ordonnance provisoire, et se réserver la faculté de donner de plus amples instructions soit à une audition ajournée de l'affaire, soit sur une nouvelle requête.

Enfin, l'art. 66 de la *Loi sur les transports nationaux* lui permet de réviser ses décisions antérieures, qu'elles soient finales ou provisoires:

66. La Commission peut réviser, abroger ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou peut entendre à nouveau une demande qui lui est faite, avant de rendre sa décision.

Il ressort clairement de l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* et de la *Loi sur les transports nationaux* que l'appelant s'est vu conférer de vastes pouvoirs afin de garantir que les taux et tarifs de téléphone soient justes et raisonnables en tout temps. L'appelant peut réviser les taux de son propre chef ou à la demande d'une partie intéressée. L'appelant n'est même pas lié par le redressement demandé et peut rendre toute ordonnance s'y rapportant pourvu que les parties aient reçu un avis suffisant des questions à traiter à l'audience. N'était-ce du fait que l'appelant a le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires, on pourrait affirmer que les pouvoirs de l'appelant en la matière ne sont limités que par le délai nécessaire pour examiner les demandes, se préparer aux

tions, prepare for hearings and analyse all the evidence. However, the appellant does have the power to make interim orders and this power must be interpreted in light of the legislator's intention to provide the appellant with flexible and versatile powers for the purpose of ensuring that telephone rates are always just and reasonable.

The question before this Court is whether the appellant has the statutory authority to make a one-time credit order for the purpose of remedying a situation where, after a final hearing dealing with the reasonableness of telephone rates charged during the years under review, it finds that interim rates in force during that period were not just and reasonable. Since there is no clear provision on this subject in the *Railway Act* or in the *National Transportation Act*, it will be necessary to determine whether this power is derived by necessary implication from the regulatory schemes set out in these statutes.

IV—The Decision of the Court Below

In the Federal Court of Appeal, the respondent in this Court argued that in order to find statutory authority for the power to make a one-time credit order, it was necessary to find that s. 66 (power to "review, rescind, change, alter or vary" previous decisions) or s. 60(2) (power to make interim orders) of the *National Transportation Act* provide powers to make retroactive orders. Of course, the respondent argued that these provisions did not grant such a power and the majority of the Federal Court of Appeal composed of Marceau and Pratte JJ. agreed with this argument, Hugessen J. dissenting: [1988] 1 F.C. 296, 43 D.L.R. (4th) 30, 78 N.R. 58.

Marceau J. held that the appellant in this Court only had the power to fix telephone tolls and tariffs and that it has no statutory authority to deal with excess revenues or deficiencies in revenues arising as a result of a discrepancy between the rate of return yielded from the interim rates in force prior to the final decision and the permissible rate of return fixed by this final decision. Marceau J. was of the opinion that the wording of s. 66 of the *National Transportation Act* is neutral with

audiences et analyser tous les éléments de preuve. L'appelant a toutefois le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires et ce pouvoir doit être interprété en fonction de l'intention du législateur de conférer à l'appelant des pouvoirs souples et variés en vue d'assurer que les taux de téléphone soient toujours justes et raisonnables.

La Cour doit donc déterminer si la loi habilite l'appelant à ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire pour redresser une situation si ce dernier décide, après une audition finale portant sur le caractère raisonnable des taux de téléphone imposés au cours des années qui font l'objet de l'examen, que les tarifs provisoires en vigueur au cours de cette période n'étaient pas justes et raisonnables. Puisque la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* ne comportent aucune disposition claire à cet égard, il faudra déterminer si l'existence de ce pouvoir découle implicitement des systèmes de réglementation établis dans ces lois.

IV—La décision du tribunal d'instance inférieure

En Cour d'appel fédérale, Bell Canada a soutenu que pour être en mesure d'affirmer qu'il existe un pouvoir légal d'ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire, il fallait conclure que l'art. 66 (le pouvoir de «réviser, abroger ou modifier» les décisions antérieures) ou que le par. 60(2) (le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires) de la *Loi sur les transports nationaux* comporte le pouvoir de rendre des ordonnances rétroactives. L'intimée a évidemment soutenu que ces dispositions ne conféraient pas un tel pouvoir et la Cour d'appel fédérale à la majorité (les juges Marceau et Pratte) a retenu cet argument, le juge Hugessen étant dissident: [1988] 1 C.F. 296, 43 D.L.R. (4th) 30, 78 N.R. 58.

Le juge Marceau a conclu que le CRTC avait seulement le pouvoir de fixer les taxes et tarifs de téléphone et que la loi ne l'habilitait pas à traiter d'un excédent ou d'une insuffisance de revenus résultant de l'écart entre le taux de rendement généré par les taux provisoires en vigueur avant la décision finale et le taux de rendement autorisé dans cette décision finale. Selon le juge Marceau, le texte de l'art. 66 de la *Loi sur les transports nationaux* est neutre en ce qui concerne le pouvoir

respect to retroactivity and that the presumption against retroactivity should therefore operate. Marceau J. added that the power to make interim orders does not carry with it the power to remedy any discrepancy between interim and final orders because the respondent could not be forced to reimburse revenues earned by charging rates approved by the appellant. Thus, according to Marceau J., the regulatory scheme set out in the *Railway Act* and the *National Transportation Act* is prospective in nature and, in the context of such a scheme, the power to make interim orders only involves the power to make orders "for the time being".

Pratte J., who concurred in the result with Marceau J., rejected all arguments based on the retroactive nature of the powers granted by ss. 60(2) and 66 of the *National Transportation Act*. Pratte J. was of the opinion that the impugned order was not retroactive in nature since its effect was to force the respondent to grant a credit in the future rather than change the rates charged in the past in a retroactive manner. Pratte J. then stated that if legislative authority existed for Decision 86-17, it must be found in s. 60(2) of the *National Transportation Act* which provides for "further directions" to be made at a later date following an interim decision. However, Pratte J. was of the opinion that any "further direction" must be in the nature of an order which can be made under s. 60(2) in the first place. It follows from that reasoning that if no one-time credit order can be made by interim order, no "further direction" to that effect can be made under s. 60(2). Pratte J. then agreed with Marceau J. that the respondent could not be forced to reimburse revenues made by charging rates approved by the appellant whether by interim order or by a "further direction" made in a final order.

Hugessen J. dissented on the basis that, within the statutory framework set out in the *Railway Act* and the *National Transportation Act*, all

d'agir rétroactivement et la présomption contre le pouvoir d'agir rétroactivement devrait donc s'appliquer. Le juge Marceau a ajouté que le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires ne comprend pas le pouvoir de remédier à tout écart entre les ordonnances provisoires et définitives puisque l'intimée ne saurait être obligée de rembourser des revenus gagnés lorsque les taux imposés ont été approuvés par l'appelant. Ainsi, selon le juge Marceau, le système de réglementation établi dans la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* est de nature prospective et, dans ce contexte, le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comprend seulement le pouvoir de rendre des ordonnances «pour le moment».

Le juge Pratte, qui a souscrit à la conclusion du juge Marceau, a rejeté tous les arguments fondés sur le caractère rétroactif des pouvoirs conférés par le par. 60(2) et l'art. 66 de la *Loi sur les transports nationaux*. Le juge Pratte était d'avis que l'ordonnance contestée n'avait pas de caractère rétroactif puisqu'elle avait pour effet d'obliger l'intimée à accorder un crédit forfaitaire à l'avenir, plutôt que de modifier rétroactivement les taux imposés dans le passé. Le juge Pratte a ensuite affirmé que s'il existait un fondement législatif à la décision 86-17, il devait se trouver au par. 60(2) de la *Loi sur les transports nationaux* qui prévoit que «de plus amples instructions» peuvent être données à une date ultérieure à la suite d'une décision provisoire. Le juge Pratte était cependant d'avis que ces instructions devaient tenir d'une ordonnance qui, à l'origine, pouvait être rendue en vertu du par. 60(2). Selon ce raisonnement, il s'ensuit que si un crédit forfaitaire ne peut être imposé dans une ordonnance provisoire, «de plus amples instructions» en ce sens ne peuvent être données en vertu du par. 60(2). Le juge Pratte a ensuite convenu avec le juge Marceau qu'on ne pouvait obliger l'intimée à rembourser des revenus qu'elle avait gagnés en imposant des taux que l'appelant avait approuvés que ce soit par voie d'ordonnance provisoire ou «de plus amples instructions» données dans une ordonnance définitive.

Le juge Hugessen était dissident parce que selon le régime juridique établi dans la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports natio-*

orders whether final or interim can, by virtue of ss. 60(2) and 66 of the *National Transportation Act*, be modified by a further prospective order; thus, the proposed rule that interim orders can only be modified by a further prospective order would, in Hugessen J.'s opinion, effectively eliminate any distinction between final and interim orders and defeat the legislator's intention to provide the appellant with a distinct and independent power to make interim orders. In order to differentiate interim orders from final orders, Hugessen J. was of the opinion that the appellant in this Court must have the power to fix just and reasonable rates as of the date at which interim rates came into effect. Thus, only interim rates can be modified in a retrospective manner by a final order. Hugessen J. then stated that the interim rates in force in 1985 and 1986 must not be divided into the previous rate and the interim rate increase of 2 per cent: the resulting rate must be viewed as interim in its entirety because all the rates charged after January 1, 1985 were authorized by interim orders. Finally, Hugessen J. stated that the one-time credit order was a valid exercise of the power to set just and reasonable rates as of January 1, 1985 and that the choice of the appropriate remedy was an " 'administrative matter' properly left for the Commission's determination". Hugessen J. also noted that the appellant's order was in substance though not in form a "matter relating to tolls and tariffs" within the meaning of s. 340(5) of the *Railway Act*.

naux, les ordonnances, qu'elles soient définitives ou provisoires, peuvent toutes, en application du par. 60(2) et de l'art. 66 de la *Loi sur les transports nationaux*, être modifiées par une autre ordonnance de nature prospective; ainsi, de l'avis du juge Hugessen, la règle proposée selon laquelle les ordonnances provisoires ne peuvent être modifiées que par une autre ordonnance prospective aurait effectivement pour effet d'éliminer toute distinction entre les ordonnances définitives et provisoires et de contrecarrer l'intention du législateur d'accorder à l'appelant un pouvoir distinct et indépendant de rendre des ordonnances provisoires. Le juge Hugessen a estimé que, pour distinguer les ordonnances provisoires des ordonnances définitives, le CRTC doit avoir le pouvoir de fixer des taux justes et raisonnables applicables à compter de la date d'entrée en vigueur des tarifs provisoires. Par conséquent, seuls les tarifs provisoires peuvent être modifiés rétroactivement par une ordonnance définitive. Le juge Hugessen a ensuite affirmé que les tarifs provisoires en vigueur en 1985 et 1986 ne doivent pas être divisés en tarif antérieur et en majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100: le nouveau tarif doit être considéré comme entièrement provisoire parce que tous les taux chargés après le 1er janvier 1985 étaient autorisés par des ordonnances provisoires. Enfin, le juge Hugessen a affirmé que le crédit forfaitaire ordonné représentait un exercice valide du pouvoir de fixer des taux justes et raisonnables à compter du 1er janvier 1985 et que le choix du redressement approprié était une « «question administrative» qu'il convient de laisser trancher par le Conseil.» Le juge Hugessen a également souligné que l'ordonnance de l'appelant était en substance mais non quant à la forme «une question ayant trait aux taxes et aux tarifs» au sens du par. 340(5) de la *Loi sur les chemins de fer*.

V—Analysis

(A) *Curial Deference Towards the Decisions of the CRTC*

NAPO argues that the appellant's decisions are entitled to "curial deference" because of their national importance and that these decisions should not be overturned unless they are patently unreasonable. NAPO cites the following cases as

V—Analyse

(A) *La retenue judiciaire à l'égard des décisions du CRTC*

L'ONAP soutient que les décisions de l'appelant doivent faire l'objet de «retenue judiciaire» en raison de leur importance nationale et qu'elles ne devraient pas être écartées à moins d'être manifestement déraisonnables. L'ONAP cite les arrêts

authority for this proposition: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("*CUPE*"); *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *Re Ontario Public Service Employees Union and Forer* (1985), 52 O.R. (2d) 705 (C.A.); *Re City of Ottawa and Ottawa Professional Firefighters' Association, Local 162* (1987), 58 O.R. (2d) 685 (C.A.); *Greyhound Lines of Canada Ltd. v. Canadian Human Rights Commission* (1987), 78 N.R. 192 (F.C.A.); and *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission* (1987), 79 N.R. 13 (F.C.A.) ("*Canadian Pacific*").

With the exception of the *Canadian Pacific* case, all these cases involved judicial review of decisions which were either protected by a privative clause or by a provision stating that no appeal lies therefrom. Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction. Thus, this Court has decided in the *CUPE* case that judicial review cannot be completely excluded by statute and that courts of original jurisdiction can always quash a decision if it is "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some issues in the hands of a specialized tribunal. In the *CUPE* case, Dickson J., as he then was, described the legislator's intention as follows, at pp. 235-36:

Section 101 constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour rela-

suivants à l'appui de cette affirmation: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («SCFP»), *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, *Re Ontario Public Service Employees Union and Forer* (1985), 52 O.R. (2d) 705 (C.A.), *Re City of Ottawa and Ottawa Professional Firefighters' Association, Local 162* (1987), 58 O.R. (2d) 685 (C.A.), *Greyhound Lines of Canada Ltd. c. Commission canadienne des droits de la personne* (1987), 78 N.R. 192 (C.A.F.), et *Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports* (1987), 79 N.R. 13 (C.A.F.) («*Canadien Pacifique*»).

Sous réserve de l'affaire *Canadien Pacifique*, tous ces arrêts portent sur le contrôle judiciaire de décisions visées par une clause privative ou par une disposition qui interdit d'interjeter appel de ces décisions. Si le législateur affirme clairement que la décision d'un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n'ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. Cette Cour a donc décidé dans l'arrêt *SCFP* qu'une loi ne peut complètement écarter le contrôle judiciaire et que les tribunaux judiciaires de première instance peuvent toujours annuler une décision si elle est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l'objet d'une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu'elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges. Dans l'arrêt *SCFP*, le juge Dickson, alors juge puîné, décrit ainsi l'intention du législateur, aux pp. 235 et 236:

L'article 101 révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques

tions legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

However, it is important to stress the fact that the decision of an administrative tribunal can only be entitled to such deference if the legislator has clearly expressed his intention to protect such decisions through the use of privative clauses or clauses which state that the decision is final and without appeal. As formulated, NAPO's argument on curial deference must therefore be rejected because it fails to recognize the basic difference between appellate review and judicial review of decisions which do not fall within the jurisdiction of the lower tribunal.

Although s. 49(3) of the *National Transportation Act* provides that the appellant has full jurisdiction to hear and determine all matters whether of law or fact for the purposes of the *Railway Act* and of Part IV of the *National Transportation Act*, the appellant's decisions are subject to appeal, with leave, to the Federal Court of Appeal on questions of law or jurisdiction by virtue of s. 68(1) which reads as follows:

68. (1) An appeal lies from the Commission to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave therefor being obtained from that Court on application made within one month after the making of the order, decision, rule or regulation sought to be appealed from or within such further time as a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Commission, and on hearing such of them as appear and desire to be heard.

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is

dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher de questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Il convient toutefois d'insister sur le fait que les décisions d'un tribunal administratif ne doivent faire l'objet d'une telle retenue que si le législateur a clairement exprimé son intention de les protéger par des clauses privatives ou des dispositions qui prévoient qu'elles sont définitives et sans appel. En raison de sa formulation, l'argument de l'ONAP sur la retenue judiciaire doit donc être rejeté parce qu'il ne reconnaît pas la différence fondamentale entre le contrôle par un tribunal d'appel et le contrôle judiciaire de décisions qui ne relèvent pas de la compétence du tribunal d'instance inférieure.

Même si le par. 49(3) de la *Loi sur les transports nationaux* prévoit que l'appelant a pleine compétence pour entendre et juger toute question de droit ou de fait aux fins de la *Loi sur les chemins de fer* et de la partie IV de la *Loi sur les transports nationaux*, les décisions de l'appelant sont susceptibles d'appel, sous réserve d'une autorisation, à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence en vertu du par. 68(1) qui se lit ainsi:

68. (1) Les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou une question de compétence, quand une autorisation à cet effet a été obtenue de cette Cour sur demande faite dans le délai d'un mois après que l'ordonnance, la décision, la règle ou le règlement dont appel est projeté a été pris, ou dans telle autre limite de temps que le juge permet dans des circonstances spéciales, après avis aux parties et à la Commission, et après audition de ceux des intéressés qui comparaissent et désirent être entendus.

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En prin-

entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise. The *Canadian Pacific* case is an example of a situation where curial deference towards a decision of the Canadian Transport Commission involving the interpretation of a tariff was appropriate. The decision of the Canadian Transport Commission was appealed to a review committee and then to the Federal Court of Appeal. Urie J. held that the decision of the review committee must not be reversed unless it is unreasonable or clearly wrong, at pp. 16-17:

> On the appeal from that decision to this court, the appellant advanced essentially the same grounds and arguments which it had submitted to the RTC. As to the first ground, I am of the opinion that the RTC correctly interpreted the two items from the tariff and since its view was confirmed by the Review Committee, that committee did not commit an error in construction. No useful purpose would be served by my restating the reasons of the R.T.C. for interpreting the items as they did and I respectfully adopt them as my own. This Court should not interfere with an interpretation made by bodies having the expertise of the R.T.C. and the Review Committee in an area within their jurisdiction, unless their interpretation is not reasonable or is clearly wrong. Neither situation prevails in this case. [Emphasis added.]

Although the very purpose of the review committee is to interpret the tariff and although such questions of interpretation fall within the Review Committee's area of special expertise, it does not follow that its decisions can only be reviewed if they are unreasonable. However the principle of specialization of duties justifies curial deference in such circumstances.

cipe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise. L'affaire *Canadien Pacifique* est un exemple d'une situation où la décision de la Commission canadienne des transports sur une question d'interprétation d'un tarif a fait à bon droit l'objet de retenue judiciaire. La décision de la Commission canadienne des transports a été portée en appel devant un comité de révision et ensuite devant la Cour d'appel fédérale. Le juge Urie a conclu que la décision du comité de révision ne devrait pas être infirmée à moins d'être déraisonnable ou clairement erronée, aux pp. 16 et 17:

> Dans le cadre de l'appel qu'elle a interjeté contre cette décision auprès de cette Cour, l'appelante a essentiellement présenté les mêmes motifs et les mêmes arguments qu'elle avait soumis à l'appréciation du C.T.C.F. Pour ce qui est du premier motif d'appel, je suis d'avis que le C.T.C.F. a correctement interprété les deux articles du tarif, et puisque son opinion a été confirmée par le comité de révision, ce comité n'a pas commis une erreur d'interprétation. Cela ne servirait à aucune fin utile que je répète les motifs pour lesquels le C.T.C.F. a interprété les articles comme il l'a fait, et en toute déférence, je les fais miens. Cette Cour ne devrait pas modifier l'interprétation donnée par des organismes ayant l'expertise du C.T.C.F. et du comité de révision dans un domaine ressortissant à leur compétence, à moins que cette interprétation soit déraisonnable ou clairement erronée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Bien que le but même du comité de révision soit d'interpréter le tarif et bien que ces questions d'interprétation relèvent du champ d'expertise particulier du comité de révision, il ne s'ensuit pas que ses décisions peuvent être révisées uniquement si elles sont déraisonnables. Le principe de la spécialisation des fonctions justifie cependant la retenue judiciaire dans ces circonstances.

In this case, the respondent is challenging the appellant's decision on a question of law and jurisdiction involving the nature of interim decisions and the extent of the powers conferred on the appellant when it makes interim decisions. This question cannot be solved without an analysis of the procedural scheme created by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*. It is a question of law which is clearly subject to appeal under s. 68(1) of the *National Transportation Act*. It is also a question of jurisdiction because it involves an inquiry into whether the appellant had the power to make a one-time credit order.

Except as regards the choice, amongst remedies available to the appellant, of the most appropriate remedy to achieve the goal of just and reasonable rates throughout the interim period, the decision impugned by the respondent is not a decision which falls within the appellant's area of special expertise and is therefore pursuant to s. 68(1) subject to review in accordance with the principles governing appeals. Indeed, the appellant was not created for the purpose of interpreting the *Railway Act* or the *National Transportation Act* but rather to ensure, amongst other duties, that telephone rates are always just and reasonable.

(B) *The Power to Regulate Bell Canada's Revenues*

The respondent argues that the appellant only has jurisdiction to regulate tolls and tariffs and that this power does not include the power to regulate its level of revenues or its return on equity.

The fixing of tolls and tariffs that are just and reasonable necessarily involves the regulation of the revenues of the regulated entity. This has been recognized by this Court interpreting provisions similar to s. 340(1) of the *Railway Act* which prescribe that "[a]ll tolls shall be just and reasonable". In *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia,* [1960] S.C.R. 837, Locke J. said the following about s. 16(1)(*b*) of the *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, which provided that in

En l'espèce, l'intimée conteste la décision de l'appelant sur une question de droit et de compétence relative à la nature des décisions provisoires et à l'étendue des pouvoirs conférés à l'appelant lorsqu'il rend des décisions provisoires. On ne peut résoudre cette question sans analyser le régime de procédure créé par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*. Il s'agit d'une question de droit qui est certainement susceptible d'appel en vertu du par. 68(1) de la *Loi sur les transports nationaux*. Il s'agit également d'une question de compétence parce qu'il faut déterminer si l'appelant avait le pouvoir d'ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire.

Hormis le choix du redressement le plus approprié parmi ceux dont disposait l'appelant pour fixer des tarifs justes et raisonnables au cours de la période provisoire, la décision contestée par l'intimée ne relève pas du champ d'expertise particulier de l'appelant et est donc, conformément au par. 68(1), susceptible de contrôle selon les principes qui régissent les appels. En effet, l'appelant a été créé non pas dans le but d'interpréter la *Loi sur les chemins de fer* ou la *Loi sur les transports nationaux*, mais plutôt pour assurer, notamment, que les tarifs de téléphone soient toujours justes et raisonnables.

(B) *Le pouvoir de réglementer les revenus de Bell Canada*

L'intimée soutient que l'appelant n'a compétence que pour réglementer les taxes et les tarifs et que ce pouvoir ne comprend pas celui de réglementer son niveau de revenu ou son taux de rendement de l'avoir moyen des détenteurs d'actions ordinaires.

L'établissement de taxes et de tarifs justes et raisonnables comporte forcément la réglementation des revenus de l'organisme réglementé. Cette Cour a reconnu cette nécessité dans le cadre de décisions où elle interprétait des dispositions semblables au par. 340(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui prévoit que «[t]outes les taxes doivent être justes et raisonnables». Dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, voici ce que le juge Locke a dit au sujet de

fixing a rate the Public Utility Commission of British Columbia should take into consideration the "fair and reasonable return upon the appraised value of the property of the public utility used . . . to enable the public utility to furnish the service" (at p. 848):

> I do not think it is possible to define what constitutes a fair return upon the property of utilities in a manner applicable to all cases or that it is expedient to attempt to do so. It is a continuing obligation that rests upon such a utility to provide what the Commission regards as adequate service in supplying not only electricity but transportation and gas, to maintain its properties in a satisfactory state to render adequate service and to provide extensions to these services when, in the opinion of the Commission, such are necessary. In coming to its conclusion as to what constituted a fair return to be allowed to the appellant these matters as well as the undoubted fact that the earnings must be sufficient, if the company was to discharge these statutory duties, to enable it to pay reasonable dividends and attract capital, either by the sale of shares or securities, were of necessity considered. Once that decision was made it was, in my opinion, the duty of the Commission imposed by the statute to approve rates which would enable the company to earn such a return or such lesser return as it might decide to ask. [Emphasis added.]

In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, Lamont J. described the relevant factors in the determination of what are just and reasonable rates as follows (at p. 190):

> In order to fix just and reasonable rates, which it was the duty of the Board to fix, the Board had to consider certain elements which must always be taken into account in fixing a rate which is fair and reasonable to the consumer and to the company. One of these is the rate base, by which is meant the amount which the Board considers the owner of the utility has invested in the enterprise and on which he is entitled to a fair return. Another is the percentage to be allowed as a fair return.

Such provisions require the administrative tribunal to balance the interests of the customers with the necessity of ensuring that the regulated entity is allowed to make sufficient revenues to finance the costs of the services it sells to the public.

l'al. 16(1)*b*) de la *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, chap. 277, qui prévoyait que pour établir un taux la Public Utility Commission de la Colombie-Britannique devrait tenir compte du [TRADUCTION] «rendement juste et raisonnable de la valeur estimative des biens du service public utilisés [. . .] pour lui permettre de fournir le service» (à la p. 848):

> [TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit possible de définir ce qui constitue un rendement juste des biens de services publics d'une façon qui soit applicable dans tous les cas ni qu'il soit opportun de tenter de le faire. Il appartient au service public de fournir sans cesse ce que la Commission estime être un service approprié en ce qui concerne non seulement l'électricité, mais encore le transport et le gaz, et de maintenir ses biens suffisamment en bon état pour fournir des services appropriés et des services supplémentaires lorsque la Commission l'estime nécessaire. Pour finalement décider quel rendement juste l'appelante se verrait accorder, ces questions ont forcément été examinées ainsi que le fait indubitable que les revenus doivent être suffisants si la compagnie doit satisfaire à ces obligations prévues par la loi, verser des dividendes raisonnables et attirer du capital par la vente d'actions ou de valeurs mobilières. À mon avis, une fois la décision prise, la loi imposait à la Commission d'approuver des taux qui permettraient à la compagnie d'obtenir ce rendement ou le rendement inférieur qu'elle pourrait choisir de demander. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, le juge Lamont a décrit de la façon suivante ce dont il fallait tenir compte pour déterminer ce qui constitue des taux justes et raisonnables (à la p. 190):

> [TRADUCTION] Pour fixer des taux justes et raisonnables comme il lui incombe de le faire, le Conseil devait examiner certains éléments qui doivent toujours être pris en considération pour fixer un taux qui soit juste et raisonnable pour les consommateurs et pour la compagnie. L'un de ces éléments est la base tarifaire qui représente le montant que le Conseil estime avoir été investi dans l'entreprise par son propriétaire et pour lequel il a droit à un rendement juste. Un autre élément est le pourcentage qui doit être autorisé comme rendement juste.

Ces dispositions exigent que le tribunal administratif soupèse les intérêts des consommateurs en fonction de la nécessité que l'organisme réglementé puisse gagner des revenus suffisants pour financer les coûts des services qu'il vend au public.

Thus, it is trite to say that in fixing fair and reasonable tolls the appellant must take into consideration the level of revenues needed by the respondent. In fact, the respondent would be the first to complain if its financial situation was not taken into consideration when tolls are fixed. By so doing, the appellant regulates the respondent's revenues albeit in a seemingly indirect manner. I would therefore dismiss this argument.

(C) *The Power to Revisit the Period During Which Interim Rates Were in Force*

(i) Introduction

As indicated above, the appellant has examined the period during which interim rates were in force, i.e. from January 1, 1985 to October 14, 1986, for the purpose of ascertaining whether these interim rates were in fact just and reasonable. Following a factual finding that these rates were not just and reasonable, the one-time credit order now contested before this Court was made in order to remedy this situation. Thus, the effect of Decision 86-17 was not retroactive in nature since it does not seek to establish rates to replace or be substituted to those which were charged during that period. The one-time credit order is, however, retrospective in the sense that its purpose is to remedy the imposition of rates approved in the past and found in the final analysis to be excessive. Thus, the question before this Court is whether the appellant has jurisdiction to make orders for the purpose of remedying the inappropriateness of rates which were approved by it in a previous interim decision.

This question involves a determination of whether rates approved by interim order are inherently contingent as well as provisional or whether the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* is so prospective in nature that it precludes such a retrospective review of interim rates approved by the appellant. Finally, it is also necessary to determine whether the appellant has jurisdiction to order the reimbursement of amounts which exceed the reve-

Il est donc évident que pour fixer des taxes justes et raisonnables, l'appelant doit tenir compte des besoins en revenus de l'intimée. D'ailleurs, l'intimée serait la première à se plaindre si on ne tenait pas compte de sa situation financière au moment de fixer les taxes. Ce faisant, l'appelant réglemente les revenus de l'intimée quoique d'une façon apparemment indirecte. Je suis donc d'avis de rejeter cet argument.

(C) *Le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur*

(i) Introduction

Comme je l'ai déjà indiqué, l'appelant a examiné la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur, c'est-à-dire la période s'étendant du 1er janvier 1985 au 14 octobre 1986, afin de vérifier si ces taux provisoires étaient effectivement justes et raisonnables. Après avoir tiré la conclusion de fait que ces taux n'étaient pas justes et raisonnables, l'ordonnance de crédit forfaitaire maintenant contestée devant cette Cour a été rendue pour remédier à cette situation. Ainsi, la décision 86-17 n'a pas eu d'effet rétroactif puisqu'elle n'avait pas pour but de fixer des taux qui remplaceraient ceux imposés au cours de cette période. L'ordonnance de crédit forfaitaire est cependant rétroactive en ce sens qu'elle vise à remédier à l'imposition des taux approuvés antérieurement qui ont été jugés excessifs en dernier ressort. Par conséquent, la question dont est saisie cette Cour est de déterminer si l'appelant a compétence pour rendre des ordonnances visant à remédier, dans la mesure où ils se sont avérés injustifiés, à des taux qu'il a approuvés dans une décision provisoire antérieure.

Pour répondre à cette question, il faut déterminer si les taux approuvés dans l'ordonnance provisoire sont en soi conditionnels et temporaires ou si le régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* est de nature prospective au point d'empêcher un tel examen rétrospectif des taux provisoires approuvés par l'appelant. Enfin, il est également nécessaire de décider si l'appelant a compétence pour ordonner le remboursement des montants

nues actually collected as a direct result of the interim rates.

(ii) The Distinction Between Interim and Final Orders

The respondent argues that the *Railway Act* and the *National Transportation Act* establish a regulatory regime which is exclusively prospective in nature because all rates, whether interim or final, must be just and reasonable. Thus, if interim rates have been approved on the basis that they are just and reasonable, no excessive revenues can be earned by charging such rates; interim rates, by reason only of their approval by the appellant, are presumed to be just and reasonable until they are modified by a subsequent order. According to the respondent, interim orders are therefore orders made "for the time being" until a more permanent order is made.

In his dissenting reasons, Hugessen J. points out quite accurately that if interim orders are simply orders made "for the time being", it will be impossible to distinguish final orders from interim orders within the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* since all final orders may be revised by the appellant of its own motion and at any time: s. 335(1) of the *Railway Act* and s. 52 of the *National Transportation Act*. It is therefore impossible to say that final orders made under these statutes are final in the sense that they may never be reconsidered. The on-going nature of the appellant's regulatory activities necessarily entails a continuous review of past decisions concerning tolls and tariffs. Thus, all orders, whether final or interim, would be orders "for the time being" within the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*.

Both the appellant and Hugessen J. rely heavily on *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (Alta.

excédentaires des revenus effectivement perçus comme conséquence directe des taux provisoires.

(ii) La distinction entre les ordonnances provisoires et définitives

L'intimée soutient que la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* établissent un système de réglementation qui est exclusivement de nature prospective parce que tous les taux, qu'ils soient provisoires ou définitifs, doivent être justes et raisonnables. Ainsi, si les taux provisoires ont été approuvés parce qu'ils sont justes et raisonnables, ils ne peuvent donner lieu à des revenus excédentaires lorsqu'ils sont imposés; les taux provisoires, du seul fait de leur approbation par l'appelant, sont présumés justes et raisonnables à moins d'être modifiés par une ordonnance ultérieure. Selon l'intimée, les ordonnances provisoires sont donc rendues «pour le moment» jusqu'à ce qu'une ordonnance de nature plus permanente soit rendue.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Hugessen a souligné tout à fait à juste titre que si les ordonnances provisoires ne sont que des ordonnances rendues «pour le moment», il sera impossible de distinguer les ordonnances définitives des ordonnances provisoires au sens du régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*, puisque toutes les ordonnances définitives peuvent être révisées par l'appelant de son propre chef et en tout temps: par. 335(1) de la *Loi sur les chemins de fer* et art. 52 de la *Loi sur les transports nationaux*. On ne peut donc affirmer que les ordonnances définitives rendues en application de ces lois sont finales en ce sens qu'elles ne pourront jamais être révisées. La nature continue des fonctions de réglementation de l'appelant comporte inévitablement une révision constante des décisions antérieures sur les taxes et les tarifs. Ainsi, toutes les ordonnances, définitives ou provisoires, seraient rendues «pour le moment» au sens du régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*.

L'appelant et le juge Hugessen s'appuient largement sur l'arrêt *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d)

C.A.) for the proposition that interim decisions must be distinguished from final decisions in that they may be reviewed in a retrospective manner. This distinction is based on the fact that interim decisions are made subject to "further direction" as prescribed by s. 60(2) of the *National Transportation Act* which, for convenience, I cite again:

60. ...

(2) The Commission may, instead of making an order final in the first instance, make an interim order and reserve further directions either for an adjourned hearing of the matter or for further application. [Emphasis added.]

The statutory scheme analysed by the Alberta Court of Appeal in *Re Coseka* is substantially similar to though more clearly prospective than the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*. Furthermore, s. 52(2) of the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, is identical in wording to s. 60(2) of the *National Transportation Act*. Laycraft J.A., as he then was, cited with approval by Hugessen J., wrote the following with respect to the possibility of revisiting the period during which interim rates were in force for the purpose of deciding whether those interim rates were in fact just and reasonable, at pp. 717-18:

In my view, to say that an interim order may not be replaced by a final order is to attribute virtually no additional powers to the Board from s. 52 beyond those already contained in either the *Gas Utilities Act* or the *Public Utilities Board Act* to make final orders. The Board is by other provisions of the statute empowered by order to fix rates either on application or on its own motion. An interim order would be the same, and have the same effect, as a final order unless the "further direction" which the statute contemplates includes the power to change the interim order. On that construction of the section the interim order would be a "final" order in all but name. The Board would need no further legislative authority to issue a further "final" order since it may fix rates under s. 27 on its own motion without a further application. The provision for an interim order was intended to permit rates to be fixed subject to

705 (C.A. Alb.) pour affirmer que les décisions provisoires doivent être distinguées des décisions finales en ce qu'elles peuvent être révisées rétroactivement. Cette distinction repose sur le fait que les décisions provisoires sont susceptibles de «plus amples instructions» comme le prévoit le par. 60(2) de la *Loi sur les transports nationaux* que j'estime utile de reproduire à nouveau:

60. ...

(2) La Commission peut prendre, tout d'abord, au lieu d'une ordonnance définitive, une ordonnance provisoire, et se réserver la faculté de donner de plus amples instructions soit à une audition ajournée de l'affaire, soit sur une nouvelle requête. [Je souligne.]

Le régime juridique que la Cour d'appel de l'Alberta a analysé dans *Re Coseka* est essentiellement le même, bien que plus clairement prospectif, que le régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux*. De plus, le texte du par. 52(2) de la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, est identique à celui du par. 60(2) de la *Loi sur les transports nationaux*. Le juge Hugessen a cité et approuvé les propos suivants du juge Laycraft, tel était alors son titre, quant à la possibilité de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur pour déterminer si ces taux étaient effectivement justes et raisonnables, aux pp. 717 et 718:

[TRADUCTION] À mon sens, dire qu'on ne peut substituer une ordonnance finale à une ordonnance provisoire, c'est attribuer à la Commission pratiquement aucun pouvoir supplémentaire en vertu de l'art. 52, si ce n'est les pouvoirs de rendre des ordonnances définitives, que prévoient déjà la *Gas Utilities Act* et la *Public Utilities Board Act*. D'autres articles de la loi autorisent la Commission à établir des tarifs, par ordonnance, soit sur requête ou de sa propre initiative. Une ordonnance provisoire serait la même, et aurait le même effet, qu'une ordonnance définitive si les «plus amples instructions» qu'envisage la Loi ne comprenaient pas le pouvoir de modifier l'ordonnance provisoire. Selon une telle interprétation de l'article, l'ordonnance «provisoire» serait «définitive» sauf en titre. La Commission n'aurait pas à être autorisée davantage par le législateur à rendre une autre ordonnance «définitive» puisqu'en vertu de l'art. 27 elle peut fixer des tarifs de sa propre initiative sans autre requête à cet égard. L'objet des ordonnances provisoires est de permettre la fixation de tarifs suscepti-

correction to be made when the hearing is subsequently completed.

It was urged during argument that s. 52(2) was merely intended to enable the Board to achieve "rough justice" during the period of its operation until a final order is issued. However, the Board is required to fix "just and reasonable rates" not "roughly just and reasonable rates". The words "reserve for further direction", in my view, contemplate changes as soon as the Board is able to determine those just and reasonable rates. [Emphasis added.]

I agree with Hugessen J. and with the reasons of Laycraft J.A. in *Re Coseka* where he made a careful review of previous cases. The statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* is such that one of the differences between interim and final orders must be that interim decisions may be reviewed and modified in a retrospective manner by a final decision. It is inherent in the nature of interim orders that their effect as well as any discrepancy between the interim order and the final order may be reviewed and remedied by the final order. I hasten to add that the words "further directions" do not have any magical, retrospective content. Under the *Railway Act* and the *National Transportation Act*, final orders are subject to "further [prospective] directions" as well. It is the interim nature of the order which makes it subject to further retrospective directions.

The importance of distinguishing final orders from interim orders is illustrated by the case of *City of Calgary v. Madison Natural Gas Co.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 655 (Alta. C.A.) In *Madison*, the Public Utility Board (the "Board") was faced with an application by the City of Calgary for the reimbursement of amounts earned in excess of the rates of return allowed in orders 34 and 41 for the sale of natural gas. The Board had allowed a rate of return of 7 per cent but, due to its lack of useful information to predict the effect of rates on

bles d'être corrigés une fois terminée l'audition de l'affaire.

On a fait valoir au cours des plaidoiries que le par. 52(2) avait simplement pour objet de permettre à la Commission de rendre une justice «approximative» tant qu'était en vigueur la mesure provisoire en attendant qu'une ordonnance définitive soit rendue. Cependant, la Commission est tenue de fixer des «tarifs justes et raisonnables» et non des «tarifs approximativement justes et raisonnables». J'estime que les mots «se réserver la faculté de donner de plus amples instructions» envisagent des modifications dès que la Commission est en mesure de déterminer ce que sont les tarifs justes et raisonnables. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec le juge Hugessen et les motifs rédigés par le juge Laycraft dans l'affaire *Re Coseka* où ce dernier a fait un examen minutieux des décisions antérieures. Le régime juridique de la *Loi sur les chemins de fer* et de la *Loi sur les transports nationaux* est tel que l'une des différences entre les ordonnances provisoires et définitives doit être que les décisions provisoires peuvent être révisées et modifiées rétroactivement dans une décision finale. Il relève de la nature même des ordonnances provisoires que leur effet ainsi que toute divergence entre une ordonnance provisoire et une ordonnance définitive peuvent être révisés et corrigés dans l'ordonnance définitive. Je m'empresse d'ajouter que les mots «de plus amples instructions» ne comportent en soi aucun sens magique ni rétroactif. En vertu de la *Loi sur les chemins de fer* et de la *Loi sur les transports nationaux*, les ordonnances définitives sont également sujettes à «de plus amples instructions [prospectives]». C'est le caractère provisoire de l'ordonnance qui la rend sujette à de plus amples instructions rétroactives.

L'arrêt *City of Calgary v. Madison Natural Gas Co.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 655 (C.A. Alb.), illustre l'importance de distinguer les ordonnances définitives des ordonnances provisoires. Dans l'affaire *Madison*, la ville de Calgary avait présenté à la Public Utility Board (la «Commission») une demande de remboursement des sommes gagnées en sus des taux de rendement autorisés dans les ordonnances 34 et 41 pour la vente de gaz naturel. La Commission avait autorisé un taux de rendement de 7 pour 100, mais parce qu'elle ne disposait

the actual financial performance of the regulated entity, the rates per volume fixed by the Board actually yielded greater profits than anticipated. The Board refused to grant the demands made in the application because it felt it had no jurisdiction to revisit periods during which rates approved in a final decision were in force. This decision was confirmed by the Court of Appeal on the basis that, contrary to arguments made by the City of Calgary, orders 34 and 41 were final orders not governed by s. 35*a*(3) of the *Natural Gas Utilities Act*, which read as follows:

> 35*a*— . . .
>
> (3) The Board is hereby authorized, empowered and directed, on the final hearing, to give consideration to the effect of the operation of such interim or temporary order and in the final order to make, allow or provide for such adjustments, allowances or other factors, as to the Board may seem just and reasonable.

Order 34 provided that the price was set at 9 cents per mcf and that "if it should turn out that there is a surplus, it can be dealt with when the time arrives" which led to the argument that this order was in fact an interim order. Johnson J.A. dismissed this argument in the following terms, at pp. 662-63:

> It is the submission of the appellants that O. 34 and O. 41 are interim or temporary orders and the Board can now deal with these surpluses in accordance with s-s (3). As I have mentioned, orders fixing interim prices were made while the Board was hearing the application and considering its report. These, of course, were superseded by the order now under consideration. Orders 34 and 41 are, of course, not final orders in the sense that judgments are final. The Act contemplates that subsequent applications will be made to change the price fixed by these orders. They are nonetheless final so far as each application is concerned.

It is useful to note that the respondent relies heavily on the *Madison* case for the proposition that a regulated entity cannot be forced to dis-

pas des renseignements utiles pour prévoir l'effet des taux sur le rendement financier réel de l'organisme réglementé, les taux par volume que la Commission avait fixés ont effectivement généré plus de profits que prévu. La Commission a refusé de se rendre aux demandes qui lui étaient faites parce qu'elle estimait qu'elle n'avait pas le pouvoir de réexaminer les périodes pendant lesquelles les taux approuvés dans une décision finale étaient en vigueur. La Cour d'appel a confirmé cette décision en affirmant, contrairement aux arguments présentés par la ville de Calgary, que les ordonnances 34 et 41 étaient des ordonnances définitives non régies par le par. 35*a*(3) de la *Natural Gas Utilities Act*, qui prévoyait:

> [TRADUCTION] 35*a*— . . .
>
> (3) La Commission peut et doit, à la dernière audience, tenir compte de l'effet de l'ordonnance provisoire ou temporaire et faire dans l'ordonnance définitive les rajustements qu'elle estime justes et raisonnables.

Dans l'ordonnance 34, le prix avait été fixé à 9 cents par millier de pieds cubes et il avait été prévu que [TRADUCTION] «si jamais il y avait un surplus, on pourrait en traiter en temps et lieu», d'où l'argument que cette ordonnance était en fait provisoire. Le juge Johnson de la Cour d'appel a rejeté cet argument dans les termes suivants, aux pp. 662 et 663:

> [TRADUCTION] Les appelantes prétendent que les ordonnances 34 et 41 sont provisoires ou temporaires et que la Commission peut maintenant traiter de ces surplus conformément au par. (3). Comme je l'ai mentionné, les ordonnances dans lesquelles la Commission a fixé provisoirement les prix ont été rendues alors que la Commission entendait la demande et préparait son rapport. Ces ordonnances ont été évidemment remplacées par l'ordonnance qui est examinée actuellement. Il va de soi que les ordonnances 34 et 41 ne sont pas définitives dans le sens où les jugements sont définitifs. La Loi prévoit que des demandes ultérieures seront présentées pour modifier le prix fixé dans ces ordonnances. Elles sont néanmoins définitives en ce qui concerne chaque demande.

Il convient de souligner que l'intimée s'appuie largement sur l'arrêt *Madison* pour affirmer qu'une entreprise réglementée ne peut être forcée

gorge profits legally earned by charging rates approved by the relevant regulatory authority on the basis that they are just and reasonable. Since the City of Calgary sought to obtain the reimbursement of profits earned by charging rates approved by final order, this case does not support the respondent's position.

A consideration of the nature of interim orders and the circumstances under which they are granted further explains and justifies their being, unlike final decisions, subject to retrospective review and remedial orders. The appellant may make a wide variety of interim orders dealing with hearings, notices and, in general, all matters concerning the administration of proceedings before the appellant. Such orders are obviously interim in nature. However, this is less obvious when an interim order deals with a matter which is to be dealt with in the final decision, as was the case with the interim rate increase ordered in Decision 84-28. If interim rate increases are awarded on the basis of the same criteria as those applied in the final decision, the interim decision would serve as a preliminary decision on the merits as far as the rate increase is concerned. This, however, is not the purpose of interim rate orders.

Traditionally, such interim rate orders dealing in an interlocutory manner with issues which remain to be decided in a final decision are granted for the purpose of relieving the applicant from the deleterious effects caused by the length of the proceedings. Such decisions are made in an expeditious manner on the basis of evidence which would often be insufficient for the purposes of the final decision. The fact that an order does not make any decision on the merits of an issue to be settled in a final decision and the fact that its purpose is to provide temporary relief against the deleterious effects of the duration of the proceedings are essential characteristics of an interim rate order.

In Decision 84-28, the appellant granted the respondent an interim rate increase on the basis of

de rembourser les profits qu'elle a gagnés légalement en imposant les taux approuvés par l'organisme de réglementation compétent pour le motif qu'ils sont justes et raisonnables. Puisque la ville de Calgary tentait d'obtenir le remboursement des profits gagnés en imposant les taux approuvés dans l'ordonnance définitive, cet arrêt ne saurait étayer la thèse de l'intimée.

L'examen de la nature des ordonnances provisoires et des circonstances dans lesquelles elles sont accordées explique et justifie davantage pourquoi elles peuvent, contrairement aux décisions finales, être révisées rétroactivement et faire l'objet d'une ordonnance de redressement. L'appelant peut rendre toute une gamme d'ordonnances provisoires concernant les audiences, les avis et, généralement, les questions relatives à l'administration des procédures devant lui. De toute évidence, ces ordonnances ont un caractère provisoire. Toutefois, cela est moins évident lorsque l'ordonnance provisoire porte sur une question qui doit être traitée dans la décision finale, comme dans le cas de la majoration tarifaire provisoire ordonnée dans la décision 84-28. Si les majorations tarifaires provisoires étaient accordées selon les mêmes critères que ceux qui sont appliqués dans la décision finale, la décision provisoire constituerait une décision préliminaire sur le fond en ce qui concerne la majoration tarifaire. Là n'est cependant pas l'objet des ordonnances tarifaires provisoires.

Traditionnellement, les ordonnances tarifaires provisoires qui traitent de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale sont accordées pour éviter que le requérant ne subisse les effets néfastes de la longueur des procédures. Ces décisions sont prises rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Le fait qu'une ordonnance ne porte pas sur le fond d'une question devant être traitée dans une décision finale et le fait qu'elle ait pour objet d'accorder un redressement temporaire contre les effets néfastes de la longueur des procédures constituent des caractéristiques fondamentales d'une ordonnance tarifaire provisoire.

Dans la décision 84-28, l'appelant a accordé à l'intimée une majoration tarifaire provisoire en

the following criteria which, for convenience, I cite again (at p. 9):

The Commission considers that, as a rule, general rate increases should only be granted following the full public process contemplated by Part III of its Telecommunications Rules of Procedure. In the absence of such a process, general rate increases should not in the Commission's view be granted, even on an interim basis, except where special circumstances can be demonstrated. Such circumstances would include lengthy delays in dealing with an application that could result in a serious deterioration in the financial condition of an applicant absent a general interim increase.

Decision 84-28 was truly an interim decision since it did not seek to decide in a preliminary manner an issue which would be dealt with in the final decision. Instead, the appellant granted the interim rate increase on the basis that such an increase was necessary in order to prevent the respondent from having serious financial difficulties.

Furthermore, the appellant consistently reiterated throughout the procedures which led to Decision 86-17 its intention to review the rates charged for the test year 1985 and up to the date of the final decision. Holding that the interim rates in force during that period cannot be reviewed would not only be contrary to the nature of interim orders, it would also frustrate and subvert the appellant's order approving interim rates.

It is true, as the respondent argues, that all telephone rates approved by the appellant must be just and reasonable whether these rates are approved by interim or final order; no other conclusion can be derived from s. 340(1) of the *Railway Act*. However, interim rates must be just and reasonable on the basis of the evidence filed by the applicant at the hearing or otherwise available for the interim decision. It would be useless to order a final hearing if the appellant was bound by the evidence filed at the interim hearing. Furthermore, the interim rate increase was granted on the basis that the length of the proceedings could cause a serious deterioration in the financial condition of

fonction des critères formulés dans l'extrait de la p. 9, que j'estime utile de reproduire de nouveau:

Le Conseil estime que, en principe, les majorations tarifaires générales ne devraient être accordées qu'à la suite du processus public complet envisagé à la partie III de ses Règles de procédure en matière de télécommunications. En l'absence d'un tel processus, les majorations tarifaires générales ne devraient pas, selon le Conseil, être accordées même de façon intérimaire sauf si le requérant peut démontrer qu'il s'agit de circonstances spéciales. Ce pourrait être le cas, par exemple, si de longs délais dans le traitement d'une requête entraînaient une dégradation sérieuse de la situation financière d'un requérant à moins d'une majoration tarifaire intérimaire.

La décision 84-28 était véritablement une décision provisoire puisqu'elle ne visait pas à trancher d'une manière préliminaire une question qui serait traitée dans une décision finale. L'appelant a plutôt accordé la majoration tarifaire provisoire considérant qu'une majoration était nécessaire pour éviter que l'intimée connaisse de graves difficultés financières.

De plus, l'appelant a constamment réitéré tout au long des procédures qui ont abouti à la décision 86-17 son intention de réviser les taux imposés à compter de l'année témoin 1985 jusqu'à la date de la décision finale. Conclure que les taux provisoires en vigueur au cours de cette période ne peuvent être révisés serait non seulement contraire à la nature des ordonnances provisoires mais encore aurait pour effet de contrecarrer l'ordonnance dans laquelle l'appelant a approuvé les taux provisoires.

Il est vrai, comme le soutient l'intimée, que tous les tarifs de téléphone approuvés par l'appelant doivent être justes et raisonnables peu importe qu'ils soient approuvés dans une ordonnance provisoire ou définitive; aucune autre conclusion ne saurait être tirée du par. 340(1) de la *Loi sur les chemins de fer*. Toutefois, les taux provisoires doivent être justes et raisonnables en regard des éléments de preuve produits par le requérant à l'audience ou des éléments par ailleurs disponibles pour rendre une décision provisoire. Il serait inutile d'ordonner la tenue d'une audience finale si l'appelant était lié par les éléments de preuve produits à l'audience intérimaire. En outre, la majoration

the respondent. Only once such an emergency situation was found to exist did the appellant ask itself what rate increase would be just and reasonable on the basis of the available evidence and for the purpose of preventing such a financial deterioration. The inherent differences between a decision made on an interim basis and a decision made on a final basis clearly justify the power to revisit the period during which interim rates were in force.

The respondent argues that the power to revisit the period during which interim rates were in force cannot exist within the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* because these statutes do not grant such a power explicitly, unlike s. 64 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes. I have found that, within the statutory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act*, the power to make interim orders necessarily implies the power to revisit the period during which interim rates were in force. The fact that this power is provided explicitly in other statutes cannot modify this conclusion based as it is on the interpretation of these two statutes as a whole.

I am bolstered in my opinion by the fact that the regulatory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* gives the appellant very broad procedural powers for the purpose of ensuring that telephone rates and tariffs are, at all times, just and reasonable. Within this regulatory framework, the power to make appropriate orders for the purpose of

tarifaire provisoire a été accordée parce que la longueur des procédures pouvait entraîner une grave détérioration de la situation financière de l'intimée. Ce n'est que lorsque l'appelant a conclu qu'une telle situation d'urgence existait qu'il s'est demandé quelle majoration provisoire serait juste et raisonnable compte tenu des éléments de preuve disponibles et pour éviter cette détérioration financière. Les différences inhérentes entre une décision provisoire et une décision finale justifient clairement le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur.

L'intimée soutient que le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur ne saurait exister dans le régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* parce que ces lois ne confèrent pas explicitement ce pouvoir, contrairement à l'art. 64 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7. Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste. J'ai conclu que dans le régime juridique établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte nécessairement le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur. Le fait que ce pouvoir soit prévu explicitement dans d'autres lois ne saurait changer cette conclusion fondée sur l'interprétation de ces deux lois dans leur ensemble.

Je me vois renforcé dans mon opinion par le fait que le régime de réglementation établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* confère à l'appelant des pouvoirs très larges en matière de procédure pour veiller à ce que les taux et tarifs de téléphone soient justes et raisonnables en tout temps. À l'intérieur de ce cadre de réglementation, le pouvoir de rendre des

remedying interim rates which are not just and reasonable is a necessary adjunct to the power to make interim orders.

It is interesting to note that, in the context of statutory schemes which did not provide any power to set interim rates, the United States Supreme Court has held that regulatory agencies have both the power to impose interim rates and the power to make reimbursement orders where the interim rates are found to be excessive in the final order: *United States v. Fulton*, 475 U.S. 657 (1986), at pp. 669-71; *Trans Alaska Pipeline Rate Cases*, 436 U.S. 631 (1978), where Brennan J. wrote the following comments at pp. 654-56:

Finally, petitioners contend that the Commission has no power to subject them to an obligation to account for and refund amounts collected under the interim rates in effect during the suspension period and the initial rates which would become effective at the end of such a period .... In response, we note first that we have already recognized in *Chessie* that the Commission does have powers "ancillary" to its suspension power which do not depend on an express statutory grant of authority. We had no occasion in *Chessie* to consider what the full range of such powers might be, but we did indicate that the touchstone of ancillary power was a "direc(t) relat(ionship)" between the power asserted and the Commission's "mandate to assess the reasonableness of ... rates and to suspend them pending investigation if there is a question as to their legality." 426 U.S., at 514.

. . .

Thus, here as in *Chessie*, the Commission's refund conditions are a "legitimate, reasonable, and direct adjunct to the Commission's explicit statutory power to suspend rates pending investigation," in that they allow the Commission, in exercising its suspension power, to pursue "a more measured course" and to "offe(r) an alternative tailored far more precisely to the particular circumstances" of these cases. Since, again as in *Chessie*, the measured course adopted here is necessary to strike a proper balance between the interests of carriers and the public, we think the Interstate Commerce Act should be construed to confer on the Commission the

ordonnances appropriées pour remédier aux taux provisoires qui ne sont pas justes et raisonnables est nécessairement accessoire au pouvoir de rendre des ordonnances provisoires.

Dans le cadre de régimes juridiques où le pouvoir d'établir des taux provisoires n'existait pas, il est intéressant de souligner que la Cour suprême des États-Unis a décidé que les organismes de réglementation ont à la fois le pouvoir d'imposer des taux provisoires et le pouvoir d'ordonner des remboursements lorsque l'on conclut que ces taux sont excessifs dans l'ordonnance définitive: voir l'arrêt *United States v. Fulton*, 475 U.S. 657 (1986), aux pp. 669 à 671, et l'arrêt *Trans Alaska Pipeline Rate Cases*, 436 U.S. 631 (1978), où le juge Brennan fait les remarques suivantes, aux pp. 654 à 656:

[TRADUCTION] Enfin, les requérants prétendent que la Commission ne peut les obliger à rendre compte des sommes perçues en vertu des taux provisoires en vigueur pendant la période de suspension et des taux imposés à l'origine qui entreraient en vigueur à la fin de cette période et à les rembourser ... En réponse à cet argument, soulignons d'abord que nous avons déjà reconnu dans l'arrêt *Chessie* que la Commission a des pouvoirs «accessoires» à son pouvoir de suspension et que ces derniers ne découlent pas d'une disposition législative les lui conférant expressément. Nous n'avons pas eu l'occasion de déterminer ce que pourrait comprendre toute l'étendue de ces pouvoirs dans l'arrêt *Chessie*, mais nous avons indiqué que la pierre de touche de ce pouvoir accessoire était un «rapport direct» entre le pouvoir invoqué et le «mandat [de la Commission] d'évaluer le caractère raisonnable des [...] taux et de les suspendre pendant l'enquête si leur légalité est mise en doute.» 426 U.S., à la p. 514.

. . .

Ainsi, en l'espèce comme dans l'arrêt *Chessie* les conditions de remboursement imposées par la Commission sont «légitimes, raisonnables et directement accessoires au pouvoir légal exprès de la Commission de suspendre les taux pendant l'enquête» en ce qu'elles lui permettent, dans l'exercice de son pouvoir de suspension, de poursuivre une «ligne de conduite plus appropriée» et d'«offrir une solution de rechange beaucoup mieux adaptée aux circonstances particulières» de ces instances. Encore une fois comme dans l'arrêt *Chessie*, puisque la ligne de conduite appropriée adoptée en l'espèce est nécessaire pour établir un équilibre convenable entre les

authority to enter on this course unless language in the Act plainly requires a contrary result.

This approach to the interpretation of statutes conferring regulatory authority over rates and tariffs is only the expression of the wider rule that the court must not stifle the legislator's intention by reason only of the fact that a power has not been explicitly provided for.

The appellant has also argued that the power to "vary" a previous decision, whether interim or final, found in s. 66 of the *National Transportation Act*, includes the power to vary these decisions in a retroactive manner. Given my conclusion based on the inherent nature of interim orders, it is unnecessary for me to deal with this argument.

(iii) The Relevance of the Distinction Between Positive Approval and Negative Disallowance Schemes of Rate Regulation

Much was said in argument about the difference between positive approval schemes and negative disallowance schemes with respect to the power to act retrospectively. The first category includes schemes which provide that the administrative agency is the only body having statutory authority to approve or fix tolls payable to utility companies; these schemes generally stipulate that tolls shall be "just and reasonable" and that the administrative agency has the power to review these tolls on a *proprio motu* basis or upon application by an interested party. The second category includes schemes which grant utility companies the right to fix tolls as they wish but also grant users the right to complain before an administrative agency which has the power to vary those tolls if it finds that they are not "just and reasonable". It has generally been found that negative disallowance schemes provide the power to make orders which are retroactive to the date of the application by the ratepayer who claims that the rates are not "just and reasonable". On the other hand, positive approval schemes have been found to be exclusively prospective in nature and not to allow orders

intérêts des transporteurs et ceux du public, nous croyons que l'Interstate Commerce Act devrait être interprétée de façon à conférer à la Commission le pouvoir d'adopter cette ligne de conduite à moins que le texte de la loi ne dicte clairement un résultat contraire.

Cette façon d'interpréter les lois qui confèrent un pouvoir de réglementation des taux et des tarifs n'est qu'une façon de formuler la règle plus large selon laquelle le tribunal ne doit pas réprimer l'intention du législateur pour la seule raison qu'un pouvoir n'a pas été prévu expressément.

L'appelant a également soutenu que le pouvoir de «modifier» une décision antérieure, provisoire ou finale, que confère l'art. 66 de la *Loi sur les transports nationaux*, comporte le pouvoir de les modifier rétroactivement. Étant donné ma conclusion sur la nature inhérente des ordonnances provisoires, il ne m'est pas nécessaire de traiter de cet argument.

(iii) L'importance de la distinction entre les systèmes positifs d'approbation et les systèmes négatifs de rejet en matière de réglementation des tarifs

On a beaucoup insisté dans les plaidoiries sur la différence entre les systèmes positifs d'approbation et les systèmes négatifs de rejet relativement au pouvoir d'agir rétroactivement. La première catégorie comprend les systèmes qui prévoient que seul l'organisme administratif a le pouvoir légal d'approuver ou de fixer les taxes payables aux services publics; ces systèmes prévoient généralement que les taxes doivent être «justes et raisonnables» et que l'organisme administratif a le pouvoir de réviser ces taxes de sa propre initiative ou à la demande d'une partie intéressée. La deuxième catégorie couvre les systèmes qui reconnaissent aux services publics le droit de fixer les taxes comme ils l'entendent, mais qui reconnaissent aussi aux usagers le droit de se plaindre auprès d'un organisme administratif qui a le pouvoir de modifier les taxes s'il conclut qu'elles ne sont pas «justes et raisonnables». On a conclu de façon générale que les systèmes négatifs de rejet permettent de rendre des ordonnances qui sont rétroactives à la date de la demande du contribuable qui prétend que les taux ne sont pas «justes et raisonnables». D'autre part, on a jugé que les systèmes positifs d'approbation

applicable to periods prior to the final decision itself. A full discussion of this issue was made by Estey J. in *Nova v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437, at pp. 450-51, and I do not propose to repeat or to criticize what was said in that case with respect to the power to review rates approved by a previous final order. I am of the opinion that the regulatory scheme established by the *Railway Act* and the *National Transportation Act* is a positive approval scheme inasmuch as the respondent's rates are subject to approval by the appellant. However, the *Nova* case only dealt with the power to review rates approved in a previous final decision and, as I have said before, entirely different considerations apply when interim rates are reviewed.

It has often been said that the power to review its own previous final decision on the fairness and the reasonableness of rates would threaten the stability of the regulated entity's financial situation. In *Regina v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1966), 60 D.L.R. (2d) 703, Ritchie J.A., wrote the following comments on this issue, at p. 729:

> The distributor contends that in the absence of any express limitation or restriction or an express provision as to the effective date of any order made by the board, the jurisdiction conferred on the board by the Legislature includes jurisdiction to make orders with retrospective effect. Reliance is placed on *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local 468 v. Salmi, White Lunch Ltd. v. Labour Relations Board of British Columbia*, 56 D.L.R. (2d) 193, [1966] S.C.R. 282, 55 W.W.R. 129 which it is contended must be applied when interpreting s. 6(1) of the Act.
>
> The clear object of the Act is to ensure stability in the operation of public utilities and the maintenance of just, reasonable and non-discriminatory rates. That object would be defeated if the board having, on November 14, 1962, made an order fixing the rates to be paid by the distributor for natural gas purchased from the producer, reduced those rates on February 19, 1966, more than three years later, and directed the reduced rates be

étaient de nature exclusivement prospective et ne permettaient pas de rendre des ordonnances applicables à des périodes antérieures à la décision finale elle-même. Le juge Estey traite cette question de façon exhaustive dans l'arrêt *Nova c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437, aux pp. 450 et 451, et je n'ai pas l'intention de répéter ou de critiquer ce qui a été dit dans cet arrêt quant au pouvoir de réviser les taux approuvés dans une ordonnance définitive antérieure. Je suis d'avis que le système de réglementation établi par la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* est un système positif d'approbation dans la mesure où les taux de l'intimée sont sujets à l'approbation de l'appelant. L'arrêt *Nova* ne portait toutefois que sur le pouvoir de réviser les taux approuvés dans une décision finale antérieure et, comme je l'ai déjà affirmé, des considérations tout à fait différentes s'appliquent lorsque des tarifs provisoires sont révisés.

On a souvent dit que le pouvoir de réviser sa propre décision finale quant au caractère juste et raisonnable des taux compromettrait la stabilité de la situation financière de l'entreprise réglementée. Dans l'arrêt *Regina v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1966), 60 D.L.R. (2d) 703, le juge Ritchie a fait les remarques suivantes sur cette question, à la p. 729:

> [TRADUCTION] Le distributeur prétend qu'en l'absence d'une limite ou restriction expresse ou d'une disposition expresse quant à la date d'entrée en vigueur d'une ordonnance rendue par la commission, la compétence que le législateur confère à cette dernière comprend le pouvoir de rendre des ordonnances rétroactives. On invoque l'arrêt *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local 468 v. Salmi, White Lunch Ltd. v. Labour Relations Board of British Columbia*, 56 D.L.R. (2d) 193, [1966] R.C.S. 282, 55 W.W.R. 129, qui, prétend-on, doit s'appliquer à l'interprétation du par. 6(1) de la Loi.
>
> Il est clair que l'objet de la Loi est d'assurer la stabilité de l'exploitation des services publics et le maintien de taux justes, raisonnables et non discriminatoires. Cet objet ne serait pas atteint si la commission, après avoir rendu le 14 novembre 1962 une ordonnance fixant les taux payables par le distributeur de gaz naturel acheté au producteur, réduisait ces taux le 19 février 1966, plus de trois ans plus tard et ordonnait que les

effective as from January 1, 1962, or as from any other date prior to February 19, 1966.

and further at p. 732:

In no section of the Act do I find any wording indicating an intention on the part of the Legislature to confer on the board authority to make orders fixing rates with retrospective effect or any language requiring a construction that such authority has been bestowed on the board. To so interpret s. 6(1) would render insecure the position of not only every public utility carrying on business in the Province but also the position of every customer of such public utility.

However, Ritchie J.A.'s comments deal with the *Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1952, c. 186, which did not provide the Board with any power to make interim orders. I readily agree that Ritchie J.A.'s concerns about the financial stability of utility companies are valid when one is faced with the argument that a Board has the power to revisit its own previous final decisions. Since no time limit could be placed on the period which could be revisited, any power to revisit previous final decisions would have to be explicitly provided in the enabling statute. Furthermore, even if final orders are "for the time being", it does not necessarily follow that they must be stripped of all their finality through the judicial recognition of a power to revisit a period during which final rates were in force.

However, there should be no concern over the financial stability of regulated utility companies where one deals with the power to revisit interim rates. The very purpose of interim rates is to allay the prospect of financial instability which can be caused by the duration of proceedings before a regulatory tribunal. In fact, in this case, the respondent asked for and was granted interim rate increases on the basis of serious apprehended financial difficulties. The added flexibility provided by the power to make interim orders is meant to foster financial stability throughout the regulatory process. The power to revisit the period during which interim rates were in force is a necessary corollary of this power without which interim orders made in emergency situations may

taux réduits entrent en vigueur à compter du 1er janvier 1962 ou à compter d'une autre date antérieure au 19 février 1966.

et plus loin, à la p. 732:

[TRADUCTION] Je ne trouve nulle part dans la Loi un article qui indique que le législateur a voulu conférer à la commission le pouvoir de rendre des ordonnances fixant des taux avec effet rétroactif ou des mots exigeant une telle interprétation. Interpréter ainsi le par. 6(1) rendrait non seulement incertaine la situation de tous les services publics qui font des affaires dans la province, mais celle également de chacun de ses usagers.

Les remarques du juge Ritchie portent cependant sur la *Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1952, chap. 186, qui ne conférait à la Commission aucun pouvoir de rendre des ordonnances provisoires. J'accepte volontiers que les préoccupations du juge Ritchie quant à la stabilité financière des services publics sont valables face à l'argument que la Commission a le pouvoir de réexaminer ses propres décisions finales antérieures. Puisqu'aucun délai ne pouvait s'appliquer à la période qui pouvait faire l'objet d'un réexamen, il aurait fallu prévoir explicitement dans la loi habilitante le pouvoir de réexaminer les décisions finales antérieures. En outre, même si les ordonnances définitives sont rendues «pour le moment», il ne s'ensuit pas forcément qu'on doive les priver de tout caractère définitif par la reconnaissance judiciaire d'un pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux définitifs étaient en vigueur.

La stabilité financière des services publics réglementés ne devrait cependant soulever aucune difficulté lorsqu'il s'agit de traiter du pouvoir de réexaminer des tarifs provisoires. L'objet même des tarifs provisoires est de dissiper les risques d'instabilité financière liés à la longueur des procédures devant un tribunal administratif. D'ailleurs, en l'espèce, l'intimée a demandé et obtenu des majorations tarifaires provisoires en raison des graves difficultés financières qu'elle appréhendait. La souplesse supplémentaire que procure le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires vise à favoriser la stabilité financière tout au long du processus de réglementation. Le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur est forcément accessoire à ce

cause irreparable harm and subvert the fundamental purpose of ensuring that rates are just and reasonable.

Even though Parliament has decided to adopt a positive approval regulatory scheme for the regulation of telephone rates, the added flexibility provided by the power to make interim orders indicates that the appellant is empowered to make orders as of the date at which the initial application was made or as of the date the appellant initiated the proceedings of its own motion. The underlying theory behind the rule that a positive approval scheme only gives jurisdiction to make prospective orders is that the rates are presumed to be just and reasonable until they are modified because they have been approved by the regulatory authority on the basis that they were indeed just and reasonable. However, the power to make interim orders necessarily implies the power to modify in its entirety the rate structure previously established by final order. As a result, it cannot be said that the rate review process begins at the date of the final hearing; instead, the rate review begins when the appellant sets interim rates pending a final decision on the merits. As was stated in *obiter* in *Re Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission* (1978), 87 D.L.R. (3d) 727 (B.C.C.A.), with respect to a similar though not identical legislative scheme, the power to make interim orders effectively implies the power to make orders effective from the date of the beginning of the proceedings. In turn, this power must comprise the power to make appropriate orders for the purpose of remedying any discrepancy between the rate of return yielded by the interim rates and the rate of return allowed in the final decision for the period during which they are in effect so as to achieve just and reasonable rates throughout that period.

pouvoir sans lequel les ordonnances provisoires rendues dans des situations d'urgence peuvent causer un préjudice irréparable et contrecarrer l'objectif fondamental d'assurer le maintien de taux justes et raisonnables.

Même si le Parlement a décidé d'adopter un système de réglementation des tarifs de téléphone par voie d'approbation, la souplesse additionnelle que procure le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires indique que l'appelant peut rendre des ordonnances effectives à compter de la date du dépôt de la demande initiale ou de la date à laquelle l'appelant a entrepris les procédures de son propre chef. La théorie qui sous-tend la règle portant qu'un système positif d'approbation permet seulement de rendre des ordonnances prospectives repose sur la présomption que les taux sont justes et raisonnables jusqu'à leur modification pour le motif que l'organisme de réglementation qui les a approuvés l'a fait parce qu'ils étaient effectivement justes et raisonnables. Cependant, le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte forcément le pouvoir de modifier en entier la structure des taux établie antérieurement dans l'ordonnance définitive. Par conséquent, on ne saurait affirmer que le processus de révision des taux commence à la date de la dernière audience; la révision des taux commence plutôt lorsque l'appelant établit des taux provisoires en attendant qu'une décision finale sur le fond soit rendue. Comme il a été dit dans une opinion incidente dans *Re Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission* (1978), 87 D.L.R. (3d) 727 (C.A.C.-B.), au sujet d'un régime législatif semblable mais non identique, le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte effectivement le pouvoir de les rendre exécutoires à compter de la date du début des procédures. À son tour, ce pouvoir doit comprendre celui de rendre des ordonnances appropriées pour corriger tout écart entre le taux de rendement généré par les taux provisoires et le taux de rendement autorisé dans la décision finale pour la période pendant laquelle ils sont en vigueur, et ce, pour parvenir à des taux justes et raisonnables pendant toute cette période.

(iv) The Power to Make a One-time Credit Order

Once it is decided, as I have, that the appellant does have the power to revisit the period during which interim rates were in force for the purpose of ascertaining whether they were just and reasonable, it would be absurd to hold that it has no power to make a remedial order where, in fact, these rates were not just and reasonable. I also agree with Hugessen J. that s. 340(5) of the *Railway Act* provides a sufficient statutory basis for the power to make remedial orders including an order to give a one-time credit to certain classes of customers.

CNCP Telecommunications argues that the one-time credit order should be limited to the amount of revenues actually derived as a direct result of the 2 per cent interim rate increase and that these excess revenues should be refunded to the actual customers who paid them. The presumption behind this argument is that the portion of the interim rates corresponding to the final rates in force prior to the beginning of the proceedings cannot be held to be unjust or unreasonable until a final decision is rendered. As I have held that the appellant has jurisdiction to review the fairness and the reasonableness of these interim rates in their entirety because the rate-review process starts as of the date of the beginning of the proceedings, this argument must be dismissed.

Finally, it is true that the one-time credit ordered by the appellant will not necessarily benefit the customers who were actually billed excessive rates. However, once it is found that the appellant does have the power to make a remedial order, the nature and extent of this order remain within its jurisdiction in the absence of any specific statutory provision on this issue. The appellant admits that the use of a one-time credit is not the perfect way of reimbursing excess revenues. However, in view of the cost and the complexity of finding who actually paid excessive rates, where these persons reside and of quantifying the amount of excessive payments made by each, and having regard to the appellant's broad jurisdiction in

(iv) Le pouvoir d'ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire

Une fois qu'il a été décidé, comme je l'ai fait, que l'appelant a le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur pour déterminer s'ils sont justes et raisonnables, il serait absurde de décider qu'il n'a pas le pouvoir d'ordonner un redressement lorsqu'en fait ces taux n'étaient pas justes et raisonnables. Je partage également l'avis du juge Hugessen selon lequel le par. 340(5) de la *Loi sur les chemins de fer* fournit un fondement légal suffisant au pouvoir d'ordonner un redressement, y compris celui d'ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire à certaines catégories d'abonnés.

Télécommunications CNCP soutient que le crédit forfaitaire ordonné devrait être restreint aux revenus qui proviennent directement de la majoration tarifaire provisoire de 2 pour 100 et que ces revenus excédentaires devraient être remboursés aux abonnés qui les ont effectivement payés. La présomption qui sous-tend cet argument est qu'on ne peut affirmer que la portion des taux provisoires qui correspond aux taux définitifs en vigueur avant le début des procédures est injuste ou déraisonnable jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue. Puisque j'ai conclu que l'appelant a compétence pour examiner intégralement le caractère juste et raisonnable de ces taux provisoires en raison du fait que le processus de révision des taux commence à la date du début des procédures, cet argument doit être rejeté.

Enfin, il est vrai que ce ne sont pas les abonnés à qui des taux excessifs ont été facturés qui vont nécessairement profiter du crédit forfaitaire ordonné. Cependant, une fois qu'on a conclu que l'appelant a le pouvoir d'ordonner un redressement, la nature et l'étendue de cette ordonnance relèvent de sa compétence en l'absence d'une disposition législative expresse sur la question. L'appelant reconnaît que le crédit forfaitaire n'est pas le moyen par excellence de rembourser les revenus excédentaires. Étant donné toutefois le coût et la complexité liés à l'identification des personnes qui ont payé des taux excessifs ainsi qu'à la détermination de leur lieu de résidence et de la somme que chacune a versée en trop, et compte tenu de la

weighing the many factors involved in apportioning respondent's revenue requirement amongst its several classes of customers to determine just and reasonable rates, the appellant's decision was eminently reasonable and I agree with Hugessen J. that it should not be overturned.

VI—Conclusion

In my opinion, the appellant had jurisdiction to review the interim rates in force prior to Decision 86-17 for the purpose of ascertaining whether they were just and reasonable, had jurisdiction to order the respondent to grant the one-time credit described in Decision 86-17 and has committed no error in so doing.

I would allow the appeal and confirm the appellant's decision, with costs in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Avrum Cohen, Hull.

Solicitors for the respondent: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Consumers' Association of Canada: Janet Yale, Ottawa.

Solicitor for the intervener Canadian Business Telecommunications Alliance: Kenneth G. Engelhart, Toronto.

Solicitor for the intervener the CNCP Telecommunications: Michael Ryan, Toronto.

Solicitors for the intervener the National Anti-Poverty Organization: Andrew Roman and Glenn W. Bell, Ottawa.

compétence générale de l'appelant pour ce qui est d'évaluer les nombreux facteurs qui entrent en jeu dans la répartition des besoins en revenus de l'appelant parmi ses différentes catégories d'abonnés en vue de fixer des taux justes et raisonnables, la décision de l'appelant était tout à fait raisonnable et je partage l'avis du juge Hugessen qu'elle ne devrait pas être écartée.

VI—Conclusion

À mon avis, l'appelant avait le pouvoir d'examiner les taux provisoires en vigueur avant que la décision 86-17 soit rendue pour vérifier s'ils étaient justes et raisonnables et il avait le pouvoir d'ordonner à l'intimée d'accorder le crédit forfaitaire décrit dans la décision 86-17 et, ce faisant, il n'a commis aucune erreur.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision de l'appelant, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Avrum Cohen, Hull.

Procureurs de l'intimée: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada: Janet Yale, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Alliance canadienne des télécommunications de l'entreprise: Kenneth G. Engelhart, Toronto.

Procureur de l'intervenante Télécommunications CNCP: Michael Ryan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Organisation nationale anti-pauvreté: Andrew Roman et Glenn W. Bell, Ottawa.

Leonard Earl Meltzer *Appellant*

v.

Harry Laison and Her Majesty The Queen *Respondents*

INDEXED AS: R. v. MELTZER

File No.: 20041.

1988: April 28, 29; 1989: June 29.

Present: Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Wiretap authorization or renewal — Application to set aside renewal (Wilson application) to prevent admission of wiretap evidence — Whether a right of appeal exists from a Wilson application — Whether Wilson v. The Queen correctly decided — Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

Appellant petitioned the British Columbia Supreme Court to set aside the renewal of an application to intercept private communications—*Wilson* application—in an attempt to prevent the admission of the wiretap evidence. Notwithstanding the allegations made in the petition, there was no evidence to suggest that the renewal was irregular or improper; no application was made to have the packet opened. The petition was dismissed and the Court of Appeal declined to hear an appeal from that decision for want of jurisdiction. Three issues were before the Court: (1) whether a "*Wilson*" application had a civil as well as a criminal nature which would extend jurisdiction to the Court of Appeal under s. 6 of the *Court of Appeal Act*; (2) whether this Court's decision in *Wilson v. The Queen* should be reconsidered; and (3) whether a right of appeal exists from orders granting authorizations and renewals if *Charter* rights could be affected.

Held: The appeal should be dismissed.

A motion for review of an authorization rests solely upon the provisions of the *Criminal Code*. The adoption of a procedure derived from the civil law for a review of an authorization did not have the effect of severing the motion from the criminal process and making it civil in nature.

* Beetz and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Leonard Earl Meltzer *Appelant*

c.

Harry Laison et Sa Majesté La Reine *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. MELTZER

N° du greffe: 20041.

1988: 28, 29 avril; 1989: 29 juin.

Présents: Les juges Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Autorisation ou renouvellement d'autorisation d'écoute électronique — Demande d'annulation d'un renouvellement (demande de type Wilson) afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? — L'arrêt Wilson c. La Reine est-il bien fondé? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

L'appelant a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'annuler le renouvellement d'une autorisation d'intercepter des communications privées (une demande de type *Wilson*) afin d'empêcher l'admission des éléments de preuve obtenus par écoute électronique. Nonobstant les allégations contenues dans la requête, rien ne laissait croire que le renouvellement n'était ni régulier ni approprié; on n'a pas demandé l'ouverture du paquet. La requête a été rejetée et la Cour d'appel a refusé d'entendre un appel de cette décision pour absence de compétence. Cette Cour est saisie des trois questions suivantes: (1) Une demande de type «*Wilson*» est-elle de nature civile autant que criminelle, ce qui conférerait compétence à la Cour d'appel en vertu de l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*? (2) L'arrêt de cette Cour *Wilson c. La Reine* devrait-il être révisé? (3) Existe-t-il un droit d'appel contre les ordonnances qui accordent des autorisations et des renouvellements si des droits garantis par la *Charte* peuvent être touchés?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une demande de révision d'une autorisation repose uniquement sur les dispositions du *Code criminel*. L'adoption d'une procédure émanant du droit civil pour réviser une autorisation n'a pas eu pour effet de dissocier la requête du processus criminel et d'en faire une requête de nature civile.

* Les juges Beetz et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

There was no need to reconsider *Wilson v. The Queen*. That case merely applied established principles of law and any other course would offend well established rules of judicial review. It is the *Code* that gives rise to any confusion and delay and the *Code* that does not provide for a right of appeal.

The *Charter* does not provide for an appeal where none is provided for by law. An interlocutory appeal in criminal cases, such as the appeal at issue, has no basis in law.

Cases Cited

Considered: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; **referred to**: *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249; *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248; *R. v. Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14).
Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, c. 7, s. 6.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.13(3), 178.14(1)(*a*)(ii), 482, 602, 603, 605, 618, 719, 748.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, dismissing on a preliminary objection as to jurisdiction an appeal from a judgment of Meredith J. dismissing a petition to review an authorization for interception of private communications. Appeal dismissed.

Leonard T. Doust and *Donald McKay*, for the appellant.

No one appeared for the respondent Harry Laison.

A. G. Henderson and *M. J. Carstairs*, for the respondent Her Majesty The Queen.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal is against a judgment of the British Columbia Court of Appeal which held that the appellant had no right of appeal from the refusal of what has come to be known as a *Wilson* review of an authorization to intercept private communications: see *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594.

Il n'est pas nécessaire de réexaminer l'arrêt *Wilson c. La Reine*. Cet arrêt ne fait qu'appliquer les principes de droit établis et toute autre solution contreviendrait aux règles bien établies du contrôle judiciaire. C'est le *Code* qui suscite de la confusion et des retards et c'est le *Code* qui ne prévoit pas de droit d'appel.

La *Charte* ne prévoit pas d'appel lorsque la loi n'en prévoit pas. Un appel interlocutoire dans des affaires criminelles, comme le présent pourvoi, n'a aucun fondement légal.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; **arrêts mentionnés**: *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249; *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248; *R. v. Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13(3), 178.14(1)*a*)(ii), 482, 602, 603, 605, 618, 719, 748.
Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, chap. 7, art. 6.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, qui a rejeté, suite à une exception préliminaire relative à la compétence, l'appel d'un jugement du juge Meredith, qui avait rejeté une requête en révision d'une autorisation d'intercepter des communications privées. Pourvoi rejeté.

Leonard T. Doust et *Donald McKay*, pour l'appelant.

Personne n'a comparu pour l'appelant Harry Laison.

A. G. Henderson et *M. J. Carstairs*, pour l'intimée Sa Majesté La Reine.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a conclu que l'appelant n'a aucun droit d'appel contre le refus de ce qu'on appelle maintenant la révision de type *Wilson* d'une autorisation d'intercepter des communications privées: voir l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594.

By an information sworn on August 25, 1983, the appellant was charged with one Laison with various criminal offences in connection with a company known as Palliser Resources Incorporated. They were committed to stand trial after a preliminary hearing during which the Crown put in evidence a number of interceptions of private communications. Authorization to intercept the private communications of the appellant Meltzer had been given on June 6, 1980. It was renewed on July 17, 1980 and a further renewal was granted on September 10, 1980. Most of the intercepted private communications were intercepted under the renewal granted on September 10, 1980. It is the validity of this renewal which the appellant attacks in this appeal.

By petition, the appellant sought to have the Supreme Court of British Columbia set aside the renewal. The grounds of the application were set out in this form:

(1) THAT the Renewal was granted upon an ex parte application without full disclosure of all offences or transactions being investigated and/or intercepted;

(2) THAT the Renewal was granted without full compliance with Section 178.13(3)(*b*) of the Criminal Code of Canada namely, an affidavit by a peace officer deposing:

> "full particulars, together with times and dates, when interceptions, if any, were made or attempted under the authorization, and any information that has been obtained by any interception . . . ."

The petition was entitled "In the Matter of Section 178.13(3) of the Criminal Code of Canada" and it referred specifically to the authorization granted on the 10th day of September A.D. 1980. It was heard by Meredith J., of the Supreme Court of British Columbia, and on July 17, 1985 it was dismissed. On the hearing, the appellant did not apply to open the packet concerning the renewal and no request was made to open it. In dismissing the petition, Meredith J. said:

Par voie de dénonciation déposée le 25 août 1983, l'appelant a été accusé en même temps qu'un nommé Laison de diverses infractions criminelles relativement à une société connue sous le nom de Palliser Resources Incorporated. Ils ont été renvoyés à leur procès après une audience préliminaire au cours de laquelle le ministère public a présenté en preuve un certain nombre d'interceptions de communications privées. L'autorisation d'intercepter les communications privées de l'appelant Meltzer avait été accordée le 6 juin 1980. Elle a été renouvelée le 17 juillet 1980 et un autre renouvellement a été accordé le 10 septembre 1980. La plupart des communications privées interceptées l'ont été en vertu du renouvellement accordé le 10 septembre 1980. C'est la validité de ce renouvellement que l'appelant attaque en l'espèce.

Par requête, l'appelant a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'annuler le renouvellement et a invoqué les moyens suivants:

[TRADUCTION]

(1) QUE le renouvellement a été accordé sur demande *ex parte* sans qu'il y ait divulgation complète de toutes les infractions ou opérations faisant l'objet de l'enquête ou de l'interception;

(2) QUE le renouvellement accordé ne respecte pas totalement l'al. 178.13(3)*b*) du Code criminel du Canada, qui prévoit notamment le dépôt de l'affidavit d'un agent de la paix énonçant:

> «tous les détails, y compris les heures et dates, relatifs aux interceptions, qui, le cas échéant, ont été faites ou tentées en vertu de l'autorisation, et tous renseignements obtenus au cours des interceptions . . .»

La requête était intitulée [TRADUCTION] «Dans l'affaire du paragraphe 178.13(3) du Code criminel du Canada» et mentionnait spécifiquement l'autorisation accordée le 10 septembre 1980. Elle a été entendue par le juge Meredith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et, le 17 juillet 1985, elle a été rejetée. À l'audience, l'appelant n'a pas demandé l'ouverture du paquet concernant le renouvellement et personne n'a exigé son ouverture. En rejetant la requête, le juge Meredith a affirmé:

There are no grounds to suspect that the renewal was anything but regular and proper. Thus it seems to me that the Order to set aside or discharge the renewal would not be appropriate on either of the grounds alleged. There is nothing to suggest that the renewal was granted without full disclosure of the transactions under investigation or that it did not comply with the provisions of the section.

An appeal was taken to the Court of Appeal. The Crown made a preliminary objection that the Court of Appeal lacked jurisdiction to hear it. By judgment dated June 18, 1986, the Court of Appeal gave effect to the preliminary objection and dismissed the appeal (see (1986), 29 C.C.C. (3d) 266). Three sets of reasons were written in each of which all arguments of the appellants were rejected.

The appellant has raised three grounds of appeal in this Court. They are set out below:

A. The Court of Appeal erred in holding that a "*Wilson*" application to review an Order or renewal of an Order authorizing the interception of private communications was not properly characterized as civil in nature, and therefore, that the Court did not have jurisdiction to hear an Appeal to the Court of Appeal pursuant to s. 6 of the *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1982 [*sic*], c. 7 and amendments thereto.

B. In the alternative, if the Court of Appeal did not err in holding that the court did not have jurisdiction to hear an appeal from final orders of an authorizing or renewing judge, then the appellant asks this Honourable Court to reconsider this Court's decision in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, 37 C.R. 3d, 97.

C. In the further alternative, authorizing and renewing judges are entrusted with the function of ensuring that the Constitutional right of citizens to be free from unreasonable search and seizure is protected; accordingly, a right of appeal must exist from orders granting authorizations and renewals.

Dealing with the first ground, it was argued that the adoption by this Court in *Wilson v. The Queen*, *supra*, of a procedure derived from civil

[TRADUCTION] Rien ne permet de douter du caractère régulier et approprié du renouvellement. Il me semble donc qu'aucun des moyens allégués ne justifierait l'ordonnance annulant ou écartant le renouvellement. Rien ne laisse croire que le renouvellement a été accordé sans qu'il y ait divulgation complète des opérations faisant l'objet de l'enquête ou qu'il ne respectait pas les dispositions de l'article.

Un appel a été interjeté à la Cour d'appel. Le ministère public a soulevé comme exception préliminaire que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour l'entendre. Par jugement en date du 18 juin 1986, la Cour d'appel a fait droit à l'exception préliminaire et rejeté l'appel (voir (1986), 29 C.C.C. (3d) 266). Trois juges ont rédigé des motifs, chacun rejetant tous les arguments des appelants.

L'appelant a soulevé trois moyens d'appel en cette Cour. Les voici.

[TRADUCTION]

A. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'une demande de révision de type «*Wilson*» visant une ordonnance ou le renouvellement d'une ordonnance autorisant l'interception de communications privées n'était pas qualifiée à bon droit comme étant de nature civile et, par conséquent, qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel interjeté à la Cour d'appel conformément à l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1982, chap. 7 et ses modifications.

B. À titre subsidiaire, si la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel interjeté contre des ordonnances définitives d'un juge qui accorde une autorisation ou un renouvellement, l'appelant demande alors à cette Cour de réexaminer son arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, 37 C.R. 3d 97.

C. Ou encore, à titre subsidiaire, les juges qui accordent une autorisation ou un renouvellement ont pour fonction d'assurer le respect de la protection garantie par la Constitution aux citoyens contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives; par conséquent, il doit exister un droit d'appel contre les ordonnances accordant des autorisations et des renouvellements.

Quant au premier moyen, on a fait valoir que l'adoption par cette Cour, dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, d'une procédure émanant de la

practice for the making of an application for a review of an authorization had the effect of severing the motion from the criminal process and making it civil in nature. Its validity as a proceeding would not, therefore, rest solely upon the provisions of the *Criminal Code* and the constitutional authority of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, it would be supportable as a civil proceeding constitutionally based on s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The admitted fact that no such appeal is authorized in the *Criminal Code* would not bar the proceeding for the reason that avenues of appeal are provided in civil matters by provincial legislation. It was argued that the Court of Appeal was in error in following its earlier judgment in *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249, and the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248 (Alta. C.A.) Both of these cases considered the matters before them as criminal in nature. Therefore, the Court of Appeal in the case at bar should have distinguished and not followed the *Turangan* and *Cass* cases because they were in error in characterizing as criminal a review of authorizations. *R. v. Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, was also distinguished. It was argued that the ratio in *R. v. Storgoff*, a case dealing with a *habeas corpus* application arising directly out of a criminal proceeding, could not be applicable to a *Wilson* review which, it was asserted, could be a proceeding entirely separate from and not necessarily linked to the criminal proceeding. The *Wilson* review would therefore be subject to appeal in accordance with s. 6 of the *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, c. 7.

pratique civile pour une demande de révision d'une autorisation a pour effet de dissocier la requête du processus criminel et d'en faire une requête de nature civile. Sa validité en tant que procédure ne reposerait donc pas uniquement sur les dispositions du *Code criminel* et sur le pouvoir visé au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle serait plutôt justifiable en tant que procédure de nature civile fondée sur le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le fait reconnu que le *Code criminel* n'autorise pas un appel de ce genre n'interdirait pas la procédure pour le motif qu'en matière civile le droit d'appel est prévu par la loi provinciale. On a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur en suivant son arrêt antérieur *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249, et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248 (C.A. Alb.) Dans ces deux arrêts, on a estimé que les affaires soumises étaient de nature criminelle. Par conséquent, la Cour d'appel en l'espèce aurait dû établir une distinction d'avec les arrêts *Turangan* et *Cass* et non les suivre parce que c'est à tort qu'ils ont qualifié de criminelle une révision d'autorisations. On a également fait une distinction d'avec l'arrêt *R. v. Storgoff*, [1945] R.C.S. 526. On a allégué que le raisonnement de l'arrêt *R. v. Storgoff*, qui portait sur une demande d'*habeas corpus* découlant directement d'une procédure criminelle, ne pouvait s'appliquer à une révision de type *Wilson* qui, a-t-on affirmé, pouvait être une procédure tout à fait distincte de la procédure criminelle et ne pas nécessairement y être reliée. La révision de type *Wilson* pourrait donc faire l'objet d'un appel conformément à l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, chap. 7.

I would reject this argument. The question was dealt with in the Court of Appeal and I am in agreement with its treatment of the subject. Hutcheon J.A. said, at p. 275:

> The decision of Mr. Justice Meredith was a judicial determination of questions of fact and law arising in proceedings under Part IV.1 of the *Criminal Code* (Invasion of Privacy) and in relation to the charges of indictable offences then pending against Meltzer and Laison. Without doubt, the application before him raised questions within the criminal law. I agree with this statement of Chief Justice Laycraft in *R. v. Cass*,

Je rejette cet argument. La Cour d'appel a examiné cette question et je suis d'accord avec la façon dont elle l'a traitée. Le juge Hutcheon affirme, à la p. 275:

> [TRADUCTION] La décision du juge Meredith est une décision judiciaire sur des questions de fait et de droit qui se posaient dans des procédures visées à la partie IV.1 du *Code criminel* (Atteintes à la vie privée) et qui avaient trait aux accusations d'actes criminels alors pendantes contre Meltzer et Laison. Il ne fait pas de doute que la demande dont il était saisi soulevait des questions relevant du droit criminel. Je suis d'accord

Alberta Court of Appeal, May 16, 1985 (unreported), in its application to the present case: "In my view it cannot be argued that a wire tap authorization, or a review of it, or an appeal from such a review, is anything other than a criminal matter."

Seaton J.A., with whom Cheffins J.A. agreed, said, at p. 271:

I think that the application before Meredith J. was an application in the Part IV.1 proceeding in which the authorization and renewal were granted. The application had to be in that proceeding to escape being collateral. The subject matter of the application was an order made under the *Criminal Code*. The order was being reconsidered in the light of new evidence. The criteria for reconsideration, as for the original authorization and the renewals, is found in the *Criminal Code*. This application cannot be described as a civil proceeding to which the *Court of Appeal Act* would apply.

He then referred to the disposition made of this argument in the Alberta Court of Appeal in *R. v. Cass*, *supra*, and quoted the following passage from the words of Laycraft C.J.A. in that case:

Indeed, it is also to be observed that, while the granting of an authorization, because of its *ex parte* nature, may be reviewed by the court granting it, no right of appeal exists under the *Criminal Code* against either the grant or refusal of an authorization. That point was made by Mr. Justice McIntyre in *Wilson* at p. 123 [(1983), 9 C.C.C. (3d) 97]. It is not surprising that if the grant of an authorization cannot be appealed, the review of that process is also not the subject of an appeal.

It is urged that in *Wilson*, Mr. Justice McIntyre held that an appeal from a review of the authorization is a civil matter and that the civil appeal rules therefore apply. At p. 123 in *Wilson* he did refer to the body of jurisprudence to be found in the law relating to civil matters but that was merely to derive assistance in formulating rules for the criminal matter before him. In my view it cannot be argued that a wire tap authorization, or a review of it, or an appeal from such a review, is anything other than a criminal matter. Indeed, Parliament's authority in the field of interception of private communications derives from its criminal law jurisdiction. An Alberta statute or rule of court relating to civil

avec l'affirmation suivante qu'a fait le juge en chef Laycraft dans l'arrêt *R. v. Cass* de la Cour d'appel de l'Alberta rendu le 16 mai 1985 (inédit) et qui s'applique à l'espèce: «À mon avis, on ne saurait prétendre qu'une autorisation d'écoute électronique, ou une révision de cette autorisation, ou un appel de cette révision, est autre chose qu'une affaire de nature criminelle.»

Le juge Seaton, à l'avis duquel a souscrit le juge Cheffins, affirme à la p. 271:

[TRADUCTION] Je crois que la demande dont était saisi le juge Meredith était une demande faisant partie de la procédure fondée sur la partie IV.1 dans laquelle l'autorisation et le renouvellement ont été accordés. La demande devait faire partie de cette procédure sinon elle aurait constitué une attaque indirecte. L'objet de la demande était une ordonnance rendue en vertu du *Code criminel*. L'ordonnance était réexaminée à la lumière de nouveaux éléments de preuve. Le critère du réexamen, comme celui de l'autorisation initiale et des renouvellements, se trouve dans le *Code criminel*. Cette demande ne saurait être décrite comme étant une procédure civile à laquelle s'appliquerait la *Court of Appeal Act*.

Il a alors mentionné la décision que la Cour d'appel de l'Alberta a rendue sur cet argument dans l'arrêt *R. v. Cass*, précité, et a cité l'extrait suivant des propos tenus par le juge en chef Laycraft dans cette affaire:

[TRADUCTION] En réalité, il faut également noter que, bien qu'une autorisation, à cause de sa nature *ex parte*, puisse être révisée par la cour qui l'accorde, il n'existe en vertu du *Code criminel* aucun droit d'appel contre la délivrance ou le refus d'une autorisation. C'est ce qu'a conclu le juge McIntyre dans l'arrêt *Wilson*, à la page 123 [(1983), 9 C.C.C. (3d) 97]. Il n'est pas étonnant que, si la délivrance d'une autorisation ne peut faire l'objet d'un appel, sa révision ne puisse pas non plus faire l'objet d'un appel.

On fait valoir avec insistance que le juge McIntyre a conclu dans l'arrêt *Wilson* qu'un appel contre la révision d'une autorisation est une affaire de nature civile que ce sont donc les règles d'appel en matière civile qui s'appliquent. À la page 123 de l'arrêt *Wilson*, il a effectivement mentionné le corps de jurisprudence qu'on trouve dans le droit relatif aux affaires de nature civile, mais c'était simplement pour aider à la formulation de règles pour l'affaire de nature criminelle dont il était saisi. À mon avis, on ne saurait prétendre qu'une autorisation d'écoute électronique, ou une révision de cette autorisation, ou un appel de cette révision, est autre chose qu'une affaire de nature criminelle. En fait, le pouvoir

matters purporting to govern an appeal from the review of an authorization would be *ultra vires*: *Poje et al. v. A.-G. B.C.* (1953), 105 C.C.C. 311, [1953] 2 D.L.R. 785, [1953] 1 S.C.R. 516; *R. v. Storgoff* (1945), 84 C.C.C. 1, [1945] 3 D.L.R. 673, [1945] S.C.R. 526.

In the view of Seaton J.A., with which I agree, *R. v. Cass* cannot be distinguished.

I have referred to the judgments in the courts below in some detail because, in my view, they aptly dispose of this argument. I would add that this application to review the renewal of the authorization was simply an interlocutory motion in a criminal proceeding aimed at the exclusion of evidence in that proceeding. Section 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code* envisages an opening of the sealed packet. The *Criminal Code* provides no procedural guide for this purpose and limits the power to open to a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482 of the *Criminal Code*. The fact that a procedural step deriving from civil practice was employed to meet this problem cannot be said to have converted the matter into anything approaching a civil appeal. It was not contended that the *Criminal Code* provided a statutory base for an appeal from the refusal of the review and, in my view, then this ground of appeal must fail.

The second ground advanced as an alternative, in the event that the first ground fails, asks this Court to reconsider its judgment in *Wilson v. The Queen*. In that case, this Court by a majority held that an authorization given by a judge with jurisdiction to do so, that is, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482 of the *Criminal Code*, was not subject to collateral attack before a trial judge and that the authorization must receive full effect according to its terms, save for errors or defects apparent on its face. Any application for the review of the order, and it would appear that a review was contemplat-

du Parlement dans le domaine de l'interception des communications privées découle de sa compétence en matière de droit criminel. Une loi ou une règle de procédure albertaine relative aux affaires civiles qui aurait pour effet de régir un appel contre la révision d'une autorisation serait inconstitutionnelle: *Poje et al. v. A.-G. B.C.* (1953), 105 C.C.C. 311, [1953] 2 D.L.R. 785, [1953] 1 R.C.S. 516; *R. v. Storgoff* (1945), 84 C.C.C. 1, [1945] 3 D.L.R. 673, [1945] R.C.S. 526.

Selon le juge Seaton, avec qui je suis d'accord, l'arrêt *R. v. Cass* ne pourrait faire l'objet d'une distinction.

Je me suis attardé aux jugements des tribunaux d'instance inférieure parce qu'à mon avis, ils apportent une bonne réponse à cet argument. J'ajouterais que la présente demande de révision du renouvellement de l'autorisation était simplement une requête interlocutoire visant à exclure des éléments de preuve dans le cadre d'une procédure criminelle. Le sous-alinéa 178.14(1)*a*)(ii) du *Code criminel* envisage l'ouverture du paquet scellé. Le *Code criminel* ne fournit aucune indication quant à la procédure à suivre à cette fin et il n'accorde le pouvoir d'ouvrir qu'à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge défini à l'art. 482 du *Code criminel*. On ne peut pas dire que le fait d'avoir eu recours à une démarche procédurale tirée de la pratique civile pour régler ce problème a transformé l'affaire en quelque chose qui s'apparente à un appel de nature civile. On n'a pas prétendu que le *Code criminel* pouvait fonder un appel du refus de procéder à la révision et, à mon avis, ce moyen d'appel doit donc échouer.

Le second moyen avancé à titre subsidiaire, au cas où le premier échouerait, consiste à demander à cette Cour de réexaminer son arrêt *Wilson c. La Reine*. Dans cet arrêt, cette Cour a conclu à la majorité qu'une autorisation accordée par un juge compétent, c'est-à-dire un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge défini à l'art. 482 du *Code criminel*, ne peut pas faire l'objet d'une attaque indirecte devant un juge de première instance, et que l'autorisation doit être appliquée intégralement, sauf pour ce qui est des erreurs et des vices qui ressortent à sa lecture même. Toute demande de révision de l'ordonnan-

ed in view of the provisions of s. 178.14(1)(*a*)(ii) allowing the opening of the packet, should be made to the judge who made the order or a judge of the same court. It has been said that this has led to a confusion and delay and that the trial judge should, in his capacity as trial judge, have full power to open the sealed packet and review the High Court order, regardless of the status of the trial judge, and make any necessary rulings. That this procedure would probably expedite matters and remove some confusion may well be true. It is not, however, a procedure provided by Parliament, and subject to arguments relating to the application of the *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms* it is not, in my opinion, open to the courts to disregard the statutory provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. If there is confusion and delay in this matter it arises from the *Criminal Code* itself and, subject as aforesaid, it will be for Parliament to change.

As to the confusion and delay and as to alleged procedural problems, it is my opinion that these concerns are much exaggerated. The requirement that an application to open the sealed packet, a necessary step in any application for a review, be made to a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge, as defined in s. 482 of the *Criminal Code*, does not stem from this court's judgment in *Wilson v. The Queen*. It is clearly provided in s. 178.14(1)(*a*)(ii) that the packet shall not be opened except:

178.14 (1)

(*a*) ...

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; ...

It is evident, then, that anyone wishing to have a review of the authorization must, in any event, go to the higher court for that purpose. This step may well—in fact certainly will—be a source of delay in some proceedings. It need not, however, be a source of undue confusion. All courts in the land have rules which fix procedures for applications of this nature and it is not a step involving a strange

ce—et il semblerait qu'une révision était envisagée compte tenu des dispositions du sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) qui permettent l'ouverture du paquet—doit être adressée au juge qui a rendu l'ordonnance ou à un juge du même tribunal. On a dit que cela avait suscité de la confusion et des retards et que le juge du procès, à titre de juge du procès et indépendamment de son statut, devrait avoir pleins pouvoirs pour ouvrir le paquet scellé et réviser l'ordonnance de la Haute Cour, et rendre toutes les décisions nécessaires. Il peut bien être exact que cette procédure accélérerait le processus et dissiperait une certaine confusion. Ce n'est cependant pas une procédure prescrite par le Parlement et, sous réserve d'arguments relatifs à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'estime qu'il n'est pas loisible aux tribunaux de passer outre aux dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*. S'il y a confusion et retards dans ce domaine, ils résultent du *Code criminel* lui-même et, sous réserve de ce que j'ai déjà dit, c'est au Parlement qu'il appartient d'apporter des modifications.

J'estime que les inquiétudes relatives à la confusion, aux retards et aux problèmes de procédure allégués, sont grandement exagérées. L'exigence qu'une demande d'ouverture du paquet scellé, une démarche nécessaire dans toute demande de révision, soit présentée à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge défini à l'art. 482 du *Code criminel* ne découle pas de l'arrêt *Wilson c. La Reine* de cette Cour. Il est clairement prévu au sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) que le paquet ne doit pas être ouvert si ce n'est:

178.14 (1)

a) ...

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ...

Il est alors évident que quiconque désire obtenir la révision de l'autorisation doit, de toute façon, s'adresser à un tribunal de niveau supérieur. Cette démarche peut bien être—et sera même certainement—une source de retards dans certaines procédures. Cependant, elle ne sera pas forcément une source de confusion indue. Tous les tribunaux du pays ont des règles qui établissent les procédures à

practice which should confuse the profession. Once before the reviewing judge, the matter may be dealt with. It has been suggested that the sole function of the judge under s. 178.14(1)(*a*)(ii) is to open the package and make available its contents to the trial judge. I reject any such suggestion. It is my view that the power to open the packet and the power to review and pass upon its contents go together. Any other course would offend well established rules of judicial review, forbidding collateral attacks on orders in judgments, and would deprive the higher courts of control of the granting and reviewing of authorizations and renewals clearly conferred upon them by Parliament.

As to the complaint that no right of appeal exists from the review of such an authorization, it may be said that this is not because of the judgment in *Wilson v. The Queen* but simply because Parliament did not provide such right of appeal. If there is confusion and difficulty in this field it is not because of the *Wilson* judgment, which merely applies established principles of law, but because of the provisions of the *Criminal Code*. I would adopt and agree with the words of Seaton J.A. in the Court of Appeal when he said. at p. 272:

> These provisions deal primarily with protection of privacy, not with evidence. Parliament designed them to protect people from unreasonable invasion of privacy by making particular invasions a criminal offence. The scheme accepts that in some cases it will be necessary for the police to breach the privacy of certain individuals. To avoid unwarranted interceptions, Parliament has required that the police first go to a judge and get his authorization. Parliament entrusted that function to county and superior court judges without a provision for an appeal. I am not persuaded Parliament erred in so doing.

I am not persuaded that there is any basis or need for a reconsideration of this Court's judgment in *Wilson v. The Queen.*

The third ground of appeal was set out in these terms in the appellant's factum:

suivre pour des demandes de ce genre et ce n'est pas une démarche qui fait intervenir une pratique étrange qui devrait susciter de la confusion chez les avocats. Une fois devant le juge chargé de la révision, l'affaire peut être examinée. On a laissé entendre qu'en vertu du sous-al. 178.14(1)*a*)(ii), le juge a pour seule fonction d'ouvrir le paquet et d'en mettre le contenu à la disposition du juge du procès. Je rejette toute proposition de ce genre. Je suis d'avis que le pouvoir d'ouvrir le paquet et le pouvoir de réviser et d'examiner son contenu vont de pair. Toute autre solution contreviendrait aux règles bien établies du contrôle judiciaire qui interdisent les attaques indirectes contre les ordonnances contenues dans des jugements et priverait les tribunaux de niveau supérieur du pouvoir de contrôler la délivrance et la révision des autorisations et des renouvellements que le Parlement leur a clairement conféré.

Quant à la plainte qu'il n'existe aucun droit d'appel contre la révision d'une telle autorisation, on peut dire que ce n'est pas à cause de l'arrêt *Wilson c. La Reine*, mais simplement parce que le Parlement n'a pas prévu ce droit d'appel. S'il y a de la confusion et des difficultés dans ce domaine, ce n'est pas à cause de l'arrêt *Wilson*, qui ne fait qu'appliquer les principes de droit établis, mais à cause des dispositions du *Code criminel*. Je souscris aux propos tenus par le juge Seaton de la Cour d'appel, à la p. 272:

> [TRADUCTION] Ces dispositions traitent principalement de protection de la vie privée, non de preuve. Le Parlement les a conçues pour protéger les gens contre les atteintes abusives à la vie privée en faisant de certaines atteintes des infractions criminelles. Ce régime reconnaît que, dans certains cas, il sera nécessaire que la police viole la vie privée de certains individus. Pour éviter les interceptions injustifiées, le Parlement a exigé que la police s'adresse d'abord à un juge et obtienne son autorisation. Le Parlement a confié ce rôle aux juges de cour supérieure et de cour de comté sans prévoir d'appel. Je ne suis pas convaincu que le Parlement a commis une erreur en agissant ainsi.

Je ne suis pas convaincu qu'il soit utile ou justifié de réexaminer l'arrêt *Wilson c. La Reine* de cette Cour.

Le troisième moyen d'appel est énoncé comme suit dans la mémoire de l'appelant:

C. In the further alternative, authorizing and renewing judges are entrusted with the function of ensuring that the Constitutional right of citizens to be free from unreasonable search and seizure is protected; accordingly, a right of appeal must exist from orders granting authorizations and renewals.

The argument in support of this ground, simply put, is that the rights protected or guaranteed in the *Charter* are of such significance that an appeal should be available where relief under the *Charter* is denied at first instance. In short, what is asserted is that the *Charter* makes obligatory a right of appeal from any legal proceeding at first instance.

At common law there were no appeals. All appeals have been the creature of statute. It has not been argued that the *Criminal Code* in any of its appeal sections (602, 603, 605, 618, 719, 748) provides specifically for an appeal from a refusal of a *Charter* remedy. Therefore, if any such specific right exists it must be found in the *Charter*. The question facing the Court then is: Does the *Charter*, because of the importance of the interests it protects, provide an appeal against a refusal of a *Wilson* application for review despite the fact that neither the *Criminal Code* nor any other legislative enactment so provides? I assume—but do not decide— for the purposes of dealing with this question, that s. 8 of the *Charter* is engaged by the interception of private communications.

I would say at the outset that in my view the *Charter* does not provide such an appeal. In argument, the appellant referred to what I said in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 958-59:

Again, it must be observed that the *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. Since the *Charter* has conferred a right to seek a remedy under the provisions of s. 24(1) and since claims for remedy will involve claims alleging the infringement of basic rights and fundamental freedoms, it is essential that an

[TRADUCTION]

C. Ou encore, à titre subsidiaire, les juges qui accordent une autorisation ou un renouvellement ont pour fonction d'assurer le respect de la protection garantie par la Constitution aux citoyens contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives; par conséquent, il doit exister un droit d'appel contre les ordonnances accordant des autorisations et des renouvellements.

L'argument à l'appui de ce moyen porte simplement que les droits protégés ou garantis par la *Charte* sont d'une importance telle qu'on devrait pouvoir interjeter appel lorsqu'une réparation prévue dans la *Charte* est refusée en première instance. En bref, on fait valoir que la *Charte* rend obligatoire un droit d'appel contre toute procédure judiciaire en première instance.

En *common law*, les appels n'existaient pas. Tous les appels sont une création de la loi écrite. On n'a pas soutenu que, dans l'un ou l'autre de ses articles prévoyant des appels (602, 603, 605, 618, 719, 748), le *Code criminel* prévoit spécifiquement un appel contre le refus d'accorder une réparation prévue dans la *Charte*. Donc, si ce droit précis existe, il doit se trouver dans la *Charte*. La Cour doit alors répondre à la question suivante: En raison de l'importance des droits qu'elle protège, la *Charte* donne-t-elle un droit d'appel contre le rejet d'une demande de révision de type *Wilson*, alors que ni le *Code criminel* ni aucune autre disposition législative n'en prévoient? Je tiens pour acquis pour les fins de cette question, sans toutefois le décider, que l'application de l'art. 8 de la *Charte* est déclenchée par l'interception de communications privées.

Je dirais au départ qu'à mon avis la *Charte* ne prévoit pas ce genre d'appel. Au cours des débats, l'appelant a mentionné ce que j'ai dit dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 958 et 959:

Il faut encore souligner que la *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). Puisque la *Charte* confère un droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) et que de telles demandes comporteront des allégations de violation de libertés et de droits fondamentaux, l'existence d'une procédure d'appel est

appellate procedure exist. There is no provision in the *Code* which provides a specific right to appeal against the granting, or the refusal, of a *Charter* remedy under s. 24(1), but appeals are provided for which involve questions of law and fact. The *Charter*, forming part of the fundamental law of Canada, is therefore covered and the refusal of a claim for *Charter* relief will be appealable by a person aggrieved as a question of law, as will be the granting of such relief by the Crown. The appeal will follow the normal, established procedure. When the trial is completed, the appeal may be taken against the decision or verdict reached and the alleged error in respect of the claim for *Charter* relief will be a ground of appeal. [Emphasis added.]

I would, however, add that with the approval of two more of the seven judges sitting upon the appeal, I went on to say in *Mills v. The Queen*, at p. 959:

The question has been raised as to whether there can be something in the nature of an interlocutory appeal in which a claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* may appeal immediately upon a refusal of his claim and before the trial is completed. It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters. This principle has been reinforced in our *Criminal Code* (s. 602, *supra*) prohibiting procedures on appeal beyond those authorized in the *Code*.

The refusal of an application for a remedy or relief based on the *Charter* may well raise a question of law which could be the basis of an appeal under the *Criminal Code* against conviction or acquittal. Accepting this principle, however, will not assist the appellants in this case. They do not seek to appeal against a conviction under the *Criminal Code* appeal provisions. They seek to launch an interlocutory appeal concerning the admissibility of evidence which may be adduced at a future trial. There is no statutory basis for such an appeal and the law, as expressed in *Mills v. The Queen*, *supra*, and s. 602 of the *Criminal Code*, does not permit interlocutory appeals in criminal cases. I am, accordingly, satisfied that the Court of Appeal was correct in holding that it had no jurisdiction to entertain this interlocutory appeal. The appellants assert under this head of the argument that "a

indispensable. Aucune disposition du *Code* ne prévoit expressément un droit d'en appeler d'une décision accordant ou refusant une réparation visée par le par. 24(1) de la *Charte*, mais des appels sur des questions de droit et de fait sont toutefois autorisés. La *Charte* en tant que composante du droit fondamental du Canada n'y échappe donc pas et, de même qu'une personne lésée pourra porter en appel le rejet d'une demande de réparation en vertu de la *Charte* en tant que question de droit, de même Sa Majesté pourra interjeter appel si cette réparation est accordée. L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. À l'issue du procès, il sera loisible de faire appel de la décision ou du verdict et l'erreur qui aurait été commise relativement à la demande de réparation en vertu de la *Charte* constituera un moyen d'appel. [Je souligne.]

J'ajouterais cependant qu'avec l'approbation de deux autres des sept juges siégeant dans ce pourvoi, j'ai poursuivi dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, à la p. 959:

On a posé la question de savoir s'il peut y avoir quelque chose de la nature d'un appel interlocutoire grâce auquel le requérant en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait, en cas de rejet de sa demande, en appeler immédiatement et avant la fin du procès. Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. Ce principe se trouve renforcé par notre *Code criminel* (art. 602, précité) qui interdit les procédures d'appel qui ne sont pas autorisées par le *Code*.

Le rejet d'une demande de réparation ou de redressement fondée sur la *Charte* peut bien soulever une question de droit susceptible de justifier un appel en vertu du *Code criminel* contre une déclaration de culpabilité ou un acquittement. L'acceptation de ce principe n'aidera cependant pas les appelants en l'espèce. Ils ne cherchent pas à faire appel d'une déclaration de culpabilité en vertu des dispositions du *Code criminel* prévoyant un appel. Ils cherchent à interjeter un appel interlocutoire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve qui pourront être présentés au cours d'un procès futur. Un tel appel est sans fondement légal et le droit, formulé dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, et dans l'art. 602 du *Code criminel*, ne permet pas les appels interlocutoires en matière criminelle. Je suis donc convaincu que la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour ins-

right of appeal must exist from orders granting authorizations and renewals" (ground of appeal "C", *supra*). I leave open the question of whether these words frame a question of law which would be cognizable as a ground of appeal against conviction upon the completion of the trial.

I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Doust & Smith, Vancouver.

Solicitors for the respondent Harry Laison: Dumoulin, Black, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

truire cet appel interlocutoire. Les appelants font valoir relativement à cet aspect de l'argument qu'«il doit exister un droit d'appel contre les ordonnances accordant des autorisations et des renouvellements» (moyen d'appel «C», précité). Je m'abstiens de répondre à la question de savoir si ces mots énoncent une question de droit qui pourrait constituer un moyen d'appel contre une déclaration de culpabilité à la fin du procès.

Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Doust & Smith, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Harry Laison: Dumoulin, Black, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté La Reine: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Paul Ferdinand Heikel, Janet Eva Heikel, Jack Donald Heikel, Lawrence Alfred Heikel, David Phillip Richard, Robert David Heikel and Norman Paul Brazel *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HEIKEL

File No.: 20017.

1988: April 28, 29; 1989: June 29.

Present: Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Wiretap authorization — Application to set aside authorization (Wilson application) — Whether a right of appeal exists from a Wilson application — Whether Wilson v. The Queen correctly decided — Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal — Whether continued interception after targets arrested infringing right to privacy and Charter rights against self-incrimination, to retain counsel, and to trial by an independent and impartial tribunal.

Appellants, by notice of motion, sought an order setting aside authorizations to wiretap (a *Wilson* application) before a new trial took place. The trial had been ordered by the Court of Appeal when it set aside the acquittal of the accused. The decision dismissing the application was appealed to the Court of Appeal which dismissed the appeal for want of jurisdiction. The issues before the Court were: (1) whether a "*Wilson*" application had a civil nature which would support an appeal; (2) whether this Court's decision in *Wilson v. The Queen* should be reconsidered; (3) whether the *Charter* required that an appeal be available on a denial of a *Charter* remedy, and (4) whether an authorization to wiretap may not be given after the arrest of the target because it could result in the violation of the accused's right to privacy and of his *Charter* rights against self-incrimination, to retain counsel, and to trial by an independent and impartial tribunal.

Held: The appeal should be dismissed.

* Beetz and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Paul Ferdinand Heikel, Janet Eva Heikel, Jack Donald Heikel, Lawrence Alfred Heikel, David Phillip Richard, Robert David Heikel et Norman Paul Brazel *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HEIKEL

N° du greffe: 20017.

1988: 28, 29 avril; 1989: 29 juin.

Présents: Les juges Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Autorisation d'écoute électronique — Demande d'annulation de l'autorisation (demande de type Wilson) — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? — L'arrêt Wilson c. la Reine est-il bien fondé? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel? — La continuation de l'interception après l'arrestation des personnes visées viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée et les droits garantis par la Charte à la protection contre l'auto-incrimination, à l'assistance d'un avocat et à un procès devant un tribunal indépendant et impartial?

Par avis de requête, les appelants ont demandé une ordonnance qui annulerait des autorisations d'écoute électronique (une demande de type *Wilson*) avant la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel avait ordonné la tenue de ce procès lorsqu'elle a annulé l'acquittement des accusés. La décision de rejeter la requête a été portée devant la Cour d'appel qui a rejeté l'appel pour absence de compétence. Cette Cour est saisie des questions de savoir (1) si une demande de type «*Wilson*» est de nature civile ce qui pourrait justifier un appel, (2) si l'arrêt de cette Cour *Wilson c. La Reine* devrait être révisé, (3) si la *Charte* exige que le refus d'une réparation qu'elle prévoit puisse faire l'objet d'un appel, et (4) si une autorisation d'écoute électronique ne saurait être accordée après l'arrestation de la personne visée parce que cela pourrait entraîner la violation du droit de l'accusé à la protection de sa vie privée ainsi que des droits, que lui garantit la *Charte*, à la protection contre l'auto-incrimination, à l'assistance d'un avocat et à un procès devant un tribunal indépendant et impartial.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

* Les juges Beetz et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

The first three issues on appeal should be answered in the negative for the reasons given in *R. v. Meltzer*, [1989] 2 S.C.R. 1764. The fourth was one to be dealt with at trial and, for the reasons expressed in *R. v. Meltzer*, must fail.

Cases Cited

Applied: *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; **referred to**: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.16(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of O'Byrne J. in chambers dismissing an application to set aside authorizations to intercept private communications. Appeal dismissed.

Howard Rubin, for the appellants Paul Ferdinand Heikel, Janet Eva Heikel and Jack Donald Heikel.

Robert Sachs, for the appellant Robert David Heikel.

Murray Stone, for the appellant David Phillip Richard.

Richard Gariepy, for the appellant Lawrence Alfred Heikel.

Paul Solotki, for the appellant Norman Paul Brazel.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Kirk N. Lambrecht*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the same questions which were raised in the appeal of *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, and, in addition, a ground based on the fact that an authorization to intercept private communications was granted after the arrest of the intended targets.

The appellants were arrested as a result of an investigation by the Edmonton police, carried out

Les trois premières questions soulevées en l'espèce reçoivent une réponse négative pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. La quatrième doit être examinée au procès et, pour les motifs formulés dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, ce moyen doit échouer.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; **arrêt mentionné**: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté l'appel d'un jugement rendu par le juge O'Byrne dans son cabinet, qui avait rejeté une demande d'annulation d'autorisations d'intercepter des communications privées. Pourvoi rejeté.

Howard Rubin, pour les appelants Paul Ferdinand Heikel, Janet Eva Heikel et Jack Donald Heikel.

Robert Sachs, pour l'appelant Robert David Heikel.

Murray Stone, pour l'appelant David Phillip Richard.

Richard Gariepy, pour l'appelant Lawrence Alfred Heikel.

Paul Solotki, pour l'appelant Norman Paul Brazel.

S. R. Fainstein, c.r., et *Kirk N. Lambrecht*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève les mêmes questions que celles soulevées dans le pourvoi *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, auxquelles s'ajoute un moyen fondé sur le fait qu'une autorisation d'intercepter des communications privées a été accordée après l'arrestation des personnes visées.

Les appelants ont été arrêtés à la suite d'une enquête de la police d'Edmonton menée au cours

in the summer and fall of 1982, and were charged with conspiracy to traffic in narcotics. At trial, the Crown sought to tender wiretap evidence and a *voir dire* was commenced to determine admissibility. Before the Crown had concluded its evidence on the *voir dire*, counsel for the defence moved to have the wiretap evidence excluded for violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. After argument and a two-day adjournment, the trial judge held the wiretap evidence to be inadmissible, not by reason of any consideration of the *Charter* but by the application of s. 178.16(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provides:

178.16 (1) ...

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or provincial court judge presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

No mention of this provision had been made in argument and no reliance had been placed upon it. No opportunity had been given to the Crown to conclude its *voir dire* or to address the question of the applicability of s. 178.16(2) before the judge ruled the evidence inadmissible. The Crown called no further evidence and the accused were accordingly acquitted. The Alberta Court of Appeal allowed the Crown appeal, set aside the acquittal, and directed a new trial, which at this date has not taken place.

The appellants then launched proceedings by notice of motion in the Alberta Court of Queen's Bench, dated March 22, 1986. They sought an order setting aside the authorizations under which the interceptions referred to above had been made. Various grounds were alleged and the application clearly sought what has become known as a *Wilson* review of the authorization: see *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. The motion was heard by O'Byrne J. in Chambers. He heard *viva voce* evidence and extensive argument and dis-

de l'été et de l'automne 1982, et ils ont été accusés de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Au procès, le ministère public a cherché à présenter des éléments de preuve obtenus par écoute électronique et on a commencé un voir-dire pour en établir l'admissibilité. Avant que le ministère public ait complété sa preuve sur le voir-dire, l'avocat de la défense a demandé l'exclusion des éléments de preuve obtenus par écoute électronique pour cause de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Suite aux débats et à un ajournement de deux jours, le juge du procès a conclu que la preuve obtenue par écoute électronique était irrecevable, non pas en raison de la *Charte*, mais en application du par. 178.16(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, qui dispose:

178.16 (1) ...

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le juge de la cour provinciale qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

Aucune mention de cette disposition n'avait été faite dans les débats et personne ne l'avait invoquée. Le ministère public n'avait pas eu la possibilité de terminer son voir-dire ou d'aborder la question de l'applicabilité du par. 178.16(2) lorsque le juge a déclaré la preuve irrecevable. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve et les accusés ont, par conséquent, été acquittés. La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès qui, à ce jour, n'a pas encore eu lieu.

Les appelants ont alors engagé des procédures par avis de requête déposé en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta le 22 mars 1986. Ils ont demandé une ordonnance qui annulerait les autorisations en vertu desquelles ont été faites les interceptions déjà mentionnées. Différents moyens ont été avancés et la requête visait clairement à obtenir ce qu'on appelle maintenant une révision de type *Wilson* de l'autorisation: voir l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. La requête a été entendue par le juge O'Byrne dans son cabinet. Il

missed the motion. An appeal was taken to the Alberta Court of Appeal and, on July 30, 1986, was dismissed on the basis that the Court of Appeal had no jurisdiction to entertain the appeal. Laycraft C.J.A., speaking for the Court of Appeal, said:

> We have not considered the appeals on their merits because we consider ourselves bound to follow our decision in *R. v. Cass* (May 16, 1985 unreported (Alta. C.A.)) that there is no right of appeal from the order of the learned Chambers Judge.

The appeal to this Court is by leave granted November 6, 1986.

The appellants raised three grounds of appeal in this Court. It was argued that the Court of Appeal was in error, in holding that there was no right of appeal from the refusal of the application to review the authorizations, because it would be supportable as an appeal in a civil matter. It was argued, as well, that this Court's decision in *Wilson v. The Queen, supra*, should be reconsidered. The appellants associated themselves also with the general argument raised in *R. v. Meltzer*, to the effect that the *Charter* required that an appeal be available on a denial of a *Charter* remedy. These grounds were raised in the case of *R. v. Meltzer* and disposed of. For the reasons there given, I would conclude that these arguments are without merit.

It was further contended that an authorization may not be given for an interception after the target has been arrested, because to do so would permit the violation of the accused's *Charter* rights against self-incrimination: to retain counsel, to trial by an independent and impartial tribunal, and to privacy. What the appellants seek in this interlocutory appeal is an *in futuro* ruling against the admissibility of evidence to be tendered at trial. The issue raised is one to be dealt with at trial, and again for the reasons expressed in *R. v. Meltzer* this ground must fail.

I would therefore dismiss the appeal.

a entendu des témoignages de vive voix et des plaidoiries étoffées, puis a rejeté la requête. Le 30 juillet 1986, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté pour le motif qu'elle n'avait pas compétence pour instruire l'appel. Le juge Laycraft a affirmé au nom de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Nous n'avons pas examiné les appels au fond parce que nous nous considérons tenus de suivre notre arrêt *R. v. Cass* [16 mai 1985, inédit, (C.A. Alb.)] suivant lequel il n'existe aucun droit d'appel contre l'ordonnance que le juge a rendue dans son cabinet.

Une autorisation de pourvoi en cette Cour a été accordée le 6 novembre 1986.

Devant cette Cour, les appelants ont soulevé trois moyens d'appel. On a soutenu que la Cour d'appel avait commis une erreur en concluant qu'il n'existait aucun droit d'appel contre le rejet de la demande de révision des autorisations parce qu'il pourrait se justifier en tant qu'appel en matière civile. On a fait valoir également que cette Cour devrait réviser son arrêt *Wilson c. La Reine*, précité. Les appelants ont aussi repris l'argument général invoqué dans le pourvoi *R. c. Meltzer* suivant lequel la *Charte* exige que le refus d'une réparation qu'elle prévoit puisse faire l'objet d'un appel. Ces moyens ont été soulevés et tranchés dans le pourvoi *R. c. Meltzer*. Pour les motifs formulés dans cet arrêt, je conclus que ces arguments sont sans fondement.

On a en outre prétendu qu'une autorisation d'interception ne saurait être accordée après que la personne visée a été arrêtée parce que cela permettrait la violation des droits, dont jouit l'accusé en vertu de la *Charte*, à la protection contre l'autoincrimination, à l'assistance d'un avocat et à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, ainsi que de son droit à la protection de sa vie privée. Ce que les appelants cherchent à obtenir dans ce pourvoi interlocutoire, c'est une décision applicable dans le futur contre l'admissibilité d'éléments de preuve devant être présentés au procès. La question soulevée doit être examinée au procès et, encore une fois, pour les motifs formulés dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, ce moyen doit échouer.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants Paul F. Heikel, Janet E. Heikel and Jack D. Heikel: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the appellant Robert David Heikel: Robert Sachs, Edmonton.

Solicitor for the appellant David Phillip Richard: Murray Stone, Edmonton.

Solicitor for the appellant Lawrence Alfred Heikel: Richard R. Gariepy, Edmonton.

Solicitor for the appellant Norman Paul Brazel: Paul R. Solotki, Edmonton.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants Paul F. Heikel, Janet E. Heikel et Jack D. Heikel: Howard Rubin, Vancouver.

Procureur de l'appelant Robert David Heikel: Robert Sachs, Edmonton.

Procureur de l'appelant David Phillip Richard: Murray Stone, Edmonton.

Procureur de l'appelant Lawrence Alfred Heikel: Richard R. Gariepy, Edmonton.

Procureur de l'appelant Norman Paul Brazel: Paul R. Solotki, Edmonton.

Procureur de l'intimée Sa Majesté La Reine du chef du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté La Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

André Claude Ouellette *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* OUELLETTE

File No.: 20187.

1988: April 28, 29; 1989: June 29.

Present: Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Wiretap authorizations — Application to set aside authorizations (Wilson application) — Whether a right of appeal exists from a Wilson application — Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

Appellant's motion for an order setting aside wiretap authorizations (a *Wilson* application) given on separate occasions by two authorizing judges was dismissed and an appeal from that judgment was dismissed by the Court of Appeal for want of jurisdiction. At issue were (1) whether the appeal was civil in nature so that jurisdiction could be found under the *Court of Appeal Act*, and (2) whether the interests guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were of such importance that an appeal on the merits should be provided.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal should be dismissed for the reasons given in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764.

Cases Cited

Applied: *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; **referred to**: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Heikel*, [1989] 1 S.C.R. 1776.

Statutes and Regulations Cited

Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, c. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.14(1)(*a*)(ii), 185(1), 186(1)(*a*), (*d*).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Skipp Co. Ct. J. dismissing an application to set aside authorizations to intercept private communications. Appeal dismissed.

* Beetz and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

André Claude Ouellette *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* OUELLETTE

N° du greffe: 20187.

1988: 28, 29 avril; 1989: 29 juin.

Présents: Les juges Beetz*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Autorisations d'écoute électronique — Demande d'annulation des autorisations (demande de type Wilson) — Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? — La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

La requête de l'appelant visant à obtenir une ordonnance qui annulerait des autorisations d'écoute électronique (une demande de type *Wilson*) accordées en des occasions distinctes par deux juges différents a été rejetée et la Cour d'appel a rejeté un appel de ce jugement pour absence de compétence. En l'espèce, il s'agit de savoir (1) si l'appel est de nature civile de sorte que la compétence pour l'entendre peut se trouver dans la *Court of Appeal Act* et (2) si l'importance des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* est telle qu'un appel sur le fond devrait être prévu.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est rejeté pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; **arrêt mentionné**: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Heikel*, [1989] 1 R.C.S. 1776.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.14(1)*a*)(ii), 185(1), 186(1)*a*), *d*).
Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, chap. 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Skipp de la Cour de comté, qui avait rejeté une demande d'annulation d'autorisations d'intercepter des communications privées. Pourvoi rejeté.

* Les juges Beetz et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Richard Israels and *H. Scott Fairley*, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada.

Kirk Lambrecht, for the respondent Her Majesty The Queen in right of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal again raises the question of the right to appeal from the refusal of what has been called a *Wilson* review (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594). On January 30, 1985 an authorization was granted for the interception of the private communications of the appellant, in respect of narcotics offences. On March 1, 1985 a different judge granted an application for an authorization, authorizing the interception of the appellant's private communications concerning bookmaking offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The Crown commenced proceedings by indictment on October 15, 1985, under ss. 185(1), 186(1)(*d*) and 186(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The appellant pleaded not guilty.

The case came to trial on November 25, 1985. Counsel for the appellant sought the right to cross-examine the deponents on affidavits filed to obtain the authorizations. The Crown objected. Counsel for the appellant sought and obtained an adjournment to enable an application for an order permitting access to the filed affidavits, pursuant to s. 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Code*, and an order setting aside the wiretap authorizations of the two authorizing judges. On or about August 12, 1986, edited versions of the police affidavits were released to defence counsel, but in reasons delivered the same day His Honour Judge Skipp, of the Vancouver County Court, dismissed the motion to quash each of the authorizations. This judgment was appealed to the Court of Appeal which dismissed the appeal for want of jurisdiction. In doing so, Taggart J.A., speaking with the agreement of Macfarlane and Cheffins JJ.A., said:

Richard Israels et *H. Scott Fairley*, pour l'appelant.

S. R. Fainstein, c.r., pour l'intimée Sa Majesté La Reine du chef du Canada.

Kirk Lambrecht, pour l'intimée Sa Majesté La Reine du chef de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève de nouveau la question du droit d'appel contre le refus de ce qu'on a appelé une révision de type *Wilson* (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594). Le 30 janvier 1985 était accordée une autorisation visant l'interception des communications privées de l'appelant relativement à des infractions en matière de stupéfiants. Le 1er mars 1985, un juge différent accueillait une demande d'autorisation visant l'interception des communications privées de l'appelant concernant des infractions en matière de bookmaking visées au *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le ministère public a engagé des procédures par voie de mise en accusation le 15 octobre 1985 en vertu du par. 185(1) et des al. 186(1)*d*) et 186(1)*a*) du *Code criminel*. L'appelant a plaidé non coupable.

Le procès a commencé le 25 novembre 1985. L'avocat de l'appelant a cherché à obtenir le droit de contre-interroger les auteurs des affidavits produits pour obtenir les autorisations. Le ministère public s'y est opposé. L'avocat de l'appelant a demandé et obtenu un ajournement pour lui permettre de présenter une demande d'ordonnance qui l'autoriserait à consulter les affidavits produits, conformément au sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) du *Code*, et une ordonnance qui annulerait les autorisations d'écoute électronique accordées par les deux juges. Le 12 août 1986 ou vers cette date, des versions révisées des affidavits de policiers ont été remises à l'avocat de la défense, mais, dans des motifs rendus le même jour, le juge Skipp de la Cour de comté de Vancouver a rejeté la requête en annulation de chacune des autorisations. La Cour d'appel a rejeté un appel de ce jugement pour absence de compétence. Ce faisant, le juge Taggart de la Cour d'appel, avec l'accord des juges Macfarlane et Cheffins, a dit:

The Crown has referred to us the decision of this court in *Meltzer v. Laison and Her Majesty the Queen.* That judgment was given June 18, 1986. The Registry number is CA004567. The effect of the majority judgment of the court in *Meltzer* is that the court lacks jurisdiction to entertain an appeal from a judgment declining to quash authorizations such as the authorizations granted in this case. We are bound by that judgment.

In this court, the appellant stated in his factum that the sole issue in the appeal was whether the Court of Appeal erred in declining jurisdiction to hear an appeal on the merits from the authorizing orders. In support of that argument he took the position that the appeal was civil in nature and that jurisdiction to hear it could be found under the provisions of the *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, c. 7, for civil appeals, and that the absence of a specific provision in the *Criminal Code* enabling the appeal was therefore not decisive. He argued as well, as did counsel in the related cases of *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, and *R. v. Heikel*, [1989] 1 S.C.R. 1776, that the importance of the interests guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were such that an appeal on the merits should be provided.

These arguments were raised and disposed of in *R. v. Meltzer* (judgment given concurrently) and for the reasons given in that case I would reject both arguments and dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Israels & Ballantyne, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

[TRADUCTION] Le ministère public nous a renvoyés à l'arrêt de cette Cour *Meltzer v. Laison and Her Majesty the Queen.* Cet arrêt a été rendu le 18 juin 1986. Il porte le numéro de greffe CA004567. Suivant l'arrêt de cette cour à la majorité, la cour n'a pas compétence pour entendre l'appel d'un jugement qui refuse d'annuler des autorisations comme celles accordées en l'espèce. Nous sommes liés par cet arrêt.

En cette Cour, l'appelant affirme dans son mémoire que la seule question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en décidant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel sur le fond contre les ordonnances accordant une autorisation. À l'appui de cet argument, il a affirmé qu'il s'agissait d'un appel de nature civile et que la compétence pour l'entendre pouvait se trouver dans les dispositions de la *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, chap. 7, concernant les appels en matière civile, et que l'absence dans le *Code criminel* d'une disposition spécifique autorisant l'appel n'était donc pas déterminante. Il a soutenu également, comme l'ont fait les avocats dans les pourvois connexes *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764 et *R. c. Heikel*, [1989] 1 R.C.S. 1776, que l'importance des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* est telle qu'un appel sur le fond devrait être prévu.

Ces arguments ont été soulevés et tranchés dans l'arrêt *R. c. Meltzer* (dont les motifs sont rendus en même temps que le présent arrêt) et, pour les motifs formulés dans cet arrêt, je suis d'avis de rejeter ces deux arguments ainsi que le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Israels & Ballantyne, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté La Reine du chef du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté La Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Reasonable apprehension of bias – Commission conducting hearing with respect to trading in securities and/or the possible deprivation of certain statutory exemptions – Chairperson of Commission receiving report in his investigative capacity prior to hearing – Whether or not reasonable apprehension of bias.

BROSSEAU V. ALBERTA SECURITIES COMMISSION, 301.

2. CRTC jurisdiction – CRTC ordering Bell Canada to grant a one-time credit to its customers – Order to remedy imposition of interim rates approved by CRTC in 1984 and 1985 and found to be excessive in 1986 – Whether CRTC had jurisdiction to make such an order – Whether CRTC's interim rate order may be reviewed in a retrospective manner – Whether CRTC's power to fix "just and reasonable" rates for Bell Canada involves the regulation of its revenues – Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 335(1), (2), (3), 340(5) – National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 52, 60, 66, 68(1).

BELL CANADA V. CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION)), 1722.

APPEAL

Mootness – Abortion provisions of Criminal Code – Provisions under challenge already found invalid – Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus – Whether or not issue moot – Whether or not Court should exercise discretion to hear case – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

BOROWSKI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 342.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Discipline – Law Society committee to hear complaint against judge – Complaint arising from circumstances while judge practising law – Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members – Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

MAURICE V. PRIEL, 1023.

CIVIL LAW

Obligations – Sale – Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full – Whether seller's obligation to convey ownership of lots once price paid conditional obligation or obligation with term – Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

VENNE V. QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 880.

CIVIL LIABILITY

Municipality – Firefighting – Malfunction of and failure to maintain hydrants – Fault by firefighters in the performance of their duties – Whether city liable for damage caused by fire – Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire – Quantum of damages – Additional indemnity – Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

LAURENTIDE MOTELS LTD. V. BEAUPORT (CITY), 705.

CIVIL PROCEDURE

1. Third party proceedings – Alleged contributory professional negligence – Application to strike out third party notices.

ARTHUR D. LITTLE INC. V. COOPERS & LYBRAND, 293.

2. Standing – Standing originally found because action seeking declaration as to legislation's validity – Provisions under challenge already found invalid – Whether or not standing as originally determined – Whether or not s. 24(1) of the Charter and s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 able to support claim for standing.

BOROWSKI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 342.

3. Authorization to institute class action – Allegation by applicant that Act to preserve agricultural land prevented seller from conveying ownership of lots sold to buyers – Buyers seeking to annul contracts and be reimbursed for monies paid – Whether facts alleged in application seem to justify conclusions sought – Code of Civil Procedure, art. 1003 – Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10.

LEBEL V. WINZEN LAND CORP., 918.

4. Declinatory exception – Territorial jurisdiction – Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump – Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval – Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump – Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have no domicile or property in the province – Purchase contract of aircraft concluded in the United States where vendor and manufacturer have their places of business – Whether Superior Court has jurisdiction under art. 68(2)

CIVIL PROCEDURE—Concluded

C.C.P. – Nature of cause of action: contractual or quasi-delictual – Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 68(2), 163 – Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

AIR CANADA v. MCDONNELL DOUGLAS CORP., 1554.

5. Place of instituting actions – Place where the whole cause of action arose – Air Canada's aircraft destroyed by fire following explosion in fuel pump – Damages occurring at Air Canada's maintenance base in Dorval – Vendor of the aircraft and manufacturer of the pump failing to warn Air Canada of the defects of the pump – Action for damages brought in Quebec against vendor and manufacturer who have their places of business in the United States – Whether the "whole cause of action" arose in Quebec – Locus of a failure to warn – Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 68(2).

AIR CANADA v. MCDONNELL DOUGLAS CORP., 1554.

CIVIL RIGHTS

1. Provincial human rights legislation – Freedom of expression – Commercial advertising – Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age – Scope of freedom of expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter – Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 – Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 – Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

2. Employment – Sex discrimination – Pregnancy – Company's accident and sickness plan excluding pregnant women from benefits during a seventeen-week period – Whether plan discriminates against pregnant employees – Whether discrimination on the basis of pregnancy is discrimination on the basis of sex – The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

BROOKS v. CANADA SAFEWAY LTD., 1219.

3. Employment – Sex discrimination – Sexual harassment – Whether sexual harassment in the workplace is discrimination on the basis of sex – Whether employer liable for employee's actions – Quantum of damages – The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1).

JANZEN v. PLATY ENTERPRISES LTD., 1252.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Right to counsel – Accused informed of right to counsel – Accused unable to contact their respective lawyers in the middle of the night – Accused subsequently identified in a line-up – Whether accused given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel – Whether accused's right to counsel infringed – Whether accused waived right to counsel by refusing to call another lawyer or by participating in the line-up – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. ROSS, 3.

2. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Accused's right to counsel infringed – Accused subsequently identified in a line-up – Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. ROSS, 3.

3. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Evidence – Compellability – Right of person charged with an offence not be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence – Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act – Application made to examine officer of corporation – Whether or not s. 11(c) applicable – If so, whether or not legislation justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

R. v. AMWAY CORP., 21.

4. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Weapons found following search at the accused's house – Search warrant defective – Use of excessive force in carrying out the search – Accused's right against unreasonable searches infringed – Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute – Whether trial judge properly excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the Charter – Whether Crown's appeal involved a question of law alone.

R. v. GENEST, 59.

5. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Infringement of accused's right against arbitrary detention – Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Court of Appeal upholding trial judge's decision to exclude evidence – Whether Supreme Court of Canada should review the findings made by the courts below under s. 24(2) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450.

R. v. DUGUAY, 93.

6. Charter of Rights – Equality before and under the law and equal protection and benefit of law – Citizenship required for call to bar – Whether or not requirement discriminatory with respect to qualified Canadian residents who are not citizens – Whether or not requirement justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) – Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

ANDREWS v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, 143.

7. Division of powers – Jurisdiction of superior and inferior courts – Admiralty law – Fishing net damaged when entangled in unmarked gas well in Lake Erie – Action seeking damages brought in Small Claims Court – Whether or not province's

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

general grant of power to small claims court including admiralty law – Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 100, 101 – Small Claims Court Act, R.S.O. 1980, c. 476, s. 55 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 , s. 22.

ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. PEMBINA EXPLORATION CANADA LTD., 206.

8. Courts – Jurisdiction – Employment law – Provincial tribunal affirming decision requiring employee's reinstatement and the retroactive payment of wages – Whether or not power of provincial official and tribunal to hear and determine disputes and to make orders contravening s. 96 and hence *ultra vires* – Constitution Act, 1867, s. 96 – Labour Standards Code, S.N.S. 1972, c. 10, s. 67A(2), (3).

SOBEYS STORES LTD. v. YEOMANS AND LABOUR STANDARDS TRIBUNAL (N.S.), 238.

9. Laws of Canada – Law of aboriginal title – Whether law of aboriginal title a "law of Canada" within the meaning of s. 101 of the Constitution Act, 1867.

ROBERTS v. CANADA, 322.

10. Charter of Rights – Right to life, liberty and security of the person – Right to equality before and under the law – Whether or not Charter rights extending to foetus – Charter issues ancillary to question of validity of abortion provisions of Criminal Code – Provisions under challenge already found invalid – Whether or not issue moot – Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

BOROWSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 342.

11. Distribution of legislative powers – Education – Rights and privileges respecting denominational schools – Regulations establishing a uniform curriculum for all schools in Quebec – Special allowance made for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant – Whether provincial legislation and the regulations adopted thereunder *ultra vires* the Quebec legislature – Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2) – Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) – Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 O.G. II 1213 – Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 O.G. II 1223.

GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 377.

12. Distribution of legislative powers – Education – Powers, privileges or duties conferred by law on the separate schools and school trustees of Upper Canada at the time of Union extended by s. 93(2) of the Constitution Act, 1867 to the dissentient schools of Quebec – Whether all those powers, privileges or duties enjoy the constitutional protection of s. 93(1) – Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2).

GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 377.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

13. Charter of Rights – Fundamental justice – Fair trial – Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry – Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. POTVIN, 525.

14. Charter of Rights – Presumption of innocence – Fair trial – Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry – Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. POTVIN, 525.

15. Charter of Rights – Mobility rights – Employment – Interprovincial law firm – Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province – In-province firm including non-resident lawyers – Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms – Whether or not rules infringing Charter mobility rights – If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6.

BLACK v. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 591.

16. Charter of Rights – Freedom of association – Employment – Interprovincial law firm – Lawyers members of both a law firm located in province and one located outside province – In-province firm including non-resident lawyers – Law Society rules prohibiting its members from entering into partnership with non-resident lawyers and from being members of dual or multiple firms – Whether or not rules infringing Charter right to freedom of association – If so, whether or not rules saved under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).

BLACK v. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 591.

17. Division of powers – Trade and Commerce – Combines Investigation Act – Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order of court or commission – Whether or not Combines Investigation Act *intra vires* Parliament under s. 91(2) – Whether or not s. 31.1 creating private cause of action *intra vires* Parliament – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1 – Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(13).

GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. v. CITY NATIONAL LEASING, 641.

18. Division of powers – Trade and Commerce – Combines Investigation Act – Private right action created if loss suffered because of conduct contrary to Part V of Combines Investigation Act or for non-compliance with order of court or commission – Whether or not s. 31.1 creating private cause of action *ultra vires* Parliament – Whether or not section requiring

action under Combines Investigation Act to be brought in Federal Court *ultra vires* Parliament – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1, (3) – Constitution Act, 1867, s. 92(2).

QUÉBEC READY MIX INC. v. ROCOIS CONSTRUCTION INC., 695.

19. Charter of rights – Equality rights – Discrimination – Workers' compensation – Whether statutory right to compensation precluding any other action discriminatory – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) – The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34.

REFERENCE RE *WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983* (NFLD.), 922.

20. Distribution of legislative powers – Commercial advertising – Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age – Whether provincial legislation *ultra vires* the provincial legislature – Colourable legislation – Impairment of federal undertakings – Conflict with federal legislation – Criminal law – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 – Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 – Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

21. Charter of Rights – Application – Exception where express declaration – Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age – Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 – Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364 – Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

22. Charter of Rights – Freedom of expression – Commercial advertising – Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age – Scope of freedom of expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) – Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 – Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

23. Charter of Rights – Reasonable limits – Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age – Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law – Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 – Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

24. Charter of Rights – Fundamental justice – Life, liberty and security of person – Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (A. G.), 927.

25. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

R. v. LAMB, 1036.

26. Charter of Rights – Freedom of expression – Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content – Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter – Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(c).

SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. v. DAVIDSON, 1038.

27. Charter of Rights – Trial by jury – Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone – Criminal Code requiring, except in Alberta, that an accused charged with murder be tried by judge and jury – Whether accused entitled to a trial by judge alone – Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether accused may waive their Charter right to a jury trial.

R. v. TURPIN, 1296.

28. Charter of Rights – Equality before the law – Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone – Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury – Whether accused entitled to a trial by judge alone – Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. TURPIN, 1296.

29. Charter of Rights – Waiver – Trial by jury – Whether an accused may waive his Charter right to a jury trial – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

R. v. TURPIN, 1296.

30. Charter of Rights – Right of Canadian citizen to remain in Canada – Extradition – Conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada – Actions of accused taking place in Canada – Offence existing under both U.S. law and Canadian law – Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

in Canada – If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).

UNITED STATES OF AMERICA v. COTRONI; UNITED STATES OF AMERICA v. EL ZEIN, 1469.

31. Labour relations – Federal job creation programmes – Whether federally funded job creation programmes infringe upon provincial jurisdiction over labour relations – Whether provincial wage laws applicable to workers participating in a federal job creation programme – Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), (29), 92(10) – Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 38 – The Payment of Wages Act, S.M. 1975, c. 21 – The Construction Industry Wages Act, R.S.M. 1970, c. C190.

YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. v. BROWN, 1532.

32. Charter of Rights – Freedom of the press – Labour relations board ordering journalist to answer questions involving her sources – Whether compelling journalist to testify violation of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

MOYSA v. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD), 1572.

33. Charter of Rights – Legal rights – Independent court – Whether the issuance of a summon by a justice of the peace whose appointment may be revoked at any time by the provincial Minister of Justice violates the right of the accused person under s. 7 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1) – Constitution Act, 1982, s. 52 – Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 178 – Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15.

DUPONT v. WATIER, 1588.

34. Charter of Rights – Independent and impartial tribunal – Justice of the Peace.

R. v. LAVIGNE, 1591.

35. Charter of Rights – Trial within reasonable time – Pre-charge delay – Whether pre-charge delay relevant to determining if an accused's right to be tried within reasonable time has been infringed – Meaning of the phrase a "person charged with an offence" in s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. KALANJ, 1594.

36. Charter of Rights – Trial within a reasonable time – Five-year period between charge and commencement of third trial – Whether accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. CONWAY, 1659.

CONTRACTS

1. Breach – Design Faults – Responsibility for design faults – Design created from buyer's specifications as to proposed use – Whether or not company supplying specifications or company creating design liable.

HUNTER ENGINEERING CO. v. SYNCRUDE CANADA LTD., 426.

2. Fundamental breach – Exclusionary clause – Contractual warranty time limited – Portion of machinery supplied defective – Defect discovered after expiry of warranty – Defective machinery reparable – Whether or not fundamental breach.

HUNTER ENGINEERING CO. v. SYNCRUDE CANADA LTD., 426.

3. Employment – Assessment of abilities – Tenured professor to be assigned work and assessed pursuant to agreement with university – Early retirement to be waived if reasonable standards of tenured professor met – Assignments on which assessment based not including all aspects of tenured professor's work – Professor's skills found to be wanting and notification of early retirement given – Whether or not agreement between parties breached such that evaluation invalid and employment wrongfully ended.

COHNSTAEDT v. UNIVERSITY OF REGINA, 1011.

4. Employment contracts – Pension rights – Dismissal without just cause – Pension not vesting prior to dismissal or during notice period – Whether or not implied right to pension plan where dismissal without cause notwithstanding express clause in pension plan.

VORVIS v. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 1085.

5. Damages – Aggravated damages and punitive damages – Whether or not available in action for wrongful dismissal.

VORVIS v. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 1085.

6. Damages – Tenders – Lowest bidder withdrawing offer after bids opened – Refusal by bidder to enter into a formal contract – Determination of damages.

BELCOURT CONSTRUCTION CO. v. ROGER MARCHAND LTÉE, 1593.

COSTS

Manitoba Human Rights Commission – Costs should only be ordered against the Commission in exceptional circumstances.

JANZEN v. PLATY ENTERPRISES LTD., 1252.

COURTS

1. Jurisdiction – Power of appellate court to review a decision to exclude evidence – Trial judge's decision to exclude evidence under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms upheld by the Court of Appeal – Whether Supreme Court of Canada should review the findings made by the courts below under s. 24(2).

R. v. DUGUAY, 93.

2. Appellate court jurisdiction – Crown appeal – Jurisdiction of Court of Appeal to interfere in a judgment below restricted to where trial judge found to have erred on a question of law alone – No error at trial involving a question of law alone – Acquittals restored – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(a).

R. v. ROMAN, 230.

3. Competition Tribunal – Jurisdiction – Leave to intervene – Role of the interveners – Whether interveners may participate fully in the proceedings – Competition Tribunal Act, S.C. 1986, c. 26, s. 9(3).

AMERICAN AIRLINES INC. v. CANADA (COMPETITION TRIBUNAL), 236.

4. Federal Court – Jurisdiction – Dispute between Indian bands relating to use and occupation of a reserve – Plaintiff band seeking declaration against Crown that it had the right to use and occupy the reserve and seeking a permanent injunction against defendant band restraining its members from trespassing on the reserve – Whether Federal Court has jurisdiction to hear the claim – ITO test applied – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(3)(c).

ROBERTS v. CANADA, 322.

5. Jurisdiction – Federal Court – Action brought under Combines Investigation Act and Civil Code – Whether or not Federal Court competent to hear action based both on Combines Investigation Act and Civil Code – Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

QUÉBEC READY MIX INC. v. ROCOIS CONSTRUCTION INC., 695.

6. Appeal – Court of Appeal intervening in trial judge's findings and conclusions of fact – Whether Court of Appeal erred by substituting its opinion for that of trial judge.

LAURENTIDE MOTELS LTD. v. BEAUPORT (CITY), 705.

7. Judges – Discipline – Law Society committee to hear complaint against judge – Complaint arising from circumstances while judge practising law – Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members – Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline.

MAURICE v. PRIEL, 1023.

8. Judgments – Judgment granted in one set of actions finding tax inapplicable – Second action seeking same finding – Second action also raising additional issues, including whether or not tax collected under inapplicable tax refundable.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. v. BRITISH COLUMBIA, 1133.

COURTS—Concluded

9. Charter of Rights – Legal rights – Independent court.

DUPONT v. WATIER, 1588.

CRIMINAL LAW

1. Miscarriage of justice – Conviction appealed – Transcript of evidence – Gaps in transcript of trial – One gap involving portion of charge to jury – Whether or not want of complete transcript amounting to miscarriage of justice warranting new trial – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 609(2), 613(1)(a)(iii).

R. v. HAYES, 44.

2. Evidence – Accomplices – Uncorroborated evidence of accomplice – Charge to jury – Circumstances in which trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting such evidence.

R. v. HAYES, 44.

3. Perjury – Admission by accused that he deliberately lied while giving evidence – Trial judge not allowing accused to complete evidence required to show no intent to mislead the court – New trial ordered.

R. v. HÉBERT, 233.

4. Defence of compulsion – Perjury – Defence of compulsion not applicable to present circumstances – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

R. v. HÉBERT, 233.

5. Evidence – Attempted murder – Identification evidence – No error by the Court of Appeal.

R. v. GILL, 295.

6. Extraordinary remedies – *Habeas corpus* – Jurisdiction of Court of Appeal – Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear the case on the merits – Whether writ of *habeas corpus* should have been returned to the court of first instance for consideration of the merits – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), (iv), 719(2) – Act for more effectually securing the Liberty of Subject, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 45, s. 1 – Ontario Supreme Court Rules Respecting Criminal Proceedings – Part I, SI/85-152, Rules 9, 11.

R. v. OLSON, 296.

7. Abortion – Provisions under challenge already found invalid – Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus – Whether or not issue moot – Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

BOROWSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 342.

8. Indictable offence – Applications for leave to appeal – Supreme Court of Canada jurisdiction – Determination of applications on the basis of written material without oral hearing – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618 – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

R. v. CHAULK (APPLICATION), 369.

CRIMINAL LAW—Continued

9. Trial before a judge and jury – Miners killed in a mine accident – Manslaughter – Error in law in the instructions to the jury.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. BELMORAL MINES LTÉE, 422.

10. Criminal liability – Evidence – Unlawful use of a credit card obtained by the commission of an offense.

R. v. ELIAS, 423.

11. Defence – Charge to the jury – Self-defence – Judge's charge with respect to excessive force not in error.

R. v. BAYARD, 425.

12. Evidence previously taken – Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry – Whether s. 643(1) of the Code infringes ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. POTVIN, 525.

13. Evidence previously taken – Discretion to exclude – Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry – Whether trial judge has discretion to exclude evidence where conditions of s. 643(1) of the Code met – Whether trial judge erred in admitting such evidence.

R. v. POTVIN, 525.

14. Charge to jury – Evidence of witness given at accused's preliminary inquiry admitted at trial following witness' refusal to testify at the accused's trial – Witness cross-examined by accused's counsel at the preliminary inquiry – Whether trial judge erred in not warning the jury that caution should be exercised before accepting previously taken evidence in the absence of live cross-examination – Whether a warning is required when previously taken evidence introduced at trial is from an accomplice – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).

R. v. POTVIN, 525.

15. Charge to jury – Failure to testify – Whether trial judge's comments on the accused's failure to testify constitute a violation of s. 4(5) of the Canada Evidence Act.

R. v. POTVIN, 525.

16. Narcotics – Evidence – Trafficking in a narcotic – Parties to an offense – Whether compelling evidence to the effect that appellant was a party to the offense.

R. v. MCGINN, 1035.

17. Trial by jury – Murder – Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone – Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury – Whether accused entitled to a trial by judge alone – Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate ss. 11(f) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. TURPIN, 1296.

18. Charter of Rights – Legal rights – Right to counsel – Motorist too impaired to understand right to retain and instruct counsel – Breathalyzer test – Whether use of breathalyzer certificate would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. MOHL, 1389.

19. Charter of Rights – Legal rights – Adjournment to obtain new counsel after initial counsel withdrew during course of trial denied – Interests of justice.

R. v. LAMBRETTA; SEE ALSO R. v. ADAMS, 1391.

20. Criminal negligence – Necessaries of life – Manslaughter – Diabetic child dying after insulin withdrawn by parents – Parents' action motivated by belief that son cured by Divine intervention – Belief in faith healing part of parents' religious convictions – Whether or not parents guilty of causing death through criminal negligence – Whether or not objective standard or subjective standard to be used in determining if wanton or reckless disregard for life or safety of others – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

R. v. TUTTON, 1392.

21. Criminal negligence – *Mens rea* – Impaired driver playing chicken with hayride – Persons killed and injured – Whether subjective test as to accused's state of mind, in addition to objective test as to state of accused's driving, to be considered in determining *mens rea* – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203.

R. v. WAITE, 1436.

22. Trial procedure – Uttering a threat – Charge to the jury – Whether the Court of Appeal erred in determining that the trial judge's charge to the jury was insufficient in law.

R. v. LEBLANC, 1583.

23. Obstructing a peace officer – Transportation – Peace officer – Special constable – Authority to arrest without warrant.

R. v. GAGNÉ, 1584.

24. Charter of Rights – Legal Rights – Right to retain counsel – Impaired driving – Breath sample – Whether evidence would bring administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. LEDUC, 1586.

25. Justice of the Peace – Jurisdiction – Independence and impartiality – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 455 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

R. v. LAVIGNE, 1591.

26. Appeal to the Supreme Court of Canada – Appeal where acquittal set aside – Court of Appeal vacating trial judge's order quashing an indictment preferred against the

CRIMINAL LAW—Concluded

accused – Whether accused may appeal to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 618(2)(a) of the Criminal Code.

R. v. KALANJ, 1594.

27. Offence of using a firearm while committing an indictable offence – No conviction for underlying indictable offence – Facts established sufficient to prove an indictable offence but charges for that offence not laid – Whether offence requires conviction for the underlying indictable offence or whether it requires only proof of facts sufficient to ground an indictable offence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1)(a).

R. v. PRINGLE, 1645.

28. Kienapple principle – Conviction precluding convictions for lesser and included offences from being entered – Conviction overturned on appeal but convictions for lesser and included offences not entered – Whether Court of Appeal erred in not entering convictions – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 84(1), 85.

R. v. PRINGLE, 1645.

29. Abuse of process – Crown seeking to try accused for a third time on same murder charge – Five-year period between charge and commencement of third trial – Crown objecting to accused's re-election for a trial before a judge alone – Crown not consenting to accused's plea to manslaughter – Whether a third trial in these circumstances constitutes an abuse of process.

R. v. CONWAY, 1659.

30. Wiretap authorization or renewal – Application to set aside renewal (Wilson application) to prevent admission of wiretap evidence – Whether a right of appeal exists from a Wilson application – Whether Wilson v. The Queen correctly decided – Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

R. v. MELTZER, 1764.

31. Wiretap authorization – Application to set aside authorization (Wilson application) – Whether a right of appeal exists from a Wilson application – Whether Wilson v. The Queen correctly decided – Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal – Whether continued interception after targets arrested infringing right to privacy and Charter rights against self-incrimination, to retain counsel, and to trial by an independent and impartial tribunal.

R. v. HEIKEL, 1776.

32. Wiretap authorizations – Application to set aside authorizations (Wilson application) – Whether a right of appeal exists from a Wilson application – Whether Charter of Rights guarantees a right of appeal.

R. v. OUELLETTE, 1781.

DAMAGES

1. Additional indemnity – Calculation – Civil Code of Lower Canada, art. 1056c.

LAURENTIDE MOTELS LTD. v. BEAUPORT (CITY), 705.

2. Future damages – Burning of hotel complex – Sale of residue of hotel complex three years later – Sale taken into consideration in calculating future damages – Cost of reopening deducted.

LAURENTIDE MOTELS LTD. v. BEAUPORT (CITY), 705.

ENVIRONMENTAL LAW

1. Preservation of agricultural land – Acquired rights – Foundations and flooring existing on lot at time of decree bringing lot under Act to preserve agricultural land – Foundations and flooring forming part of ruins of house demolished five years previously – Ruins not "uncropped" – Whether existence of foundations and flooring constituting use of lot for purpose other than agriculture – Whether appellants have acquired rights – Utility of rules developed by the courts with respect to zoning and acquired rights – Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(1), 101, 102.

VEILLEUX v. QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 839.

2. Protection of agricultural land – Acquired rights – Permits authorizing use – Land bought and developed for residential purposes – Subdivision plan for location of street approved by municipal council – Subdivision plan for development filed with Department of Lands and Forests – Part of land located in agricultural zone after adoption of Act to preserve agricultural land – Development work done in part located outside agricultural zone – Whether appellant had acquired rights over lots in his residential development located within agricultural zone – Whether approval of municipal council or filing of subdivision plan, or both, constitutes a permit authorizing use for purpose other than agriculture within meaning of s. 101 of Act – Act to preserve agricultural land, R.S.Q., c. P-41.1, s. 101.

GAUTHIER v. QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 859.

3. Protection of agricultural territory – Application of law – Acquired rights – Seller reserving right of ownership over lots sold until selling price paid in full – Lots included in designated agricultural region after sale but before ownership of lots transferred to buyer – Whether seller can alienate lots without authorization of Commission de protection du territoire agricole – Whether clause reserving ownership is suspensive condition retroactive to date of contract of sale – Whether buyer has "acquired right" to conveyance of ownership – Whether statute retroactive because it affects agreements concluded before it took effect – Act to preserve agricultural land, S.Q. 1978, c. 10, ss. 1(3), 29, 101 – Civil Code of Lower Canada, arts. 1079, 1085, 1089.

VENNE v. QUEBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 880.

EVIDENCE

1. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Accused's right to counsel infringed – Accused subsequently identified in a line-up – Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. ROSS, 3.

2. Compellability – Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act – Application made to examine officer of corporation – Whether or not respondent a witness and therefore not compellable pursuant to s. 4(1) of Canada Evidence Act – Whether or not rules of common law and equity prevent respondent's being examined on discovery in forfeiture proceedings – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(1), 5 – Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.

R. v. AMWAY CORP., 21.

3. Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Weapons found following search at the accused's house – Search warrant defective – Use of excessive force in carrying out the search – Accused's right against unreasonable searches infringed – Accused acquitted following trial judge's exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

R. v. GENEST, 59.

4. Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Whether admission into evidence of seized drug bringing administration of justice into disrepute.

R. v. LAMB, 1036.

5. Expert opinion – Testing of expert evidence – Opinion as to footprints – Expert for defence to testify that footprints not those of co-accused – Co-accused pleading guilty and statement of facts indicating that footprints those of co-accused – Evidence of co-accused's plea not admissible – Whether or not trial judge should permit question to expert querying if opinion would have been influenced by statement relating to co-accused.

R. v. HOWARD, 1337.

6. Admissibility – Firearm prohibition hearing – Provincial court judge to hear "all relevant evidence" – Whether or not rules of evidence apply to firearm prohibition hearing – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 98(4), (6).

R. v. ZEOLKOWSKI, 1378.

7. Admissibility – Hearsay – Accused admitting evidence as fact – Police officer testifying as to what accused stated – Whether or not accused's admission admissible.

R. v. STREU, 1521.

8. Privilege – Press – Journalist refusing to testify at a labour relations board hearing – Journalist claiming privilege against the disclosure of communications from sources – Whether journalist has a privilege at common law or under the Canadian Charter to refuse to answer questions involving her sources – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

MOYSA v. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD), 1572.

EVIDENCE—Concluded

EXTRADITION

Canadian citizens involved in conspiracy to import drugs into U.S.A. from Canada – Actions of accused taking place in Canada – Offence existing under both U.S. law and Canadian law – Whether or not extradition of Canadian citizen under these circumstances an infringement of citizen's right to remain in Canada – If so, whether or not extradition justifiable under s. 1 of the Charter.

UNITED STATES OF AMERICA v. COTRONI; UNITED STATES OF AMERICA v. EL ZEIN, 1469.

FAMILY LAW

1. Guardianship – Child in need of protection – Alternatives for order of protection – Indication in evidence of a possible change in circumstances – Matter referred back to the trial judge – The Child and Family Services Act, C.C.S.M., c. C80, ss. 17(b)(i), 38.

B. (B.) v. CHILD AND FAMILY SERVICES, 291.

2. Matrimonial property – Division of family assets – Trial judge awarding wife 25 per cent of the family assets – Court of Appeal reducing wife's share – Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's discretion – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 51.

ELSOM v. ELSOM, 1367.

IMMIGRATION

Adjournment of inquiry – Powers of adjudicator – Application for a Minister's permit authorizing a person to remain in Canada – Whether adjudicator must adjourn immigration inquiry to enable appellant to pursue her application made under s. 37(1) of the Immigration Act, 1976 – Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(3), 37(1), 113(e) – Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1).

PRASSAD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 560.

INDIANS

Law of aboriginal title – Whether law of aboriginal title is federal common law.

ROBERTS v. CANADA, 322.

INSURANCE

Fire insurance – Exception clause: loss or damage caused by criminal or wilful act of insured excluded – Minor living at home deliberately setting fire to parents' home – Whether minor falling within the definition of insured under insurance policy – Whether insurer liable.

SCOTT v. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 1445.

JURISDICTION

1. Applications for leave to appeal – Supreme Court of Canada jurisdiction – Determination of applications on the basis of written material without oral hearing – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 45.

R. v. CHAULK (APPLICATION), 369.

2. Law Society – Discipline – Law Society committee to hear complaint against judge – Complaint arising from circumstances while judge practising law – Law Society's disciplinary jurisdiction restricted to members – Whether or not judge member of Law Society and subject to its discipline – Legal Profession Act, R.S.S. 1978, c. L-10, ss. 3, 7, 56, 57 – Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 36.

MAURICE v. PRIEL, 1023.

3. Supreme Court of Canada – No appeal to Supreme Court from judgment or order made in exercise of judicial discretion – Whether Supreme Court precluded from remitting matter of entering conviction to trial judge for determination – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 44 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623.

R. v. PRINGLE, 1645.

LABOUR RELATIONS

Unjust dismissal – Jurisdiction of adjudicator – Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content – Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter – Whether s. 61.5(9)(c) of Canada Labour Code authorizes adjudicator to make such orders – Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter – Whether orders unreasonable in administrative law sense.

SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. v. DAVIDSON, 1038.

LAW OF PROFESSIONS

Optometrist – Summary convictions – Denial of justice.

SERVICE D'OPTIQUE ÉLITE LTÉE v. ORDRE DES OPTOMÉTRISTES DU QUÉBEC, 1585.

MASTER AND SERVANT

Federal job creation programmes – YMHA entering into an agreement with federal government to engage workers participating in a federal job creation programme – Whether workers were employees of YMHA within the meaning of The Payment of Wages Act and The Construction Industry Wages Act of Manitoba – Whether YMHA was the "employer" under the same legislation.

YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. v. BROWN, 1532.

MUNICIPAL LAW

Extra-contractual liability of municipalities – Firefighting – Applicable law: public or private law – Whether civil law applies to a municipality regarding determination of its liability for damage caused by fire – Whether Anns and City of Kamloops apply to Quebec – Civil Code of Lower Canada, arts. 356, 1053 – Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 412, 423.

LAURENTIDE MOTELS LTD. v. BEAUPORT (CITY), 705.

PATENTS

1. New soybean variety developed by artificial cross-breeding but cultivated by natural means – Description of the new variety insufficient – Patent application denied – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 36(1).

PIONEER HI-BRED LTD. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS), 1623.

2. Appeal to Federal Court – Patent application denied – Powers of Federal Court of Appeal – Whether Federal Court of Appeal may consider aspects of patent application not commented upon by Commissioner of Patents – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 44 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(c).

PIONEER HI-BRED LTD. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS), 1623.

SALE OF GOODS

Implied warranty as to fitness – Machinery defective – Defects appearing after expiry of contractual warranty – Whether or not breach of implied statutory warranty – Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), 53.

HUNTER ENGINEERING CO. v. SYNCRUDE CANADA LTD., 426.

STATUTES

1. Interpretation – Retrospective effect – Statute imposing penalty related to a past event – Goal of penalty not to punish person in question but to protect the public – Whether or not

STATUTES—Concluded

statute attracting presumption against retrospective effect – Securities Act, S.A. 1981, c. S-6.1, ss. 28, 165, 166.

BROSSEAU V. ALBERTA SECURITIES COMMISSION, 301.

2. Retroactive operation – Taxing statutes – *Ultra vires* taxing provision amended – Amendment providing for retroactive operation of amendment – Whether or not retroactive application of taxing provision *ultra vires* the province – Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, c. 5, s. 20.

AIR CANADA V. BRITISH COLUMBIA, 1161.

TAXATION

1. Provincial powers – Tax levied goods purchased in or brought into province – Tax applied to aircraft and aircraft parts and in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province – Airlines involved in interprovincial and international service – Whether or not tax should be imposed on aircraft and aircraft parts – Whether or not tax should be imposed on in-flight sales of alcohol on flights within or originating or terminating in province – If tax inapplicable, whether or not tax collected should be refunded – Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, ss. 1, 2(1), (4), 5.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. V. BRITISH COLUMBIA, 1133.

2. Provincial powers – Tax levied first purchaser of gasoline following manufacture – Tax amended to apply to purchaser ultimately consuming gasoline – Airlines involved in interprovincial and international service taxed for fuel purchases in province – Whether or not original tax *ultra vires* the province – Whether or not amended tax *ultra vires* the province – If so, whether or not taxes paid by mistake under *ultra vires* statute refundable – Whether or not taxes contrary to s. 7

TAXATION—Concluded

Charter right to liberty – If so, whether or not taxes justified under s. 1 – Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, c. 162, s. 25(1), (2), (3), (4), (5) – Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, c. 32, s. 7 – Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(2), (10)(a) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

AIR CANADA V. BRITISH COLUMBIA, 1161.

TRUSTS AND TRUSTEES

Constructive trust – Trust set up as interpleader pending outcome of passing-off action – Trust to pay for machinery with balance going to successful party in passing-off action – Possible beneficiaries of trust not parties to trust agreement – One possible beneficiary ineligible as a result of passing-off action – Other beneficiary not willing to assume warranties as required by trust – Whether or not company setting up trust or company intended as beneficiary of trust entitled to balance of trust moneys.

HUNTER ENGINEERING CO. V. SYNCRUDE CANADA LTD., 426.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Labour adjustment benefits – Deductions – Pension benefits paid into R.R.S.P. deductible from labour adjustment benefits – Labour Adjustment Benefits Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 89, s. 17.

GRANGER V. CANADA (CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION), 141.

INDEX

ASSURANCE

Assurance-incendie – Clause excluant les pertes ou dommages causés par un acte criminel ou délibéré de l'assuré – Incendie de la résidence familiale allumé délibérément par un mineur qui y vivait avec ses parents – L'enfant mineur est-il visé par la définition d'assuré dans la police d'assurance? – L'assureur est-il responsable?

SCOTT c. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 1445.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Prestations d'adaptation – Déductions – Prestations de pension versées dans un R.E.É.R. déductibles du montant des prestations d'adaptation – Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, S.C. 1980-81-82-83, chap. 89, art. 17.

GRANGER c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA), 141.

AVOCATS ET PROCUREURS

Discipline – Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge – Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat – Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres – Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

MAURICE c. PRIEL, 1023.

BREVETS

1. Nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel mais cultivée par voie naturelle – Description de la nouvelle variété de soya insuffisante – Demande de brevet rejetée – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 36(1).

PIONEER HI-BRED LTD. c. CANADA (COMMISSAIRE DES BREVETS), 1623.

2. Appel à la Cour d'appel fédérale – Rejet d'une demande de brevets – Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale – La Cour d'appel fédérale peut-elle se prononcer sur un aspect d'une demande de brevet sur lequel le commissaire des brevets n'a émis aucun commentaire? – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 44 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52c).

PIONEER HI-BRED LTD. c. CANADA (COMMISSAIRE DES BREVETS), 1623.

COMPÉTENCE

1. Demandes d'autorisation de pourvoi – Compétence de la Cour suprême du Canada – Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

R. c. CHAULK (REQUÊTE), 369.

2. Cour suprême du Canada – Aucun appel à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire – La Cour suprême peut-elle renvoyer l'affaire relative à l'inscription de la déclaration de culpabilité au juge du procès pour décision? – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 44 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623.

R. c. PRINGLE, 1645.

3. Barreau – Discipline – Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge – Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat – Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres – Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires? – Legal Profession Act, R.S.S. 1978, chap. L-10, art. 3, 7, 56, 57 – Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 36.

MAURICE c. PRIEL, 1023.

CONTRATS

1. Inexécution – Vices de conception – Responsabilité pour les vices de conception – Conception selon le cahier des charges fourni par l'acheteur relativement à l'utilisation projetée – Qui de la société qui fournit le cahier des charges ou de celle qui s'occupe de la conception est responsable?

HUNTER ENGINEERING CO. c. SYNCRUDE CANADA LTÉE, 426.

2. Inexécution fondamentale – Clause d'exclusion – Garantie contractuelle de durée limitée – Défectuosité d'une partie du matériel fourni – Découverte des vices après l'expiration de la garantie – Matériel défectueux réparable – Y a-t-il eu inexécution fondamentale?

HUNTER ENGINEERING CO. c. SYNCRUDE CANADA LTÉE, 426.

3. Emploi – Évaluation des aptitudes – Professeur titulaire devant être affecté à des tâches et évalué conformément à une entente avec l'université – Renonciation à la retraite anticipée si les normes de qualité raisonnable applicables à un professeur titulaire sont respectées – Évaluation fondée sur des affectations ne comportant pas tous les aspects du travail d'un professeur titulaire – Aptitudes du professeur jugées insuffisantes et

CONTRATS—Fin

signification d'un avis de retraite anticipée – Y a-t-il eu violation de l'entente intervenue entre les parties de sorte que l'évaluation n'est pas valable et qu'il y a eu cessation d'emploi injustifiée?

COHNSTAEDT C. UNIVERSITÉ DE REGINA, 1011.

4. Contrats de travail – Droits à une pension – Renvoi injustifié – Absence de droits acquis à une pension avant le renvoi ou pendant la période de préavis – Y a-t-il un droit implicite à un régime de retraite dans le cas d'un renvoi injustifié malgré l'existence d'une disposition expresse dans ce régime?

VORVIS C. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 1085.

5. Dommages-intérêts – Dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs – Est-il possible de les obtenir dans une action pour renvoi injustifié?

VORVIS C. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 1085.

6. Dommages – Soumissions – Retrait par le plus bas soumissionnaire de son offre après l'ouverture des soumissions – Refus du soumissionnaire de souscrire à un contrat formel – Détermination des dommages.

COMPAGNIE DE CONSTRUCTION BELCOURT LTÉE C. ROGER MARCHAND LTÉE, 1593.

DÉPENS

Commission des droits de la personne du Manitoba – La Commission ne devrait être condamnée aux dépens que dans des circonstances exceptionnelles.

JANZEN C. PLATY ENTERPRISES LTD., 1252.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Indemnité additionnelle – Calcul – Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.

LAURENTIDE MOTELS LTD. C. BEAUPORT (VILLE), 705.

2. Dommages futurs – Incendie d'un complexe hôtelier – Vente du résidu du complexe hôtelier trois ans plus tard – Vente prise en considération dans le calcul des dommages futurs – Frais de réouverture retranchés.

LAURENTIDE MOTELS LTD. C. BEAUPORT (VILLE), 705.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Crainte raisonnable de partialité – Commission tenant une audition concernant des opérations sur des valeurs mobilières ou l'inapplication possible de certaines exemptions prévues par la loi – Le président de la Commission, dans ses fonctions d'enquête, a reçu un rapport avant l'audition – Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

BROSSEAU C. ALBERTA SECURITIES COMMISSION, 301.

2. Compétence du CRTC – Ordonnance du CRTC enjoignant à Bell Canada d'accorder un crédit forfaitaire à ses abonnés – Ordonnance visant à remédier à l'imposition de taux provisoires approuvés par le CRTC en 1984 et 1985 et jugés excessifs en 1986 – Le CRTC avait-il compétence pour rendre cette ordonnance? – L'ordonnance du CRTC imposant des taux provisoires peut-elle être révisée rétroactivement? – Le pouvoir du CRTC d'imposer des taux «justes et raisonnables» à Bell Canada comporte-t-il la réglementation de ses revenus? – Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), chap. R-3, art. 335(1), (2), (3), 340(5) – Loi sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 52, 60, 66, 68(1).

BELL CANADA C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES), 1722.

DROIT CIVIL

Obligations – Vente – Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente – L'obligation du vendeur de transférer la propriété des lots une fois le prix payé est-elle une obligation conditionnelle ou une obligation à terme? – Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

VENNE C. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 880.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Accusés informés de leur droit à l'assistance d'un avocat – Incapacité des accusés de communiquer avec leurs avocats respectifs au milieu de la nuit – Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification – Les accusés ont-ils eu une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? – Y a-t-il eu violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat? – Ont-ils renoncé à leur droit à l'assistance d'un avocat en refusant d'appeler un autre avocat ou en participant à la séance d'identification? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. ROSS, 3.

2. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat – Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification – La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. ROSS, 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

3. Charte canadienne des droits et libertés – Preuve – Contraignabilité – Droit de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche – Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes – Demande visant à faire subir un interrogatoire préalable à l'un des dirigeants de la société – L'article 11c) est-il applicable? – Dans l'affirmative, la mesure législative est-elle justifiée en vertu de l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

R. c. AMWAY CORP., 21.

4. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé – Mandat de perquisition entaché de vices – Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition – Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives – Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés – L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Est-ce à bon droit que le juge du procès a exclu la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? – Le pourvoi du ministère public soulève-t-il une question de droit seulement?

R. c. GENEST, 59.

5. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Violation du droit des accusés à la protection contre la détention arbitraire – Acquittement des accusés à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés – Décision du juge du procès d'écarter la preuve maintenue par la Cour d'appel – La Cour suprême du Canada devrait-elle réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2)? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450.

R. c. DUGUAY, 93.

6. Charte des droits – Égalité devant la loi, égalité dans la loi et égalité de protection et de bénéfice de la loi – Citoyenneté exigée pour l'inscription au barreau – L'obligation d'être citoyen est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté? – L'obligation est-elle justifiée en vertu de l'article premier – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) – Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.

ANDREWS c. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, 143.

7. Partage des pouvoirs – Compétence des tribunaux d'instance supérieure et inférieure – Droit en matière d'amirauté – Chalut endommagé après s'être emmêlé dans un puits de gaz non balisé sur le lac Érié – Action en dommages-intérêts intentée devant la cour des petites créances – L'attribution générale de compétence par la province aux cours des petites créances s'étend-elle au droit en matière d'amirauté? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 100, 101 – Loi sur les cours des petites créances, L.R.O. 1980, chap. 476, art. 55 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 22.

ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PEMBINA EXPLORATION CANADA LTD., 206.

8. Tribunaux – Compétence – Droit relatif à l'emploi – Tribunal provincial confirmant une décision qui ordonnait la réintégration d'un employé et le paiement rétroactif de son salaire – Le pouvoir d'un agent et d'un tribunal provinciaux de statuer sur des litiges et de rendre des ordonnances enfreint-il l'art. 96 et est-il donc *ultra vires*? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 – Labour Standards Code, S.N.S. 1972, chap. 10, art. 67A(2), (3).

SOBEYS STORES LTD. c. YEOMANS ET LABOUR STANDARDS TRIBUNAL (N.-É.), 238.

9. Lois du Canada – Droit applicable au titre aborigène – Le droit applicable au titre aborigène est-il une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867?

ROBERTS c. CANADA, 322.

10. Charte des droits – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne – Droit à l'égalité devant et dans la loi – Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? – Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement – Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes – La question est-elle théorique? – La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

BOROWSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 342.

11. Partage des compétences législatives – Éducation – Droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles – Règlements établissant un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec – Dispositions spéciales prévues pour l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes – La loi provinciale et ses règlements d'application sont-ils *ultra vires* de la législature du Québec? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2) – Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) – Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation pré-scolaire, (1981) 115 G.O. II 1733 – Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 G.O. II 1743.

GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 377.

12. Partage des compétences législatives – Éducation – L'article 93(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 étend aux écoles dissidentes du Québec les pouvoirs, privilèges ou devoirs conférés par la loi aux écoles séparées et aux syndics d'écoles du Haut-Canada lors de l'Union – Tous ces pouvoirs, privilèges ou devoirs bénéficient-ils de la protection constitutionnelle de l'art. 93(1)? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2).

GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 377.

13. Charte des droits – Justice fondamentale – Procès équitable – Code criminel permettant que le témoignage

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire – L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. POTVIN, 525.

14. Charte des droits – Présomption d'innocence – Procès équitable – Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire – L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. POTVIN, 525.

15. Charte des droits – Liberté de circulation et d'établissement – Emploi – Cabinet d'avocats multiprovincial – Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province – Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants – Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats – Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? – Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6.

BLACK c. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 591.

16. Charte des droits – Liberté d'association – Emploi – Cabinet d'avocats multiprovincial – Avocats membres à la fois d'un cabinet situé dans la province et d'un autre cabinet situé à l'extérieur de la province – Cabinet provincial comprenant des avocats non résidants – Règlements du barreau interdisant aux membres de s'associer avec des avocats non résidants et de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats – Ces règlements portent-ils atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Charte? – Dans l'affirmative, sont-ils sauvegardés en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).

BLACK c. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 591.

17. Partage des pouvoirs – Échanges et commerce – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'un comportement contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou de non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission – La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle conforme à la compétence du Parlement en vertu de l'art. 91(2)? – L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée est-il conforme à la compétence du Parlement? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(13).

GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. c. CITY NATIONAL LEASING, 641.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

18. Partage des compétences – Échanges et commerce – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Création d'un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'une conduite contraire à la partie V de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ou du non-respect d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire ou d'une commission – L'article 31.1 qui crée un droit d'action de nature privée excède-t-il la compétence du Parlement? – L'article qui exige que l'action fondée sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions soit intentée en Cour fédérale excède-t-il la compétence du Parlement? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 31.1, (3) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

QUÉBEC READY MIX INC. c. ROCOIS CONSTRUCTION INC., 695.

19. Charte des droits – Droits à l'égalité – Discrimination – Indemnisation des accidents du travail – Y a-t-il discrimination parce que le droit à une indemnisation interdit toute autre action? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) – The Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34.

REFERENCE RE *WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983* (T.-N.), 922.

20. Partage des pouvoirs législatifs – Publicité commerciale – Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans – La loi provinciale est-elle *ultra vires* de la législature provinciale? – Législation déguisée – Entrave à une entreprise fédérale – Conflit avec la législation fédérale – Droit criminel – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 – Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 – Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

IRWIN TOY LTD. c. QUÉBEC (P. G.), 927.

21. Charte des droits – Application – Dérogation par déclaration expresse – Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans – La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 – Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 – Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

IRWIN TOY LTD. c. QUÉBEC (P. G.), 927.

22. Charte des droits – Liberté d'expression – Publicité commerciale – Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans – Portée de la liberté d'expression – La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) – Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 – Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

IRWIN TOY LTD. c. QUÉBEC (P. G.), 927.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

23. Charte des droits – Limites raisonnables – Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans – La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? – La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 – Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.

IRWIN TOY LTD. C. QUÉBEC (P. G.), 927.

24. Charte des droits – Justice fondamentale – Vie, liberté et sécurité de la personne – Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

IRWIN TOY LTD. C. QUÉBEC (P. G.), 927.

25. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

R. C. LAMB, 1036.

26. Charte des droits – Liberté d'expression – Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé – Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre – Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés – Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(9)c).

SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. C. DAVIDSON, 1038.

27. Charte des droits – Procès par jury – Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul – Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury – Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? – Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Les prévenus peuvent-ils renoncer au droit que leur garantit la Charte à un procès par jury?

R. C. TURPIN, 1296.

28. Charte des droits – Égalité devant la loi – Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul – Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury – Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? – Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. TURPIN, 1296.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

29. Charte des droits – Renonciation – Procès par jury – Un prévenu peut-il renoncer au droit que lui garantit la Charte à un procès par jury? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

R. C. TURPIN, 1296.

30. Charte des droits – Droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada – Extradition – Complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada – Actes des accusés accomplis au Canada – Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien – L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? – Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. COTRONI; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. EL ZEIN, 1469.

31. Relations de travail – Programmes fédéraux de création d'emplois – Les programmes de création d'emplois subventionnés par le gouvernement fédéral empiètent-ils sur la compétence d'une province en matière de relations de travail? – La législation provinciale en matière de salaires s'applique-t-elle aux travailleurs qui participent à un programme fédéral de création d'emplois? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (29), 92(10) – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 38 – Loi sur le paiement des salaires, L.M. 1975, chap. 21 – Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction, L.R.M. 1970, chap. C190.

YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. C. BROWN, 1532.

32. Charte des droits – Liberté de la presse – Ordonnance d'une commission des relations du travail enjoignant à une journaliste de répondre à des questions concernant ses sources – Forcer une journaliste à témoigner viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

MOYSA C. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD), 1572.

33. Charte des droits – Garanties juridiques – Tribunal indépendant – La délivrance d'une sommation par un juge de paix dont la nomination peut être révoquée en tout temps par le ministre provincial de la justice viole-t-elle le droit de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 – Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., chap. T-16, art. 178 – Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., chap. P-15.

DUPONT C. WATIER, 1588.

34. Charte des droits – Tribunal indépendant et impartial – Juge de paix.

R. C. LAVIGNE, 1591.

35. Charte des droits – Procès tenu dans un délai raisonnable – Délai antérieur à l'accusation – Pertinence ou non du délai antérieur à l'accusation pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable –

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

Sens du mot «inculpé» figurant à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. c. KALANJ, 1594.

36. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès – Le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. CONWAY, 1659.

DROIT CRIMINEL

1. Erreur judiciaire – Appel de la déclaration de culpabilité – Transcription de la preuve – Lacunes dans la transcription du procès – Passage manquant dans l'exposé au jury – L'absence de transcription complète constitue-t-elle une erreur judiciaire donnant ouverture à un nouveau procès? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 609(2), 613(1)a)(iii).

R. c. HAYES, 44.

2. Preuve – Complices – Témoignage non corroboré d'un complice – Exposé au jury – Circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

R. c. HAYES, 44.

3. Parjure – Accusé reconnaît qu'il a intentionnellement menti en témoignant – Juge du procès ne permettant pas à l'accusé de compléter sa preuve pour démontrer qu'il n'avait pas l'intention de tromper le tribunal – Nouveau procès ordonné.

R. c. HÉBERT, 233.

4. Défense de contrainte – Parjure – Défense de contrainte inapplicable aux circonstances de l'espèce – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

R. c. HÉBERT, 233.

5. Preuve – Tentative de meurtre – Preuve d'identification – Aucune erreur de la Cour d'appel.

R. c. GILL, 295.

6. Recours extraordinaires – *Habeas corpus* – Compétence de la Cour d'appel – La Cour d'appel a-t-elle compétence pour entendre l'affaire au fond? – Le bref d'*habeas corpus* aurait-il dû être rapporté au tribunal de première instance pour examen au fond? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii), (iv), 719(2) – Acte pour mieux assurer la liberté du sujet, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 45, art. 1 – Règles concernant les poursuites criminelles de la Cour suprême de l'Ontario – Partie I, TR/85-152, règles 9, 11.

R. c. OLSON, 296.

7. Avortement – Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes – Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte – La question est-elle théorique? – La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

BOROWSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 342.

8. Acte criminel – Demandes d'autorisation de pourvoi – Compétence de la Cour suprême du Canada – Demandes d'autorisation tranchées sur le fondement de conclusions écrites sans audience – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618 – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 45.

R. c. CHAULK (REQUÊTE), 369.

9. Procès devant juge et jury – Mineurs tués dans un accident de mine – Homicide involontaire coupable – Erreur de droit dans les directives au jury.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BELMORAL MINES LTÉE, 422.

10. Responsabilité pénale – Preuve – Utilisation illégale d'une carte de crédit obtenue par suite de la commission d'une infraction.

R. c. ELIAS, 423.

11. Défense – Exposé au jury – Légitime défense – Aucune erreur dans l'exposé du juge sur l'utilisation de force excessive.

R. c. BAYARD, 425.

12. Témoignages antérieurement recueillis – Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire – L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. POTVIN, 525.

13. Témoignages antérieurement recueillis – Pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve – Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire – Le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve lorsque les conditions de l'art. 643(1) du Code sont réunies? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant cette preuve?

R. c. POTVIN, 525.

14. Exposé au jury – Témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé et utilisé au procès après le refus du témoin de témoigner au procès de l'accusé – Témoin contre-interrogé par l'avocat de l'accusé à l'enquête préliminaire – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que la prudence était de rigueur avant d'admettre un témoignage recueilli antérieurement en l'absence d'un contre-interrogatoire tenu au procès? – Une mise en garde est-elle

DROIT CRIMINEL—Suite

requise lorsqu'un témoignage recueilli antérieurement et produit au procès provient d'un complice? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

R. c. POTVIN, 525.

15. Exposé au jury – Défaut de témoigner – Les remarques du juge du procès concernant le fait que l'accusé n'a pas témoigné constituent-elles une violation de l'art. 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada?

R. c. POTVIN, 525.

16. Stupéfiants – Preuve – Trafic de stupéfiant – Parties à l'infraction – Y avait-il des éléments de preuve irrésistibles selon lesquels l'appelant était partie à l'infraction?

R. c. MCGINN, 1035.

17. Procès par jury – Meurtre – Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul – Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury – Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? – Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils les art. 11f) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. TURPIN, 1296.

18. Charte des droits – Garanties juridiques – Droit à l'assistance d'un avocat – Automobiliste trop enivré pour comprendre qu'il a droit à l'assistance d'un avocat et pour être informé de ce droit – Alcootest – Le recours au certificat d'analyse est-il susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. c. MOHL, 1389.

19. Charte des droits – Garanties juridiques – Refus d'un ajournement pour retenir les services d'un nouvel avocat après le désistement du premier avocat au cours du procès – Intérêts de la justice.

R. c. LAMBRETTA; VOIR AUSSI R. c. ADAMS, 1391.

20. Négligence criminelle – Choses nécessaires à la vie – Homicide involontaire coupable – Mort d'un enfant diabétique après l'arrêt par ses parents des injections d'insuline – Action des parents motivée par la croyance que leur fils avait été guéri par l'intervention divine – Les convictions religieuses des parents comprenaient la croyance en la guérison par la foi – Les parents sont-ils coupables d'avoir causé la mort par négligence criminelle? – Doit-on utiliser une norme objective ou une norme subjective pour déterminer s'il y a eu insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

R. c. TUTTON, 1392.

21. Négligence criminelle – *Mens rea* – Conducteur en état d'ébriété jouant au «froussard» avec un défilé de chariots à foin – Personnes tuées et blessées – Le critère subjectif quant à l'état d'esprit de l'accusé doit-il être pris en considération, en plus du critère objectif quant à la conduite de l'accusé, pour déterminer la *mens rea*? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203.

R. c. WAITE, 1436.

22. Procédure au procès – Proférer des menaces – Exposé au jury – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que l'exposé du juge du procès au jury était insuffisant en droit?

R. c. LEBLANC, 1583.

23. Entrave à un agent de la paix – Transports – Agent de la paix – Constable spécial – Pouvoir d'arrestation sans mandat.

R. c. GAGNÉ, 1584.

24. Charte des droits – Garanties juridiques – Droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Échantillon d'haleine – La preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. c. LEDUC, 1586.

25. Juge de paix – Juridiction – Indépendance et impartialité – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 455 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

R. c. LAVIGNE, 1591.

26. Pourvoi à la Cour suprême du Canada – Pourvoi contre un appel qui a annulé un acquittement – Ordonnance du juge du procès annulant l'acte d'accusation porté contre les accusés écartée par la Cour d'appel – Les accusés peuvent-ils se pourvoir devant la Cour suprême du Canada conformément à l'art. 618(2)a) du Code criminel?

R. c. KALANJ, 1594.

27. Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel – Pas de déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent – Faits établis suffisants pour prouver un acte criminel mais aucune accusation relativement à cet acte – La déclaration de culpabilité de l'acte criminel sous-jacent est-elle une condition préalable de l'infraction ou la preuve de faits suffisants pour fonder un acte criminel est-elle suffisante? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1)a).

R. c. PRINGLE, 1645.

28. Principe de l'arrêt Kienapple – Déclaration de culpabilité empêchant l'inscription de déclarations de culpabilité relativement à des infractions moindres et comprises – Annulation de la déclaration de culpabilité en appel mais non-inscription de déclarations de culpabilité relativement aux infractions moindres et comprises – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en n'inscrivant pas de déclarations de culpabilité? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 84(1), 85.

R. c. PRINGLE, 1645.

29. Abus de procédure – Le ministère public demande la tenue d'un troisième procès sur la même accusation de meurtre – Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès – Opposition du ministère public à un nouveau choix de l'accusé en faveur d'un procès devant un juge seul – Refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité

DROIT CRIMINEL—Fin

d'homicide involontaire coupable – Un troisième procès dans ces circonstances constitue-t-il un abus de procédure?

R. c. CONWAY, 1659.

30. Autorisation ou renouvellement d'autorisation d'écoute électronique – Demande d'annulation d'un renouvellement (demande de type Wilson) afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique – Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? – L'arrêt Wilson c. La Reine est-il bien fondé? – La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

R. c. MELTZER, 1764.

31. Autorisation d'écoute électronique – Demande d'annulation de l'autorisation (demande de type Wilson) – Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? – L'arrêt Wilson c. la Reine est-il bien fondé? – La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel? – La continuation de l'interception après l'arrestation des personnes visées viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée et les droits garantis par la Charte à la protection contre l'auto-incrimination, à l'assistance d'un avocat et à un procès devant un tribunal indépendant et impartial?

R. c. HEIKEL, 1776.

32. Autorisations d'écoute électronique – Demande d'annulation des autorisations (demande de type Wilson) – Existe-t-il un droit d'appel à l'égard d'une demande de type Wilson? – La Charte des droits garantit-elle un droit d'appel?

R. c. OUELLETTE, 1781.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

1. Protection du territoire agricole – Droits acquis – Fondations recouvertes d'un plancher sur le lot au moment du décret assujettissant le lot à la Loi sur la protection du territoire agricole – Fondations et plancher partie des ruines d'une maison démolie cinq ans auparavant – Absence de couverture végétale – La présence des fondations et du plancher constitue-t-elle une utilisation du lot à une fin autre que l'agriculture? – Les appelants ont-ils des droits acquis? – Utilité des normes fixées par la jurisprudence en matière de zonage et de droits acquis – Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.1°, 101, 102.

VEILLEUX c. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 839.

2. Protection du territoire agricole – Droits acquis – Permis d'utilisation – Terrain acheté et aménagé pour en faire un développement domiciliaire – Plan de lotissement pour l'emplacement d'une rue approuvé par le conseil municipal – Plan de lotissement du développement déposé au ministère des Terres et Forêts – Partie du terrain située en zone agricole après l'adoption de la Loi sur la protection du territoire agricole – Travaux d'aménagement exécutés dans la partie située à l'extérieur de la zone agricole – L'appelant bénéficie-t-il de droits acquis sur les lots de son développement domiciliaire situés dans la zone agricole? – L'approbation du conseil municipal ou le dépôt du plan de lotissement ou les deux constituent-ils un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101 de la Loi? – Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., chap. 41.1, art. 101.

GAUTHIER c. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 859.

3. Protection du territoire agricole – Application de la loi – Droits acquis – Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente – Lots inclus dans une région agricole désignée après la vente mais avant que la propriété des lots ne soit transférée à l'acheteur – Le vendeur peut-il aliéner les lots sans la permission de la Commission de protection du territoire agricole? – La clause de réserve de propriété constitue-t-elle une condition suspensive qui rétroagit au jour du contrat de vente? – L'acheteur a-t-il un «droit acquis» au transfert de la propriété? – Une loi a-t-elle une portée rétroactive parce qu'elle affecte des conventions conclues avant qu'elle prenne effet? – Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.3°, 29, 101 – Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

VENNE c. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 880.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT—Fin

zone agricole – L'appelant bénéficie-t-il de droits acquis sur les lots de son développement domiciliaire situés dans la zone agricole? – L'approbation du conseil municipal ou le dépôt du plan de lotissement ou les deux constituent-ils un permis d'utilisation à une fin autre que l'agriculture au sens de l'art. 101 de la Loi? – Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., chap. 41.1, art. 101.

GAUTHIER c. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 859.

3. Protection du territoire agricole – Application de la loi – Droits acquis – Vendeur se réservant le droit de propriété des lots vendus jusqu'au paiement complet du prix de vente – Lots inclus dans une région agricole désignée après la vente mais avant que la propriété des lots ne soit transférée à l'acheteur – Le vendeur peut-il aliéner les lots sans la permission de la Commission de protection du territoire agricole? – La clause de réserve de propriété constitue-t-elle une condition suspensive qui rétroagit au jour du contrat de vente? – L'acheteur a-t-il un «droit acquis» au transfert de la propriété? – Une loi a-t-elle une portée rétroactive parce qu'elle affecte des conventions conclues avant qu'elle prenne effet? – Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10, art. 1.3°, 29, 101 – Code civil du Bas-Canada, art. 1079, 1085, 1089.

VENNE c. QUÉBEC (COMMISSION DE PROTECTION DU TERRITOIRE AGRICOLE), 880.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Tutelle – Enfant ayant besoin de protection – Options en matière de protection – Indication dans la preuve d'un changement possible de situation – Affaire renvoyée au juge de première instance – Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M., chap. C80, art. 17b)(i), 38.

B. (B.) c. SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE, 291.

2. Biens familiaux – Partage de biens familiaux – Attribution de 25 p. 100 des biens familiaux à l'épouse en première instance – Réduction de la part de l'épouse en Cour d'appel – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 51.

ELSOM c. ELSOM, 1367.

DROIT DES PROFESSIONS

Optométriste – Poursuites sommaires – Déni de justice.

SERVICE D'OPTIQUE ÉLITE LTÉE c. ORDRE DES OPTOMÉTRISTES DU QUÉBEC, 1585.

DROIT FISCAL

1. Pouvoirs provinciaux – Taxe perçue à l'égard des biens achetés ou importés dans la province – Taxe frappant les aéronefs, les pièces d'aéronef et les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin – Lignes aériennes assurant un service interprovincial et international – Les aéronefs et les pièces d'aéronef devraient-ils être assujettis à la taxe? – Les boissons alcooliques vendues à bord de vols dans la province, partant de la province ou y prenant fin devraient-elles être assujetties à la taxe? – Si la taxe est inapplicable, les sommes perçues devraient-elles être remboursées? – Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 1, 2(1), (4), 5.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. C. BRITISH COLUMBIA, 1133.

2. Pouvoirs provinciaux – Taxe prélevée sur le premier acheteur d'essence après sa production – Taxe modifiée de manière à frapper l'acheteur qui consomme l'essence – Lignes aériennes fournissant un service interprovincial et international assujetties à une taxe sur le carburant acheté dans la province – La taxe initiale était-elle *ultra vires* de la province? – La taxe modifiée est-elle *ultra vires* de la province? – Dans l'affirmative, des taxes acquittées par erreur en vertu d'une loi qui est *ultra vires* sont-elles remboursables? – Les taxes portent-elles atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte? – Dans l'affirmative, les taxes sont-elles justifiées par l'article premier? – Gasoline Tax Act, 1948, R.S.B.C. 1960, chap. 162, art. 25(1), (2), (3), (4), (5) – Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1976, S.B.C. 1976, chap. 32, art. 7 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2), (10)a) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

AIR CANADA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1161.

DROIT MUNICIPAL

Responsabilité extra-contractuelle des municipalités – Combat des incendies – Droit applicable: droit public ou droit privé – Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? – Les arrêts Anns et Ville de Kamloops s'appliquent-ils au Québec? – Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053 – Loi des cités et villes, L.R.Q., chap. C-19, art. 412, 423.

LAURENTIDE MOTELS LTD. C. BEAUPORT (VILLE), 705.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Programmes fédéraux de création d'emplois – Conclusion d'une entente entre le YMHA et le gouvernement fédéral en vue d'embaucher des travailleurs participant à un programme fédéral de création d'emplois – Les travailleurs sont-ils des employés au sens de la Loi sur le paiement des salaires et de la Loi sur les salaires dans l'industrie de la construction du Manitoba? – Le YMHA était-il l'«employeur» au sens de ces mêmes lois?

YMHA JEWISH COMMUNITY CENTRE OF WINNIPEG INC. C. BROWN, 1532.

EXTRADITION

Citoyens canadiens impliqués dans un complot en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis à partir du Canada – Actes des accusés accomplis au Canada – Existence de l'infraction tant en droit américain qu'en droit canadien – L'extradition d'un citoyen canadien dans ces circonstances viole-t-elle le droit d'un citoyen de demeurer au Canada? – Dans l'affirmative, l'extradition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. COTRONI; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. EL ZEIN, 1469.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Fiducie par interprétation – Fiducie établie à la manière d'un interpleader en attendant l'issue d'une action en passing-off – Le paiement du matériel prélevé sur le fonds en fiducie dont le solde ira à la partie qui aura gain de cause dans l'action en passing-off – Bénéficiaires éventuels de la fiducie non parties au contrat de fiducie – Un bénéficiaire éventuel inadmissible par suite de l'action en passing-off – Autre bénéficiaire non disposé à assumer les garanties comme l'exige le contrat de fiducie – Qui de la société qui a établi la fiducie ou de la société destinée à en bénéficier a droit au solde des fonds en fiducie?

HUNTER ENGINEERING CO. C. SYNCRUDE CANADA LTÉE, 426.

IMMIGRATION

Ajournement d'enquête – Pouvoirs de l'arbitre – Demande de permis du ministre en vue d'être autorisé à demeurer au Canada – L'arbitre doit-il ajourner l'enquête d'immigration pour permettre à l'appelante de poursuivre ses démarches en vertu de l'art. 37(1) de la Loi sur l'immigration de 1976? – Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(3), 37(1), 113e) – Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1).

PRASSAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 560.

INDIENS

Droit applicable au titre aborigène – Le droit applicable au titre aborigène est-il de la common law fédérale?

ROBERTS C. CANADA, 322.

LÉGISLATION

1. Interprétation – Rétroactivité – Loi imposant une peine liée à un événement passé – La peine n'a pas pour but de punir la personne visée mais de protéger le public – La loi fait-elle intervenir la présomption de non-rétroactivité? – Securities Act, S.A. 1981, chap. S-6.1, art. 28, 165, 166.

BROSSEAU C. ALBERTA SECURITIES COMMISSION, 301.

2. Effet rétroactif – Lois fiscales – Modification d'une disposition fiscale qui était *ultra vires* – Modification ayant un effet rétroactif – La province avait-elle compétence pour appliquer rétroactivement une disposition fiscale? – Finance Statutes Amendment Act, 1981, S.B.C. 1981, chap. 5, art. 20.

AIR CANADA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1161.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Loi provinciale sur les droits de la personne – Liberté d'expression – Publicité commerciale – Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans – Portée de la liberté d'expression – La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? – Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 – Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 – Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

IRWIN TOY LTD. C. QUÉBEC (P. G.), 927.

2. Emploi – Discrimination fondée sur le sexe – Grossesse – Femmes enceintes privées de prestations d'invalidité pendant dix-sept semaines en vertu du régime d'assurance maladie et d'accidents de la société – Le régime crée-t-il de la discrimination envers les employées enceintes? – La discrimination fondée sur la grossesse est-elle de la discrimination fondée sur le sexe? – Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

BROOKS C. CANADA SAFEWAY LTD., 1219.

3. Emploi – Discrimination sexuelle – Harcèlement sexuel – Le harcèlement sexuel en milieu de travail constitue-t-il de la discrimination fondée sur le sexe? – L'employeur est-il responsable des actes de son employé? – Montant des dommages-intérêts – Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(1).

JANZEN C. PLATY ENTERPRISES LTD., 1252.

POURVOI

Caractère théorique – Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement – Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes – Questions accessoires relatives aux droits du fœtus en vertu de la Charte – La question est-elle théorique? – La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

BOROWSKI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 342.

PREUVE

1. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat – Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification – La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. ROSS, 3.

2. Contraignabilité – Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes – L'intimée est-elle un témoin et donc non contraignable conformément à l'art. 4(1) de la Loi sur la preuve au Canada? – Les règles de common law et d'equity empêchent-elles l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures visant l'exécution d'une confiscation? – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(1), 5 – Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

R. C. AMWAY CORP., 21.

3. Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Armes découvertes lors d'une perquisition chez l'accusé – Mandat de perquisition entaché de vices – Recours à une force excessive pour effectuer la perquisition – Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives – Acquittement de l'accusé à la suite de l'exclusion d'éléments de preuve par le juge du procès en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés – L'admission de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. GENEST, 59.

4. Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – L'utilisation en preuve des stupéfiants saisis déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

R. C. LAMB, 1036.

5. Opinion d'expert – Vérification du témoignage d'un expert – Opinion relativement à des empreintes de pieds – Expert de la défense appelé à témoigner que les empreintes de pieds n'étaient pas celles du coaccusé – Le coaccusé a plaidé coupable et l'exposé des faits indiquait que les empreintes de pieds étaient celles du coaccusé – La preuve du plaidoyer du coaccusé n'est pas recevable – Le juge de première instance devait-il permettre qu'on demande à l'expert si une déclaration relative au coaccusé aurait influé sur son opinion?

R. C. HOWARD, 1337.

PREUVE—Fin

6. Admissibilité – Audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu – Audition de «tout élément de preuve pertinent» par le juge de la Cour provinciale – Les règles de la preuve s'appliquent-elles à une audience portant sur l'interdiction de possession d'armes à feu? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 98(4), (6).

R. c. ZEOLKOWSKI, 1378.

7. Admissibilité – Ouï-dire – Admission de la preuve par l'accusé en tant que fait – Témoignage d'un policier sur les déclarations de l'accusé – L'aveu de l'accusé est-il admissible?

R. c. STREU, 1521.

8. Immunité – Presse – Refus d'une journaliste de témoigner à une audience d'une commission des relations du travail – Allégation d'immunité permettant à la journaliste de refuser de divulguer ses sources – La journaliste jouit-elle d'une immunité reconnue par la *common law* ou par la Charte canadienne lui permettant de refuser de répondre à des questions concernant ses sources? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

MOYSA c. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD), 1572.

PROCÉDURE CIVILE

1. Appel en garantie – Allégation de négligence professionnelle ayant contribué au dommage – Demande de radiation de l'appel en garantie.

ARTHUR D. LITTLE INC. c. COOPERS & LYBRAND, 293.

2. Qualité pour agir – Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives – Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes – La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? – L'article 24(1) de la Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?

BOROWSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 342.

3. Autorisation d'exercer le recours collectif – Allégation par la requérante que la Loi sur la protection du territoire agricole empêche le vendeur de transférer aux acheteurs la propriété des lots vendus – Acheteurs désirant l'annulation des contrats et le remboursement des sommes versées – Les faits allégués dans la requête paraissent-ils justifier les conclusions recherchées? – Code de procédure civile, art. 1003 – Loi sur la protection du territoire agricole, L.Q. 1978, chap. 10.

LEBEL c. WINZEN LAND CORP., 918.

4. Exception déclinatoire – Compétence territoriale – Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant – Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval – Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe – Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui n'ont ni domicile ni biens dans la province – Contrat d'achat de l'avion conclu aux États-Unis où le vendeur et le fabricant ont leurs établissements – La Cour supérieure a-t-elle compétence en vertu de l'art. 68(2) C.p.c.? – Nature de la cause d'action: contractuelle ou quasi délictuelle – Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2), 163 – Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

AIR CANADA c. MCDONNELL DOUGLAS CORP., 1554.

5. Lieu d'introduction d'actions – Lieu où toute la cause d'action a pris naissance – Destruction d'un avion d'Air Canada par incendie résultant d'une explosion survenue dans une pompe à carburant – Dommages survenus au centre d'entretien d'Air Canada à Dorval – Omission du vendeur de l'avion et du fabricant de la pompe d'avertir Air Canada des défectuosités de la pompe – Action en dommages-intérêts intentée au Québec contre le vendeur et le fabricant qui ont leurs établissements aux États-Unis – Est-ce que «toute la cause d'action» a pris naissance au Québec? – Lieu de l'omission d'avertir – Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68(2).

AIR CANADA c. MCDONNELL DOUGLAS CORP., 1554.

RELATIONS DE TRAVAIL

Congédiement injuste – Juridiction de l'arbitre – Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé – Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre – L'article 61.5(9)c) du Code canadien du travail autorise-t-il l'arbitre à rendre de telles ordonnances? – Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés – Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte – Les ordonnances sont-elles déraisonnables au sens du droit administratif?

SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. c. DAVIDSON, 1038.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Municipalité – Combat des incendies – Défaut d'entretien et mauvais fonctionnement des bornes-fontaines – Fautes des pompiers dans l'exécution de leurs fonctions – La ville est-elle responsable des dommages causés par l'incendie? – Le droit civil s'applique-t-il à une municipalité relativement à la détermination de sa responsabilité pour les dommages causés par un incendie? – Quantum des dommages – Indemnité additionnelle – Code civil du Bas-Canada, art. 356, 1053, 1054, 1056c, 1073.

LAURENTIDE MOTELS LTD. c. BEAUPORT (VILLE), 705.

TRIBUNAUX

1. Compétence – Pouvoir d'une cour d'appel de réviser une décision portant exclusion d'éléments de preuve – Décision du juge du procès d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la

TRIBUNAUX—Suite

Charte canadienne des droits et libertés maintenue par la Cour d'appel – La Cour suprême du Canada devrait-elle réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu de l'art. 24(2)?

R. c. DUGUAY, 93.

2. Compétence d'une cour d'appel – Appel interjeté par le ministère public – Compétence de la Cour d'appel pour modifier le jugement de première instance limitée aux cas où le juge de première instance a commis une erreur portant sur une question de droit seulement – Aucune erreur comportant une question de droit seulement n'a été commise en première instance – Acquittements rétablis – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)a).

R. c. ROMAN, 230.

3. Tribunal de la concurrence – Compétence – Autorisation d'intervention – Rôle des intervenants – Les intervenants peuvent-ils participer pleinement aux procédures? – Loi sur le Tribunal de la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 9(3).

AMERICAN AIRLINES INC. c. CANADA (TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE), 236.

4. Cour fédérale – Compétence – Différend entre bandes indiennes concernant l'usage et l'occupation d'une réserve – La bande demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne portant qu'elle a le droit d'utiliser et d'occuper la réserve, ainsi qu'une injonction permanente enjoignant à la bande défenderesse et à ses membres de cesser de violer son droit de propriété sur la réserve – La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre la demande? – Application du critère de l'arrêt ITO – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 17(3)c).

ROBERTS c. CANADA, 322.

5. Compétence – Cour fédérale – Action intentée en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et du Code civil – La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre une action fondée à la fois sur la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et sur le Code civil? – Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

QUÉBEC READY MIX INC. c. ROCOIS CONSTRUCTION INC., 695.

6. Appel – Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance – La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle du juge de première instance.

LAURENTIDE MOTELS LTD. c. BEAUPORT (VILLE), 705.

7. Juges – Discipline – Comité du barreau constitué pour entendre une plainte portée contre un juge – Plainte fondée sur la conduite du juge alors qu'il exerçait comme avocat – Compétence disciplinaire du barreau limitée à ses membres – Un juge est-il membre du barreau et assujetti à ses règles disciplinaires?

MAURICE c. PRIEL, 1023.

8. Jugements – Taxe déclarée inapplicable dans le jugement rendu relativement à un ensemble d'actions – Seconde action demandant un jugement identique – Seconde action soulevant également d'autres questions, notamment celle de savoir si les sommes perçues en acquittement d'une taxe inapplicable sont remboursables.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. c. BRITISH COLUMBIA, 1133.

9. Charte des droits – Garanties juridiques – Tribunal indépendant.

DUPONT c. WATIER, 1588.

TRIBUNAUX—Fin

VENTE DE MARCHANDISES

Garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel un objet vendu est destiné – Matériel défectueux – Vices apparus après l'expiration de la garantie contractuelle – Y a-t-il eu non-respect de la garantie légale implicite? – Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.

HUNTER ENGINEERING CO. c. SYNCRUDE CANADA LTÉE, 426.

Canada Post Postage paid
Postes Canada Port paye

FIRST CLASS
PREMIÈRE CLASSE

K1A 0S9
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9